



PROCESSO E PROGRESSO: OS PRECEDENTES VINCULANTES NAS TRADIÇÕES DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW

PROCESS AND PROGRESS: BINDING PRECEDENTS IN THE CIVIL LAW AND COMMON LAW TRADITIONS

Benedito Cerezzo Pereira Filho¹
Luis Phillipe de Campos Cordeiro²

RESUMO

Trata-se de uma investigação acerca da consolidação da doutrina do *stare decisis* na *common law* que, servindo de base para compreensão do fenômeno de *precedentarização dos julgamentos* recentemente introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro, permite avaliar o seu potencial desenvolvimentista. O argumento principal ora trabalhado esforça-se a provar que o microsistema de precedentes vinculantes, na medida em que instituído para gerar calculabilidade e permitir planejamento, pode ser, em teoria, essencial ao desenvolvimento de um país e à efetividade da justiça, por meio das fundações dos princípios da segurança jurídica e da igualdade, de modo a permitir a prolação de decisões efetivas.

Palavras-chave: Direito jurisprudencial, Precedente, Stare decisis, Common law, Desenvolvimento

ABSTRACT

The present work investigates the consolidation of the *stare decisis* doctrine in common law, as the basis for understanding the phenomenon of *deprecedentarization* of trials recently introduced to the Brazilian legal framework, in order to evaluate its developmental potential. The main argument hereby presented wishes to demonstrate that the binding precedent microsystem, once established to create calculability and allow planning, may be theoretically essential for the development of a country and for the effectiveness of justice, through the foundation of the principles of legal security and equality, to allow the delivery of effective decisions.

Keywords: Case law, Precedent, Stare decisis, Common Law, Development

¹ e Mestre pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Parana (Brasil). Sócio do Marcelo Leal Advogados (Brasília/DF). Compôs a comissão de juristas responsável pela elaboração e acompanhamento do Novo Código de Processo Civil no Senado. **E-mail:** cerezzo@usp.br

² Mestrando pela Universidade de São Paulo – USP, São Paulo (Brasil). Membro do Núcleo de Pesquisas de Ciências Criminais da PUC Minas. **E-mail:** cordeiroluisp@usp.br



1. INTRODUÇÃO

Este é um trabalho que visa estabelecer bases fundacionais para a compreensão da real necessidade de respeito à teoria dos precedentes no Brasil. A partir de uma análise histórico-crítica, busca-se investigar o processo de consolidação da teoria do *stare decisis* na tradição da *common law*, realizando uma reflexão no campo da utilidade dos conceitos obtidos para avaliar seu propósito e, eventualmente, a necessidade de ressignificação, face às peculiares coordenadas culturais que nos envolvem.

O tema, de um modo geral, é generosamente amplo para ser objeto de um artigo científico, razão por que foi preciso realizar um recorte temático substancial. Diante das reformas introduzidas recentemente na legislação, constitucional e infraconstitucional, objetivando dotar o precedente de maior valor e uniformizar a jurisprudência, o enfoque aqui adotado sugere revisitar o berço da teoria dos precedentes, o *stare decisis* da *common law*. Esta proposta afigura-se importante para tornar mais compreensíveis nossos próprios conflitos e desafios culturais nesse processo de transplante jurídico e busca por eficiência.³

Cuida-se, portanto, de uma investigação acerca das principais percepções levadas a cabo pela bibliografia relevante sobre o tema, buscando compreender se, efetivamente, para os fins que se propõe, a valorização dos precedentes judiciais pelo direito processual pode auxiliar no desenvolvimento do nosso país.

A suposição geral aqui adotada é otimista acerca da hipótese segundo a qual, sob o ponto de vista estrutural, o arcabouço jurídico auxilia o desenvolvimento, servindo de espinha dorsal ao Estado Democrático de Direito. Supõe-se que assim como na *common law*, a adoção da *doctrine of stare decisis* pelo nosso ordenamento jurídico tem como fim contrabalançar a pouca racionalidade e previsibilidade existente no sistema de decisões judiciais, propiciando desenvolvimento.⁴

Deste modo, se a base do efeito vinculante do precedente está no *stare decisis* da *common law*, revela-se pertinente o estudo da utilização dessa técnica. Acredita-se poder, com

³ Não trataremos profundamente sobre assuntos outros que compõem o amplo leque dos estudos nesta área, como, por exemplo, os aspectos técnicos relativos à metodologia do emprego dos precedentes. Isso não significa, porém, que tais componentes não sejam considerados relevantes para uma compreensão mais adequada e eficaz do que ora se propõe.

⁴ No direito brasileiro, não é raro deparar-se com decisões judiciais em sentidos diferentes proferidas em casos exatamente semelhantes.



isto, vislumbrar um caminho ou, quando menos, alguma lição, já que o núcleo da padronização decisória tem como pretensão o alcance de maior estabilidade e adaptabilidade do direito.

A operacionalização do conteúdo dar-se-á por meio de revisão bibliográfica de obras que tratem do tema, e, mediante método indutivo, proceder-se-á: (a) à análise de aspectos fundamentais para a compreensão do microssistema de precedentes obrigatório no ordenamento brasileiro, iniciando pelo estudo dos sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*, da simultânea aproximação entre eles e da cultura correlata, descrevendo as suas características; (b) além disso, será realizada uma avaliação, neste mesmo contexto, do papel exercido pelo precedente judicial, inclusive no *stare decisis*, identificando as suas funções e analisando a sua importância, para o fim de garantir maior isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados; (c) em seguida, examinada a influência da *common law* no direito brasileiro, será veiculado um juízo de valor acerca da efetividade dos precedentes judiciais obrigatórios e seu potencial desenvolvimentista, com ênfase às possíveis contribuições positivas que as Cortes de justiça parecem poder dar, efetivamente, ao avanço de ideais democráticos e de justiça.

A ideia weberiana de direito racional e os escritos de Luiz Guilherme Marinoni sobre os precedentes obrigatórios constituem o marco teórico. Busca-se com este trabalho (a) investigar se a oferta de segurança jurídica num grau subótimo influencia o desenvolvimento e a efetividade da justiça de uma sociedade; (b) estudar as bases fundacionais da doutrina do *stare decisis*, e os possíveis antagonismos com a sua função teleológica; (c) compreender a maneira como os agentes jurídicos podem interagir para estabelecer o nível ótimo de utilização dos precedentes judiciais como tecnologia jurídica; e, por fim, (d) examinar o modo e a concepção sob os quais foi adotada a doutrina do *stare decisis* na tradição da *common law* de modo geral, para, depois, analisá-la no direito brasileiro em particular, apontando as semelhanças e em que medida nossas particularidades exigem modificações nas premissas, métodos e uso do instrumental aplicado à análise de problemas jurídicos. Ao fim, espera-se alcançar a hipótese mais adequada do ponto de vista científico, técnico e econômico.⁵

O recurso de comparação da experiência estrangeira com a brasileira será frequente, pois há uma crescente semelhança entre os nossos arranjos institucionais e os de outros países.

⁵ Principalmente no que diz respeito à reflexão do microssistema de precedentes vinculantes e sua função enquanto instrumento e ferramenta processual, com vistas à efetividade da justiça.



Isso não significa que será um trabalho propriamente de direito comparado. Serão observados os limites próprios a esse método de análise.

