



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE DIREITO**

PETRÚCIO ARAÚJO REGES

**A APROXIMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO COM O *COMMON LAW* SOB A
PERSPECTIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL**

**CAMPINA GRANDE
2017**

PETRÚCIO ARAÚJO REGES

**A APROXIMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO COM O *COMMON LAW* SOB A
PERSPECTIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e
Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dra. Cynara de Barros Costa

**CAMPINA GRANDE
2017**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

R333a Reges, Petrócio Araújo.

A aproximação do direito brasileiro com o *common law* sob a perspectiva do direito constitucional [manuscrito] : / Petrócio Araújo Reges. - 2017.

44 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2017.

"Orientação : Profa. Dra. Cynara de Barros Costa , Departamento de Direito Privado - CCJ."

1. Precedente no Direito Brasileiro . 2. Sistemas Jurídicos.
3. Civil Law.

21. ed. CDD 342.02

PETRÚCIO ARAÚJO REGES

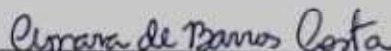
**A APROXIMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO COM O *COMMON LAW* SOB A
PERSPECTIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL**

Monografia do Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

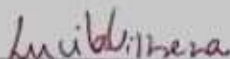
Área de concentração: Direito Constitucional e
Direito Processual Civil.

Aprovada em: 06/12/17.

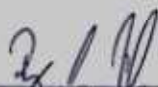
BANCA EXAMINADORA



Profa. Dr^a. Cynara de Barros Costa (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Me. Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Esp. Rodrigo Araújo Reul
Faculdade Reinaldo Ramos (CESREI)

AGRADECIMENTOS

A gratidão é um legítimo exercício da consciência e neste momento agradecer é fazer jus à história das minhas conquistas.

Assim, meus agradecimentos iniciais se destinam aos meus pais – Francisco e Josinalda, minha irmã – Palloma, minha tia – Josineide, e a meus irmãos peludos – Bia e Petter, os quais em muito contribuíram para minhas vitórias.

Agradeço, ainda, às demais pessoas especiais, elas sabem.

Agradeço a Deus, responsável por me proporcionar amparo nos momentos em que tanto precisei.

Agradeço a minha orientadora, Professora Cynara de Barros Costa, a qual sempre se mostrou solícita, paciente e dedicada, um exemplo de profissional.

Por fim, registro os agradecimentos a minha pessoa.

RESUMO

As normas, ao compor um ordenamento jurídico, podem se organizar, por meio de fundamentos filosófico-jurídicos, de forma a constituir um sistema jurídico. No mundo, o *Civil Law* e o *Common Law* são as tradições de sistema jurídicos mais presentes nos países. Essas tradições apresentam características singulares, em detrimento dos contextos em que surgiram e se desenvolveram. Nos últimos anos, entanto, os ordenamentos jurídicos de diversos países vêm passando por diversas transformações, dentre as quais se destaca a aproximação com sistemas jurídicos não tradicionais as histórias do direito desses países. Nesse sentido, o processo de mútua influência entre os sistemas jurídicos de tradições diversas vem se tornando uma tendência mundial. O Brasil, país de tradição do *Civil Law*, vem se alinhando à tendência mundial ao incorporar elementos do *Common Law* por meio da criação de institutos como a súmula vinculante e o sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. Isto posto, o presente trabalho objetiva analisar criticamente a aproximação do direito brasileiro com o *Common Law* sob a perspectiva do Direito Constitucional. Nesse sentido, buscou-se compreender historicamente esse processo por meio do método histórico-crítico e inferir suas prováveis consequências. Para tanto, foram utilizados o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental, sob uma perspectiva interdisciplinar.

Palavras-Chave: *Common Law*. *Civil Law*. Precedentes no Direito Brasileiro.

ABSTRACT

Civil Law and Common Law are the most widespread legal traditions in the world, as they have influenced the construction and development of various legal systems in history. In this sense, the process of "legal colonization" of countries is characterized by the modulation of these systems to the national contexts in which they are inserted. In recent years, legal structures have undergone several transformations and the process of mutual influence between systems has become a trend. In countries of Common Law tradition, there is a growth of legislated norms, while the countries of Civil Law tradition adopt Common Law instruments such as the precedent system. Brazil, a country of the Civil Law tradition, has been aligning itself with the world trend by incorporating Common Law elements through the creation of institutes such as the binding precedent and the precedent system of the Code of Civil Procedure of 2015. The present work aims to analyze critically this approximation with the Common Law from the perspective of Constitutional Law. In this sense, we sought to understand this process historically through the historical-critical method and to infer its probable consequences. For that, the deductive method was used and the bibliographical and documentary research, from an interdisciplinary perspective.

Keywords: Common Law. Civil Law. Precedent in Brazilian Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO I - OS DIFERENTES MODELOS DE SISTEMAS JURÍDICOS	08
1.1 Considerações iniciais acerca dos sistemas jurídicos	08
1.2 O <i>Common Law</i>	10
1.2.1 O <i>Common Law</i> no Direito Americano	12
1.2.1.1 O Direito norte-americano e a doutrina do <i>stare decisis</i>	13
1.3 O <i>Civil Law</i>	16
1.3.1 O <i>Civil Law</i> no Direito Brasileiro	17
CAPÍTULO II - A APROXIMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO COM O COMMON LAW	21
2.1 A aproximação das tradições jurídicas como uma tendência mundial	21
2.2 A valorização da jurisprudência por meio de normas infraconstitucionais	22
2.3 O desenvolvimento do controle concentrado de constitucionalidade	23
2.4 A súmula vinculante	24
2.5 A vinculação ao precedente no Código de Processo Civil de 2015	26
CAPÍTULO III - O CARÁTER POLÍTICO-JURÍDICO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	30
3.1 Ativismo judicial e o sistema de precedentes no Brasil	30
3.2 A função do precedente no <i>Common Law</i> e no direito brasileiro	33
3.3 O caráter antidemocrático do processo de vinculação ao precedente no contexto institucional brasileiro	34
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

O *Civil Law* e o do *Common Law* são as tradições jurídicas mais difundidas no mundo, já que influenciaram a construção e o desenvolvimento de diversos sistemas jurídicos na história. Nesse sentido, o processo de “colonização jurídica” dos países é caracterizado pela modulação das tradições jurídicas aos contextos nacionais em que estas são inseridas.

Nos últimos anos, os ordenamento jurídicos de diversos países passaram por diversas transformações e o processo de mútua influência entre os sistemas jurídicos de diferentes tradições vem se tornando uma tendência no mundo, em virtude de fenômenos como a globalização.

Nos países de tradição do *Common Law*, registra-se o crescimento de normas legisladas, ao passo em que os países de tradição do *Civil Law* apresentam uma forte tendência a adoção de instrumento do *Common Law*, como o precedente. O Brasil, país de tradição do *Civil Law*, vem se alinhando à tendência mundial. O sistema jurídico nacional se tangência ao *Common Law*.

Não obstante, a forma como o sistema jurídico nacional se aproxima do *Common Law* vem sofrendo críticas por parte da doutrina do direito.

Face ao exposto, o presente trabalho de conclusão de curso objetiva analisar criticamente o processo de aproximação do sistema jurídico nacional com *Common Law* sob a perspectiva do Direito Constitucional, especificamente, compreender historicamente esse processo por meio de um método histórico-crítico, e inferir, por meio de uma análise prospectiva, as prováveis consequências acerca da configuração de instrumentos do *