2. ASPECTOS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DO MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Direito e cultura: o sistema jurídico como meio de resolução de conflitos

Conflitos são inevitáveis. Não se tem notícia de absolutamente nenhuma cultura que tenha atingido a harmonia utópica necessária à superação desse dado. Para sobreviver, toda sociedade, de qualquer região, depende do estabelecimento de meios minimamente aceitáveis de resolução de conflitos capazes de impedir que derrotados se vinguem e pessoas sejam excluídas. A solução de conflitos sob este enfoque não demanda, todavia, apenas a existência de um espírito de justiça: é preciso também um acordo sobre as regras do jogo. A isso costumamos denominar, na cultura ocidental, sistema jurídico (BRUNER, 2014, p. 7).

Em larga escala, os sistemas jurídicos das civilizações são um reflexo da cultura em que estão inseridos. São instituições através das quais se mantém, provoca ou altera a vida social e cultural (CHASE, 2014, p. 21). As instituições, a propósito, desempenham um papel fundamental na história nacional dos Estados modernos, na medida em que potencializam o alcance de seus objetivos políticos substanciais.

Os dois principais sistemas jurídicos ocidentais são denominados “*common law*” e “*civil law*”. Ambos nasceram e se desenvolveram em países com condições distintas, fato que levou à formação de institutos jurídicos próprios, de função e aplicação específicas em cada um dos sistemas (MARINONI, 2016b, p. 23).

Procuraremos demonstrar, a seguir, mediante método histórico-crítico, que, não obstante as peculiaridades de cada sistema, no decorrer dos anos a distinção entre eles tem sido atenuada e, em tal dimensão, tem sido cada vez mais escancarada a necessidade de se render respeito aos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.⁶

⁶ Sobre racionalidade, previsibilidade e respeito aos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, Marinoni faz a seguinte reflexão: “Considerando-se a realidade da justiça civil brasileira, constata-se com facilidade que o jurisdicionado tem grande dificuldade para prever como uma questão de direito será resolvida. Isso se deve ao fato de os juízes e os tribunais não observarem modelos mínimos de racionalidade ao decidirem. [...] Ora, um sistema judicial que, apesar da intervenção da sua Corte Suprema, admite interpretações diferentes, é completamente incapaz de gerir a sua função de distribuir ‘justiça’ nos casos concretos. Esse sistema não viabiliza a coerência da ordem jurídica, a igualdade perante o direito, a liberdade e a previsibilidade. [...] No Brasil, parcela significativa dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais de Justiça e Regionais



2.2. Ordenamentos de *civil law*

A partir das bandeiras da Revolução Francesa, a *civil law* carrega consigo dogmas que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei (MARINONI, 2016b, p. 23).

Nesta tradição, a certeza jurídica traduz uma concepção do direito como produto estatal. Este produto seria resultado de uma atuação demarcada, exercida estritamente dentro dos limites e dos moldes estabelecidos pela lei geral e abstrata. É a codificação, então, a principal característica deste sistema, desenvolvido num paradigma iluminista, racional, expressado a partir do positivismo jurídico (BAHIA; LADEIRA, 2014, pp. 275-276).

Além da prevalência das fontes legisladas, também marca a tradição da *civil law* a adoção do método dedutivo de raciocínio – para a operação do direito, a aplicação de um procedimento silogístico bastaria. Essa característica influencia o exercício da jurisdição estatal, que se vê atada ou prestes a operar como uma máquina de moedas: porque a lei representava a soberania, ao juiz da *civil law* não era dado agir fora dela. Seu papel limitava-se, simplesmente, à declaração da lei.⁷

Acreditava-se fielmente na racionalidade das regras jurídicas e dos códigos sistematizados, de forma que o intérprete não necessitaria estender ou limitar sua atuação para além do texto formal. A criatividade judicial era coibida ao extremo – havia o desejo da existência de “uma lei abstrata e dotada de generalidade, que pudesse albergar quaisquer situações futuras e eliminasse a possibilidade de o juiz, ao decidir, tomar em conta características específicas da situação conflitiva concreta” (MARINONI, 2016a, p. 52).

Esta concepção, como sói acontecer, não tardou a falhar. Nas palavras de Paolo Grossi (2004, p. 144), “o legislador pretendeu realizar uma ingerência excessiva no mundo moderno através de uma arrogante monopolização do mundo jurídico; infelizmente, fazendo

Federais não respeitam os precedentes do STJ. Na verdade, esses juízes e tribunais sequer argumentam para deixar de aplicar uma decisão da Suprema Corte. O próprio STJ tem entendimentos diferentes a respeito de casos iguais. Isso ocorre não só quando uma turma diverge da outra. Uma mesma Turma, não raras vezes, não mantém estável determinada decisão. Isso ocorre porque o STJ ainda funciona como uma Corte de correção das decisões dos tribunais ordinários. Ainda não possui o semblante de uma Corte de precedentes, que define a interpretação ou a norma que deve regular os casos futuros, inclusive aqueles que chegarem às suas mãos.” (MARINONI, 2016a, pp. 69-71).

⁷ Daí a conhecida expressão “juiz boca-da-lei”. Essa ideia está certamente melhor exprimida em Karl Larenz (1997, p. 12): “[...] o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou; ou mais precisamente: ao que nas palavras da lei, segundo o seu sentido lógico, gramatical e a extrair da conexão sistemática, verdadeiramente encontrou uma expressão como conteúdo da sua determinação. O juiz não tem que aperfeiçoar a lei, de modo criador – tem apenas que executá-la: ‘um aperfeiçoamento da lei é, decerto, possível, mas deve ser obra unicamente do legislador, e nunca do juiz’”.



isso, também demonstrou o quanto é impotente”. Transformações enfrentadas a duras penas pela *civil law* – a instituição do constitucionalismo, a evolução da teoria da interpretação e o uso cada vez mais frequente de técnicas legislativas abertas, para ficarmos em apenas três – puderam demonstrar que a lei, hoje, é incapaz de monopolizar o mundo jurídico.

Quando a segurança jurídica se mostra fragilizada e a igualdade no momento da decisão é colocada em xeque, é hora de refletir os modelos do sistema – mas não só. No momento em que jurisdicionados, em situação semelhante, obtêm em relação à tutela de seus direitos decisões completamente distintas, e o que é pior, quando isso é enxergado como algo normal, é preciso encontrar e incorporar boas técnicas jurídicas ao ordenamento, reorganizá-lo e reestruturá-lo para que torne a ser estável e previsível, propício ao desenvolvimento da nação.

Eis alvissareira, com isso, a análise de uma doutrina ínsita à tradição da *common law*, a qual sinaliza poder nos oferecer um caminho, já que, como se verá, o núcleo de sua padronização decisória tem como pretensão tanto a adaptabilidade e a coerência do direito como a conciliação entre estabilidade e mudança. Em verdade, pouco se explica acerca da formação histórica da *doctrine of stare decisis*. Daí afigurar-se fundamental a revisitação à sua origem, como forma de evitar situações disfuncionais que malogrem todos os esforços reformistas recentes.

2.3. Ordenamentos de *common law*

A *doctrine of stare decisis* situa-se no âmbito da *common law*. Não é raro ver atribuírem várias acepções para o termo *common law*. Em Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 31), por exemplo, vê-se a *common law* representada por pelo menos cinco aspectos distintos entre si: (a) a *common law* como “direito comum inglês”, em oposição ao conceito de direito anglo-saxônico;⁸ (b) a *common law* como “ramo do direito”, em contraposição à

⁸ Na sua primeira acepção, de caráter eminentemente histórico, a expressão *common law* – ou *comune ley*, como ficou conhecida na gíria normanda falada pelos juristas ingleses até o século XVII – é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda Inglaterra, aplicada pelos juízes do Rei – os *judges* (DAVID, 2002, p. 358). À semelhança dos *praetors* do Direito Romano formular, os *judges*, representando o Rei, perambulavam pelo reino e ouviam as queixas, dando, por vezes mediante uma espécie de pagamento por um serviço público, um *writ*, que correspondia à obtenção de um remédio adequado à situação. A ideia do *writ* era justamente a de que se constituía numa ordem dada pelo Rei às autoridades, a fim de respeitarem a situação jurídica de quem dele se beneficiasse, definida em razão do julgamento a seu favor (SOARES, 1999, p. 32). Bem vistas as coisas, o direito comum inglês operou verdadeira revolução do sistema jurídico da Inglaterra, na medida em que pôde ser traduzido como uma verdadeira imposição da jurisdição do Rei sobre a jurisdição dos senhores locais: “Henry II revolutionized the system of law in England primarily by imposing royal jurisdiction, and royal law, upon criminal and civil matters that had previously been under local and feudal jurisdiction and local and feudal



equity law;⁹ (c) a *common law* como “*case law*” (“*judge-made law*”), em oposição ao direito codificado;¹⁰ (d) a *common law* como “família de direito”, em contraposição à família romano-germânica;¹¹ e (e) a *common law* como “sistema de direito”, frente ao sistema de *civil law*.

A exposição dos principais sentidos atribuídos à expressão *common law* tem o fim de evitar maiores confusões terminológicas. Para o sentido do texto, todavia, a *common law* como “sistema de direito” é a acepção mais completa da expressão – em que é encarada como sistema de direito quando identificadas várias características que se afiguram típicas de um sistema da família de direitos influenciado pela Inglaterra (SOARES, 1999, p. 46).

law. He succeeded in this endeavor not only by creating a royal judiciary that operated under the control of a royal chancery but also by providing a more rational type of law and by enlisting community participation in administering it.” (BERMAN, 1983, pp. 445-446).

⁹ Nesta segunda acepção, a *common law* marca um ramo do direito, com características originais e regras próprias, em oposição a um segundo ramo de direito, a *equity law*. Assim como, por exemplo, a *civil law* pode ser repartida em ramos – direito público e direito privado –, a *common law* também se submete a divisões – neste caso, *common law* e *equity*. Embora fossem ambos dominados pela regra do *stare decisis* (conforme Guido Fernando Silva Soares, 1999, p. 35, “pronuncia-se *stare decisis*, o que sobrou da expressão latina ‘*stare decisis et non quieta movere*’; ao pé da letra: ‘que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões’”), ou seja, de que o direito é expresso pela atuação do juiz (*judge-made law*), o princípio que sempre foi dominante, tanto na Inglaterra como nos EUA, é de que a utilização da *equity* só seria possível quando inexistisse remédio na *common law*. Explica-se: na Inglaterra, hoje, por exemplo, pertencem ao domínio da *common law* algumas matérias determinadas, como o direito criminal, o direito dos contratos e o da responsabilidade civil. Ao domínio da *equity*, de outra banda, pertencem matérias relacionadas aos direitos da propriedade imobiliária, dos *trusts* das sociedades comerciais, das falências (*bankruptcy*) das questões de interpretação de testamentos e da liquidação de heranças (SOARES, 1999, pp. 35-36).

¹⁰ O terceiro sentido de *common law*, para nós significativamente especial, refere-se ao contraste existente entre, de um lado, o direito criado pelo juiz (*judge-made law*), e, de outro, o direito criado pelo legislador postado fora do Poder Judiciário (*statute law*). Por *statute law*, segundo Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 37), entende-se o direito “resultante dos *enactments of legislature* (tratados internacionais, constituição federal, constituições estaduais, leis ordinárias federais e estaduais, regulamentos administrativos federais, estaduais e locais, leia-se: municipais, inclusive os diplomas legislativos elaborados pelo Poder Judiciário, como o Code of Civil Procedure, elaborado pela Suprema Corte dos EUA)”. Esse contraste é igualmente visualizado com os conceitos *case law versus statute law*, entendendo-se como *case* o precedente judiciário, o *judge-made law* (SOARES, 1999, p. 38). É, todavia, imprecisa a ideia de que na *common law* os juízes não aplicam *statute law*. Ainda que se admita que neste sistema há uma complementação realizada pelo Legislativo, ou que a atuação deste poder seja pouco intensa, a existência de lei não se opõe à *common law*. A lei – *statute law* – mantém-se como fonte de direito (MARINONI, 2016b, p. 32).

¹¹ René David, no seu clássico “*Os grandes sistemas de direito contemporâneo*”, agrupa os direitos nacionais em famílias. A partir dessa ideia, constrói-se a acepção de que a *common law* é uma das grandes famílias de direito no ocidente. A família da *common law*, sob este enfoque, compreende, além do direito inglês, e salvo certas exceções, os direitos de todos os países de língua inglesa. Além dos países de língua inglesa, a *common law* influencia também a maior parte dos países, senão todos, que politicamente estiveram ou estão associados à Inglaterra. Como é óbvio, há a preservação, por parte destes países de tradições, de instituições e conceitos que lhes são próprios. A influência inglesa, porém, não deixa de marcar, de forma acentuada, em todos os casos, a maneira de pensar dos seus juristas, tanto em matéria organizacional administrativa e judiciária como em matéria processual civil ou criminal (DAVID, 2002, p. 351). Com efeito, pertencem à família da *common law*, principalmente, os seguintes países: Austrália, Nova Zelândia, Canadá (Província de Quebec), Índia, Paquistão, Bangladesh, Quênia, Nigéria, Hong Kong, Guiana, Trinidad e Tobago, Barbados, Estados Unidos da América (à exceção do Estado da Louisiana, único da Federação que se conservou fiel aos colonizadores franceses e espanhóis) e, obviamente, a própria Inglaterra contemporânea (SOARES, 1999, p. 52).



Sim, que a tradição jurídica inglesa acabou influenciada pelo *Welfare State* (“Estado Social” ou “Estado do bem-estar social”), isso é bem verdade. Na época atual, a ideia de criar uma nova sociedade com mais igualdade e mais justiça atribuiu à legislação e à regulamentação administrativa um papel primordial (DAVID, 2006, pp. 378-379).

Entretanto, o traço determinante do sistema de direito da *common law* ainda é a utilização dos precedentes como método para a formação e desenvolvimento do direito: o *judge-made law*. Isso não significa que a legislação não seja importante no sistema da *common law*. A questão é eminentemente de método,¹² e o fato de que o sistema da *common law*, em sua maior parte, é um sistema jurídico baseado em um direito de origem judicial (*case law*) quer nos dizer, basicamente, que a decisão proferida por um juiz num caso particular constitui um precedente (CROSS; HARRIS, 2012, p. 24).

Por isso, importante tecer algumas palavras sobre a doutrina seguida pelos juristas deste sistema na elaboração e na aplicação de seu ordenamento jurídico, em particular sobre a denominada *doctrine of stare decisis*, também chamada *doctrine of precedents*.

2.4. O precedente judicial como fonte de direito: perspectiva histórica da sistemática da *common law*

Como se viu, o regime jurídico da *common law* sempre esteve embasado na casuística, *id est*, na análise de prévias decisões proferidas em casos concretos para instrução e direcionamento no deslinde da demanda.¹³

A *common law* sofreu forte influência da história e da filosofia em sua consolidação. Foi desenhado um método de análise e síntese que exigia um exame casuístico na obtenção das soluções legais e, em contrapartida, inexistia qualquer direito dogmatizado e científico ministrado nas Universidades. Esse substrato fez com que a *common law* se estruturasse com base na prática cotidiana do direito – e não a partir da ciência do direito ou da doutrina, como ocorreu com a *civil law*. Por isso se diz que a *common law* foi originada judicialmente, como prática judiciária (ABBOUD, 2015, p. 401).

¹² “Enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, na Common Law o caminho é inverso: primeiro os casos e, a partir da constatação da lacuna, vai-se à lei escrita. Na verdade, tal atitude reflete a mentalidade de que o case law é a regra e o statute é o direito de exceção, portanto integrativo” (SOARES, 1999, p. 39).

¹³ Leciona, neste sentido, Abboud (2015, p. 402): “essas decisões prévias não constituíam verdadeiramente precedentes, mas exemplos do modo como o direito havido aplicado naqueles casos particulares”.



Toda essa tradição marcou o início da formação da *common law* e, além, disso, favorecia que, progressivamente, juízes e advogados invocassem os precedentes judiciais. Não é por outra razão, afirma-se, que desde sua fase embrionária a *common law* mostrava-se vocacionada para ser um sistema de *judge-made law* (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 152).

Não havia, à época, nenhum tipo de regra jurídica ou semelhante que impusesse efeito vinculante ao precedente. Por isso, embora possuíssem grande peso e autoridade os julgamentos anteriores, pode-se afirmar que aos juízes era assegurada ampla discricionariedade na acolhida ou na rejeição de um determinado precedente judicial. Só a partir das primeiras décadas do século XIX é que surge um influxo tendente a reconhecer a eficácia vinculante do precedente judicial (CRUZ E TUCCI, 2003, pp. 152-155).¹⁴

2.5. Doutrina do *stare decisis* e a tradição da *common law*: consolidação da primeira e distinção em relação à segunda

Por mais que a *common law* dispensasse considerável importância às decisões judiciais anteriormente proferidas, a elas não atribuía nenhum tipo de vinculatividade. Não obstante a cultura de respeito ao passado, juízes gozavam, em geral, de uma boa medida de discricionariedade no exercício de suas funções.

O panorama não agradava. Influente parcela da doutrina inglesa externava descontentamento. Afirmava-se que ao ordenamento jurídico carecia racionalidade e previsibilidade. Chegou-se, inclusive, a fazer coro ao direito escrito. Nesse âmbito que o *stare decisis*, enquanto sistema de precedentes obrigatórios, passa a ser visto como um elemento de suma importância para o alcance da previsibilidade (MARINONI, 2016a, pp. 41-42).

Dito de outra forma: a *common law* nunca se preocupou em cristalizar todo o seu direito. Consequentemente, para se evitar que a sua justiça fosse diluída e instável, era preciso um forte cimento – e foi precisamente essa solidificação a encontrada na doutrina do *stare decisis*, que conferiu ao ordenamento rigidez e certeza (CROSS; HARRIS, 2012, p. 33).¹⁵

¹⁴ Foi em *Beamish v. Beamish*, 1861, que a *House of Lords* externou, pela primeira vez, a obrigatoriedade da Corte em respeitar sua própria autoridade no exercício da função jurisdicional: “Na decisão do caso *Beamish v. Beamish*, conduzida, em 1861, pelo Lord Campbell, ficou virtualmente estabelecido que a *House of Lords* estaria obrigada a acatar sua própria autoridade proclamada nos julgamentos: ‘... o direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legiferar com autônoma autoridade” (CRUZ E TUCCI, 2003, p. 156).

¹⁵ No original: “Por el contrario, en Inglaterra nunca se dio una ‘recepción’ del Derecho romano, ni tampoco se llegó a redactar un código con miras a cristalizar allí todo el Derecho. En consecuencia, ‘para evitar que la



2.5.1. Afinal, o que é *stare decisis*?

Vem da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido) a moderna teoria do *stare decisis* (CRUZ E TUCCI, 2010, p. 219). Sua base é informada, basicamente, pelo princípio segundo o qual os juízes devem tratar casos semelhantes de forma igualitária (*treat like cases alike*), de maneira a aplicar a *ratio decidendi*¹⁶ estabelecida pelos fatos e fundamentos de determinado caso previamente julgado aos casos similares no presente e no futuro.

Como parte da tradição da *common law*, a doutrina do precedente judicial prestigia a estabilidade e permite o desenvolvimento de um direito consistente e coerente. Também serve a outras funções igualmente benéficas: preserva a continuidade, manifesta respeito pelo passado, assegura igualdade de tratamento aos litigantes em idêntica situação e poupa os juízes da tarefa de, a cada caso subsequente, ter de reexaminar todas as regras de direito novamente, além de assegurar à ordem jurídica uma desejável medida de previsibilidade. Não exige, de outro lado, uma obediência cega a decisões passadas (RE, 1994, p. 282).

A doutrina do *stare decisis* permite que os tribunais rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo: *a priori*, é necessário que o tribunal determine se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável e, em seguida, deve deliberar em que extensão o princípio será aplicado. O que se extrai disso é que, além de conformar estabilidade e uniformidade, a regra dos precedentes, ao permitir a inaplicabilidade de decisões anteriores, torna material a flexibilidade necessária para a mudança e progresso (RE, 1994, pp. 284-285).¹⁷

justicia inglesa fuese diluida e inestable, la misma requería de um fuerte cemento. Esto fue precisamente lo que se encontro en la doctrina del precedente própria del *common law* que aportó al ordenamento rigidez y certeza” (CROSS; HARRIS, 2012, p. 33).

¹⁶ As razões de decidir – *ratio decidendi* –, na lição de Antoine Garapon e Ioannis Papapoulos (2008, p. 34), nada mais são do que o suporte central da decisão: “Somente o suporte central da decisão – designado pelo nome de *ratio decidendi* tem realmente autoridade. As observações incidentes do juiz, as motivações pedagógicas da decisão – o *obiter dictum* –, assim como os argumentos dos juízes cuja opinião não prevaleceu – opinião dissidente – não engajam as jurisdições subordinadas, mas têm um valor de persuasão importante.” Nesse mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 175) explica ser a *ratio decidendi* “a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa a regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*.”

¹⁷ A *doctrine of precedents* conta com técnicas específicas capazes de gerar a flexibilidade a que fizemos menção. Sobre elas – que não constituem o cerne do trabalho, mas apenas a fim de propiciar o mínimo necessário para que se compreendam as ideias contidas no texto –, valioso é o magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 127): “Quando se detecta a necessidade de mudança, ou porque (a) se considera agora, a norma errada; ou porque (b) se considera agora a norma errada, embora ela não estivesse errada, quando foi criada, ocorre o *overruling*. Esta é uma das principais técnicas, usadas no sistema de *common law*, para adaptar/corriger/flexibilizar o direito. A outra, também bastante importante, é a técnica do *distinguishing*. Ambas são, indubitavelmente, as técnicas principais. *Overruling* é o afastamento do precedente e a declaração de que este precedente foi superado. O *overruling*, porém, também pode ser implícito. Quando ocorre o *overruling*, uma



Na prática do direito, o efeito do uso do precedente permite que o militante jurídico preveja, em certa medida, a decisão que a Corte deverá tomar com relação aos casos postos à decisão.¹⁸ A habilidade daí decorrente – a de prever situações com base em pronunciamentos anteriores das instâncias superiores e inferiores em relação a uma situação de fato particular – pode evitar a necessidade de litigância sobre questões repetitivas, que não constituam, em essência, base para amparo judicial (COLE, 1998, p. 19).

De forma um tanto simplista, é possível conceituar, enfim, o que são “precedentes judiciais” para a *common law*: se a *doctrine of precedents* encontra na sua melhor tradução, no português, o termo “regra do precedente”, então um “*precedent*” é a única ou várias decisões, de um órgão colegiado de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados (SOARES, 1999, p. 40).¹⁹

Note-se: não é toda decisão que possui caráter vinculante no sistema da *common law*. É fundamental perquirir, no julgamento da aplicabilidade de um julgado passado a um litígio presente, sobre a força (*authority*) entorno dos dois casos: se obrigatória (*binding* ou *constraining*) ou meramente persuasiva (*persuasive ou advisory*). Essa excursão é necessária para registrar que um precedente não vinculante não é fundamentação suficiente e bastante por si de uma decisão judicial, mesmo nos ordenamentos onde vige a *doctrine of stare decisis*; é preciso haver uma fundamentação sobre a compatibilidade do caso com o direito ao qual está efetivamente vinculado, não podendo deixar de lado aquilo que o obriga (RAMIRES, 2010, pp. 65-66).

Com efeito, o sistema do *stare decisis* não implica mera repetição silogística de julgados anteriores, mas, ao contrário, deve ser analisado cuidadosamente para determinar se

nova regra é criada para os casos subsequentes. [...] A técnica do *distinguishing* é um pouco diferente, pois permite que a regra sobreviva, embora seu sentido se torne menos abrangente. O tribunal faz referência ao precedente e diz que este seria literalmente aplicável ao caso que deve ser julgado. Entretanto, por causa de uma peculiaridade que existe neste caso e não existia no outro, a regra deve ser reformulada para se adaptar a esta circunstância. A regra do precedente não é abandonada, mas reformulada, levando em consideração características específicas do caso.”

¹⁸ Quando há vários precedentes a representar um mesmo princípio legal, o efeito da regra do precedente judicial é mais forte. É bem verdade que a regra de direito aplicada sobre apenas um único precedente é suficiente para preencher o escopo da política por trás do *stare decisis*. Contudo, o seu efeito é mais fraco, na medida em que uma regra jurídica firmemente estabelecida tem um grau de probabilidade mais alto de ser aplicada em várias situações de fato (FINE, 2000, p. 92).

¹⁹ Nesse raio de ideias: “Isso porque, com o *stare decisis*, a vinculação do precedente se orienta em sentido vertical e em sentido horizontal. O vertical se constitui pela exigência dos tribunais inferiores respeitarem as decisões de tribunais superiores e, por sua vez, o sentido horizontal exige superiores sigam seus próprios precedentes.” (BAHIA; LADEIRA, 2014, p. 283).



existem similaridades, de fato e de direito, ao caso paradigma e atual (BAHIA; LADEIRA, 2014, p. 285).²⁰

De qualquer sorte, a doutrina do precedente somente se solidificou na Inglaterra ao final do século XIX. Não há que ser confundida com a *common law*, até porque esta última existiu por muito tempo sem *stare decisis* ou *rule of precedent*. É de se reconhecer, a despeito disso, que a doutrina do precedente teve fundamental importância para o desenvolvimento da *common law* em sua feição moderna, ao lado da lei e dos costumes. Não foi concebida, ao contrário do que se alega, em virtude da omissão do Legislativo ou para constituir indícios de que juízes criam o direito – trata-se de uma técnica destinada a promover a estabilidade do que é afirmado pelos tribunais, sem se importar se tal afirmação apenas interpreta a lei (MARINONI, 2016b, p. 34).

2.5.2. Um necessário recorte sociológico: demonstração de que comportamentos racionais demandam um sistema jurídico estável e previsível

Para os fins deste trabalho é importante que se explicita, mediante uma perspectiva sociológica, o porquê de a *doctrine of stare decisis* ter sido adotada pela *common law*. Procura-se, com isso, apenas reforçar a ideia de que a *common law* teria adotado o *stare decisis* como meio para contrabalançar a sua pouca racionalidade e previsibilidade – e não o contrário.

Entre 1904 e 1905, Weber publicou as duas primeiras partes do clássico *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. Nesta obra, o argumento principal é o de que o modo de vida dos religiosos protestantes – calvinistas, luteranos, metodistas, entre outros – originou um comportamento racional²¹ que, por sua vez, contribuiu para que o capitalismo pudesse desenvolver-se num ambiente simbiótico (MARINONI, 2016a, p. 29).

²⁰ Essa percepção é crucial para encarar o verdadeiro significado de um precedente no direito brasileiro. Trata-se, eminentemente, de estabelecer bases para a compreensão de um instituto transplantado e evitar, entre nós, a ofensa ao ideal de justiça e a violação à estabilidade (que não significa ser imóvel...).

²¹ Escreve Marinoni (2016a, pp. 25-27), em relação, por exemplo, ao calvinista, que, em razão de aceitar a doutrina da predestinação – isto é, que certos homens elegeram-se ou salvaram-se antes de a humanidade vir ao mundo –, povoava seu imaginário a ideia de que não era possível buscar a salvação em vida. Não podendo salvar-se por meio de obras ou sacramentos, restava-lhe apenas a tentativa da comprovação de que havia sido eleito por Deus. O trabalho profissional incessante, então, destaca-se como o meio mais protuberante no alcance da autoconfiança na eleição. Desempenhar o trabalho com rigorismo técnico, assiduidade e seriedade era a forma única de dissipação da dúvida e obtenção de certeza quanto ao estado de graça. Descurar do exercício rigoroso e sem descanso da profissão, ou deixar de pagar uma dívida, era o mesmo que ausência de eleição. Vê-se, pois, que a necessidade de comprovação da eleição passava pela ideia de dever profissional associada a um forte senso de responsabilidade. O resultado: a gênese de um modo de vida dotado de racionalidade.



O desenvolvimento pleno do capitalismo, além de um modo de vida racional, demandava também um direito racional e previsível. Para a teoria weberiana, num direito de índole irracional “o capitalismo não pode operar; o que ele [capitalismo] precisa é de um direito calculável, do modo similar a uma máquina; aspectos religioso-rituais e mágicos não podem ter importância alguma” (WEBER, 2006, p. 95).²²

Começava-se a especular sobre a relação entre direito e desenvolvimento. Pensadores que estudaram a ascensão da civilização industrial, como Weber, Durkheim e Maine, consideravam o direito como um fator dominante nos processos que investigaram, reconhecendo-lhe seu papel social. Era o início da teorização dos sistemas jurídicos e do processo civil: conceitos, institutos e mecanismos processuais clássicos já se mostravam impotentes para a tutela dos direitos (TRUBEK, 2007 [1972], p. 151).

Era final do século XIX e emergiam novos paradigmas. Além da transição do Estado liberal clássico²³ para o Estado contemporâneo,²⁴ os efeitos da Reforma Protestante transferiam o poder de julgar do divino para o humano, em moldes formalmente racionais. Surgia a necessidade de prolação de decisões demonstradamente racionais e, junto a ela, uma espécie de previsibilidade revestida de sentido (MARINONI, 2016a, pp. 36-42).

²² Jesse Souza (2006, p. 95), estudioso de Weber, em análise à supracitada passagem do autor, comenta: “o direito racional formal é percebido por Weber como fundamental para a existência do capitalismo moderno, por sua natureza calculável e por sua previsibilidade. Não será possível planejamento nem cálculo a longo prazo, atividades imprescindíveis para a existência de mercado competitivo baseado em princípios impessoais, se a justiça depender de pressupostos mágicos [...], ou da discricionariedade de juízes que decidem de acordo com seu próprio arbítrio”.

²³ No contexto da idealização do Estado liberal clássico, Carl Schmitt (1982, p. 150, grifos do autor) explica que a burguesia desejava um conceito de lei totalmente abstrato e dotado de generalidade, significativo de ordem, já que preocupavam-se com a defesa do cidadão contra eventuais agressões da autoridade estatal: “La burguesía, en lucha por su libertad y su Estado de Derecho, adoptó aquí un concepto de Ley que descansa en una vieja tradición europea y que pasó, desde la Filosofía griega, a la Edad Moderna, a través de la Escolástica: Ley no es la *voluntad* de uno o de muchos hombres, sino una cosa *general-racional*; no *voluntas*, sino *ratio*.”

²⁴ O Estado liberal clássico começa a construir-se a partir da irrisignação nutrida pelos cidadãos (mais especialmente a burguesia) em relação à monarquia absolutista. Essa nova concepção de Estado tinha como princípio maior a liberdade plena do indivíduo em relação ao Leviatã. Defendia-se a mínima intervenção, de modo que a ideia-chave era a de que os indivíduos pudessem, sem a presença do Estado, exercer de forma livre a sua liberdade e seus direitos de propriedade. Ali, o direito assume um perfil mais individualista e mercadológico por influência direta do paradigma liberal-racionalista. Com a vinda das sociedades de massa, porém, e principalmente após as Guerras Mundiais, as pessoas passam a se conscientizar de que não bastava garantir as liberdades diante do Estado, e passam a exigir dele prestações sociais positivas capazes de viabilizar o exercício efetivo da liberdade. Face à realidade que se observava no Estado liberal clássico, os dogmas firmados vão, paulatinamente, se modificando. A despeito dos compromissos individualistas e normativistas, tanto a preocupação com a justiça social como a complexidade da sociedade levam os indivíduos a reivindicar do Estado, além da proteção aos direitos fundamentais-sociais – no processo, inclusive –, intervenções efetivas que impliquem diretamente no desenvolvimento da pessoa humana e na promoção e proteção dos direitos humanos. Eis o cariz do Estado contemporâneo enquanto Estado social e democrático de direito: a demanda da garantia, através do ordenamento jurídico, de condições mínimas de vida para os cidadãos, num seio social igualitário e legitimador da participação popular no processo político, tudo sob um ideal de sociedade mais justa (ESPÍNDOLA; CUNHA, 2011, pp. 85-87).



A conclusão, pois, não pode ser outra: o *stare decisis* foi adotado pela *common law* como um instrumento para o alcance da previsibilidade. Esta constatação possui notável relevância, pois através dela constituiu-se a base necessária para, como doravante se fará, argumentar a imprescindibilidade de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil – lugar onde tornou-se comum decidir casos iguais ou semelhantes de forma distinta – e, mais do que isso, o seu potencial virtuoso para alcançar o desenvolvimento e a efetividade, não só do direito e da justiça, mas também do país em sentido amplo.

2.6. Influências da *common law* no direito brasileiro: circulação de modelos entre os sistemas de direito tradicionais e evolução e aproximação entre as tradições de *civil law* e *common law*

Tanto a construção da *civil law* como a construção da *common law* foram baseadas em circunstâncias culturais e jurídicas precisas, que colocam em evidência particular alguns de seus aspectos. Fenômenos recentes como a globalização e a tendência à uniformização cultural nos habitam a pensar na cultura não como num conjunto coerente, fechado e imóvel de conteúdos dados uma vez por todas, mas como numa rede móvel, variável e aberta, em contínua transformação, na qual valores e conteúdos ingressam para combinar-se ou fundir-se em processos de mudança (TARUFFO, 2003, p. 155). O que se verifica é um complexo intercâmbio de modelos entre sistemas de tradição *common law* e sistema de tradição *civil law* (TARUFFO, 2003, p. 142).

As famílias da *common law* e da *civil law* têm cada vez mais estabelecido uma comunicação entre si. Se de um lado a tradição da *common law* cada vez mais trabalha com o direito legislado (o que se denomina “*statutorification* do *common law*”), do outro, a tradição da *civil law* cada vez mais se preocupa em assegurar a igualdade de todos perante o direito. Há necessidade de tratamento de casos similares mediante a mesma norma judicial, numa exploração dinâmica do princípio da segurança jurídica (MITIDIERO, 2015, p. 334).

Em verdade, desde o momento em que se percebeu que a norma não é o objeto, mas o resultado da interpretação, chegou-se à conclusão de que ou as decisões das Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) eram encaradas como algo dotado de normatividade ou então o princípio da igualdade se esfumava num sistema jurídico em que casos concretos idênticos ou semelhantes obteriam julgamentos distintos. Noutras palavras: a decisão judicial passa a ser vista não só como um meio de solução de um



caso concreto, mas também como um meio de promoção da unidade do direito (MITIDIERO, 2015, pp. 334-335).

Por isso, não apenas inevitável como salutar a influência da *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, mormente se concebida como forma de promover a sua melhoria, afastando disfunções institucionais e do próprio sistema de justiça, atualmente em crise.

2.6.1. Crise institucional e de justiça

Fala-se em crise do sistema de justiça no Brasil contemporâneo na medida em que este se mostra incapaz de desempenhar suas três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica (SANTOS et al., 1996 apud FARIA, 2004, p. 104).

Com a abertura democrática dada a partir em meados da década de 1980, assistimos, no Brasil, a um intenso processo de judicialização da vida pública nacional – fatores como a falta de confiança nas instituições representativas, a ampla tessitura da carta de direitos econômicos e sociais e o frequente uso do Judiciário pelas oposições conferem à Justiça brasileira um importante papel político.²⁵ Dados recentes revelam-nos um quadro de instabilidade institucional e ambiente hostil ao crescimento econômico, sem mencionar o fato de que juízes politizados frequentemente substituem decisões majoritárias por preferências próprias, e que o número e a complexidade das interações sociais, assim como o multiculturalismo, tem aumentado sobremaneira (GICO JR., 2013; VERISSIMO, 2006).

Há, em vista disso, um modelo emergente de direito e de justiça que tem estado em transformação desde o final do século passado, em plano global e nacional, onde a justiça distributiva vem sendo reintroduzida nas dinâmicas inerentes ao direito. Tais mudanças têm levado, afirma-se, a importantes alterações no processo judicial no Brasil (VERISSIMO, 2006).²⁶

²⁵ Agentes jurídicos nunca alcançaram, na história republicana do Brasil, tanta evidência como agora. As prerrogativas concedidas pela CRFB/88 principalmente a juízes e promotores permitiram a presença das duas corporações – o Judiciário e o Ministério Público – na vida econômica e na agenda política. Exercendo enorme protagonismo social numa sociedade desigual e iníqua, promotores e procuradores da República passaram a recorrer a gravações clandestinas e escutas ilegais, visando à formulação de denúncias criminais em face de atores dirigentes dos poderes Executivo e Legislativo, e juízes politizados passaram a se opor a reformas estruturais e a encurtar, para ficar no plano criminal, investigações e instruções processuais, invertendo o ônus da prova e comprometendo o exercício de direitos e garantias processuais constitucionalmente consagrados, em nome de uma falsa moralidade e de um combate maniqueísta (FARIA, 2004, pp. 103-104).

²⁶ Ademais, e não só aqui, como no resto do mundo, existe uma preocupação com o aumento da desigualdade e da falta de oportunidades; com a forma como tais tendências estão transformando as economias, as políticas e, via de consequência, as sociedades (STIGLITZ, 2014).



O ideário brasileiro da segurança jurídica tem se mostrado frágil, de modo que, em o direito perdendo a sua unidade, sobreleva a necessidade da implantação de formas de satisfação das necessidades, dos valores e dos objetivos políticos de uma comunidade – os sistemas jurídicos otimizados são um pré-requisito fundamental para o alcance de um desenvolvimento sustentável.

2.7. O papel social do direito: a racionalidade jurídica e a previsibilidade em favor do desenvolvimento

Seis são os grandes objetivos políticos que as sociedades modernas desenharam para si. Estabelecidos historicamente, todos eles dialogam diretamente com a dimensão concreta do conceito de cidadania. Os dois primeiros – a ordem (ou segurança interna) e a paz combinada com a autonomia nacional – surgem nas sociedades antigas. Já o terceiro, a liberdade, toma forma no contexto dos Estados Absolutos.²⁷ A Revolução Industrial é o marco que viabiliza, de conseguinte, a definição do quarto objetivo – o do desenvolvimento econômico ou do aumento do bem-estar material, a partir da relação com o direito ao trabalho. O quinto objetivo político, a seu turno, dimensiona-se na segunda metade do século XIX, compartilhando da afirmação dos direitos sociais – trata-se da justiça social. Um sexto e último objetivo manifesta-se no último quartel do século XX, após a Conferência das Nações Unidas em Estocolmo (1972) – a proteção do ambiente ou o desenvolvimento sustentado (BRESSER-PEREIRA, 2008, p. 9).

Todos esses seis objetivos convergem para o alcance de um único objetivo político geral: o do desenvolvimento humano propriamente dito. Cuida-se de um desenvolvimento incluyente, do qual depende a melhoria dos padrões de vida da população. De se perguntar não seria: em que aspecto isto dialoga propriamente com o direito, com a racionalidade jurídica e, mais especificamente, com o microsistema de precedentes obrigatórios?

Independentemente do sistema jurídico, acredita-se que a função do direito é, antes de tudo, a de gerar estabilidade às relações sociais, políticas, econômicas e institucionais. O jurisdicionado deve sentir-se tranquilo, pois pode moldar sua conduta com certa dose de previsibilidade (WAMBIER, 2009, p. 121).

²⁷ No contexto dos Estados Absolutos, aliás, primeiro a liberdade como objetivo político refere-se à ideia da liberdade de pensamento. Só depois é que, incorporando o pensamento democrático, define-se como liberdade para participar da escolha dos governantes da nação – como direito político (BRESSER-PEREIRA, 2008, p. 9).



Sob esta perspectiva, o sistema de precedentes vinculantes pode ser, em teoria, essencial ao desenvolvimento de um país, porque gera calculabilidade e permite planejamento – e é justamente aqui que reside o diálogo do postulado dos precedentes obrigatórios com o seu potencial virtuoso em termos de desenvolvimento e racionalização do sistema jurídico.²⁸

2.7.1. Potencial virtuoso da instituição dos precedentes obrigatórios

Estabelecida a ideia segundo a qual as sociedades modernas possuem sistemas jurídicos formais que regulam a convivência e buscam otimizar o alcance seus objetivos políticos, compreende-se, naturalmente, que o grau de sucesso alcançado por cada civilização neste esforço institucional é variável. Há, contudo, uma concepção importante nesta discussão: a de que, “para alcançar o desenvolvimento sustentável, é necessário que uma dada sociedade desenvolva e mantenha um sistema jurídico que funcione bem e dê sustentação a um bom sistema de governança” (GICO JR., 2013, pp. 435-436).²⁹

Está-se a falar, portanto, em desenvolvimento e necessidade de estabilidade; em desenvolvimento e coerência do direito, segurança jurídica, previsibilidade.³⁰ Relações democráticas duradouras dependem fundamentalmente de um sistema legal previsível. A relação de complementariedade entre jurisprudência estável, íntegra e coerente,³¹ microsistema de precedentes judiciais e desenvolvimento compõe o núcleo da nossa reflexão.³²

²⁸ Sobretudo porque o desenvolvimento em sentido amplo, capaz de propiciar o aumento dos padrões médios de vida, abarca o aumento: (a) da produtividade (desenvolvimento econômico); (b) da distribuição de renda menos desigual e portanto mais justa do produto social (desenvolvimento social); (c) da liberdade política, “mais democracia” (desenvolvimento político); e a proteção mais efetiva do ambiente natural (desenvolvimento sustentável) (BRESSER-PEREIRA, 2008, p. 5).

²⁹ Existem hoje, aliás, evidências empíricas contundentes a apontar que sistemas de justiça bem estruturados concorrem para o crescimento econômico (GICO JR., 2013, pp. 435-436) – e com isso há, decorrência lógica, contribuição para o progresso.

³⁰ Fala-se na missão estruturante que as *regras do jogo* assumem diante das mudanças de paradigma operadas no Estado contemporâneo – o impacto do constitucionalismo, a evolução da teoria da argumentação, o papel do juiz pós-positivista, a litigância progressiva decorrente de movimentos sociais (*social action litigation*) e a própria crise financeira. O elemento previsibilidade é, para o argumento institucionalista, crucial.

³¹ Assim refere o *caput* do art. 926 do Código de Processo Civil: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

³² Embora admitamos que o desenvolvimento jurídico nem sempre pode conduzir ao desenvolvimento pleno, é certo, porém, que “o sucesso ou insucesso dos países está associado à sua capacidade de desenhar um marco institucional articulado e adequado a cada contexto particular” (SCHAPIRO, 2011, p. 343). Desta maneira, é legítima a alçada de um desenho jurídico-institucional nacionalmente adequado – tanto para incentivar as atividades econômicas nacionais como a fim de construir um melhor ambiente histórico, social e cultural.



Assim que, sob este enfoque, a necessidade de respeito ao caráter vinculante atualmente conferido a determinados precedentes judiciais³³ é fulcral. A máxima *treat like cases alike* permitiria, por meio das fundações dos princípios da segurança jurídica e igualdade, maior eficiência na alocação de recursos pelo Estado a partir da observância obrigatória e do respeito aos precedentes judiciais. Além disso, neste modelo, as decisões proferidas pelas Cortes Supremas contribuiriam na regulação da vida social e guiarium numa resolução mais justa de casos conflitivos.

Para isso, todos os esforços devem ser empreendidos a fim de auxiliar as instituições juridicamente forjadas a se desenvolverem de forma positiva. Somente com um *conteúdo mínimo* de ordenamento jurídico (isto é, bases fortes e uma existência estável) é que o direito pode servir de efetiva orientação às ações governamentais formuladoras de políticas públicas. Esse conteúdo mínimo permite que o governo e os demais atores sociais atuem em observância às regras firmadas nos tribunais e respeitem os direitos civis de seus cidadãos.

Com estes argumentos, afigura-se virtuoso o microssistema de precedentes obrigatórios existente: vê-se viável a aquisição de um *set* de virtudes progressistas, que incluiriam o respeito à autonomia dos agentes, racionalidade na aplicação do direito (jurisprudência uniforme e previsível), respeito aos direitos de propriedade, coordenação estatal para a superação de problemas ligados à ação coletiva nos mercados, a alocação eficiente de recursos (o agente escolhido como concentrador de riscos pode melhor redirecionar ou retracionar seus investimentos e repassar à sociedade através dos preços, por exemplo, de uma forma ampla e suportável, os custos incorridos, numa escala proporcional) e, sobretudo, redução de desigualdades e equalização das condições de participação política.

Países em desenvolvimento querem e precisam de desenvolvimento *imediatamente!*

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo objetivou refletir acerca do papel do microssistema de precedentes vinculantes brasileiro no contexto das transformações ocorridas pelo advento do novo Código de Processo Civil, marcado pela ideia de respeito aos precedentes.

³³ Os precedentes judiciais no Código de Processo Civil podem ser divididos em duas categorias: vinculantes ou não vinculantes (persuasivos). O critério utilizado para formulação de tal distinção é o cabimento ou não da reclamação (arts. 988 e 993, Código de Processo Civil). Assim, consideram-se vinculantes no nosso ordenamento jurídico os precedentes oriundos do julgamento de incidente de assunção de competência (IAC), incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e recursos especial (REsp) ou extraordinário (RE) repetitivos.



Baseados nas hipóteses segundo as quais (a) as instituições e as regras de conduta possuem uma importante função estruturante na construção da sociedade civil e no Estado Democrático de Direito, figurando no centro da explicação do sucesso ou fracasso das nações, em detrimento de posicionamentos deterministas; (b) um maior estoque de capital jurídico de uma sociedade (mais segurança sobre o resultado provável de conflitos) permite que seus integrantes possam melhor elaborar planejamentos de longo prazo e cooperar, encorajando o investimento e o crescimento, procuramos construir o argumento segundo o qual a consolidação de uma cultura de respeito aos precedentes é um objetivo legítimo de desenvolvimento a ser colimado pelos agentes jurídicos brasileiros.

Buscou-se afirmar que, assim como a adoção, pela *common law*, da doutrina do *stare decisis*, a incorporação deste modelo jurídico ao ordenamento brasileiro teve como fim conferir maior previsibilidade e racionalização ao nosso sistema de justiça, como forma de garantir a igualdade e a segurança jurídica.

Da análise realizada, sobrelevam, a título de resultados principais, as seguintes conclusões:

1. Os sistemas jurídicos são um reflexo da cultura em que os povos estão inseridos, e desempenham um papel-chave na história nacional dos Estados modernos, na medida em que permitem o alcance de seus objetivos políticos.

2. A instituição do constitucionalismo e seus impactos, a evolução da teoria da interpretação e o uso cada vez mais frequente de técnicas legislativas abertas puderam demonstrar que a ideia segundo a qual a atividade judicial atém-se apenas à declaração da lei é, *per se*, insuficiente para o avanço normativo-democrático.

3. A cultura jurídica já não é mais alicerçada num sistema de justiça coerente, hermético e imóvel de informações prontas, mas, sim, num complexo dinâmico, amplo, aberto e variável, em troca constante de dados e de modelos jurídico-institucionais.

4. Não é apenas inevitável como salutar a influência da *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente porque capaz de promover a sua melhoria, afastando disfunções institucionais e do próprio sistema de justiça, atualmente em crise de efetividade.

5. O precedente judicial, independentemente do sistema ou da tradição jurídica em que figura, é de uma importância fundamental para a experiência jurídica.

6. A *common law* teria adotado a doutrina do *stare decisis* como meio para contrabalançar a pouca racionalidade e previsibilidade concernente às decisões judiciais – e



não em virtude da omissão do Legislativo, meio de desafogar o Poder Judiciário ou para constituir indícios de que juízes criam o direito.

7. Esta deve ser a concepção do microsistema de precedentes no Brasil – a de conferir estabilidade e racionalidade ao ordenamento –, o que possibilita afirmar que o acúmulo ótimo de um capital jurídico que preconize a igualdade e a segurança, no contexto de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais, contribuiria peremptoriamente para o desenvolvimento – seja promovendo uma sociedade mais igualitária, seja promovendo maior eficiência na prolação de decisões.

Finalmente, alerta-se para o fato de que a existência de um microsistema de precedentes no nosso ordenamento jurídico não afasta do juiz a obrigatoriedade de fundamentar sobre a aplicabilidade do caso concreto com o direito ao qual está vinculado. Há explícito o compromisso da utilização, por juízes e tribunais, de provimentos vinculantes na motivação de suas decisões, sendo que, fora disso, corre-se o risco de que o antigo *juiz-boca-fria-da-lei* seja substituído pelo *juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante*.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. p. 399-405. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). **Precedentes**. – Salvador: Juspodivm, 2015. 780p.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico. **Revista de Processo: RePro**, v. 39, n. 234, ago. 2014. p. 275-301.

BERMAN, Henry. **Law and Revolution: the formation of western legal tradition**. Cambridge: Harvard University, 1983.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O conceito histórico de desenvolvimento econômico**. Versão de 31 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2008/08.18.ConceitoHist%C3%B3ricoDesenvolvimento.31.5.pdf>>. Acesso em: 1 de set. 2016.

BRUNER, Jerome S. Apresentação. In: CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução Sergio Arenhart e Gustavo Osna. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. 204p.



CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução Sergio Arenhart e Gustavo Osna. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014. 204p.

COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 752, jun. 1998. p. 11-21.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Traducción Maria Angélica Pulido. – Madrid: Marcial Pons, 2012. 276p.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Direito processual civil inglês: *stare decisis*. In: **Direito processual civil europeu contemporâneo**. CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). – São Paulo: Lex Editora, 2010. 382p.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora RT, 2004.

_____. **Perspectiva histórica do precedente como fonte do direito**. 2003. 344p. Tese (Concurso ao cargo de Professor Titular de História do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução Eduardo Brandão. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006. 120p.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. 687p.

ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2011. p. 84-94.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, mai.-ago. 2004. p. 103-125.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 782, dez. 2000. p. 90-96.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 277p.

GICO JR., Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, jul.-dez. 2013. p. 435-464.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Fundação Boiteux, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamago. – 3. ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 125p.

_____. **Precedentes obrigatórios**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 396p.



MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 40, n. 245, jul. 2015. p. 333-349.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. 308f. 2012. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. A atuação do juiz no novo código de processo civil. **Revista Consultor Jurídico**. 30 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-30/benedito-cerezzo-atuacao-juiz-codigo-processo-civil>>.

_____. A duração razoável do processo na perspectiva do novo código de processo civil – lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. In: **O novo código de processo civil: questões controvertidas**. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. O poder do juiz: ontem e hoje. **Revista da AJURIS**. v. 104, Porto Alegre: AJURIS, 2006. pp. 19-33.

_____; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. A estrutura do código de processo civil: uma afronta à igualdade! In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005, Florianópolis. **Anais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 166p.

RE, Edward D. Stare decisis. Tradução Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Informação Legislativa**, v. 31, n. 122, abr.-jun. 1994. p. 281-287.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional nacionalmente adequado. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 1, jan.-jun. 2011. p. 341-352.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Traducción Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982. 377p.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 197p.

STIGLITZ, Joseph E. **O preço da desigualdade**. Lisboa: Bertrand, 2014. 494p.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 28, n. 110, abr.-jun. 2003. p. 141-158.

TRUBEK, David M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo (*Max Weber on law and the rise of capitalism* [1972]). Tradução José Rafael Zullo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2007. p. 151-186.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. 264 f. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VIARO, Felipe Albertini Nani. **Do precedente no direito inglês e norte-americano**. 193f. 2013. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.



WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 34, n. 172, jun. 2009. p. 121-174.

WEBER, Max. **A gênese do capitalismo moderno**; organização e comentários Jesse Souza; tradução Rainer Domschke. – São Paulo: Ática: 2006. 136p.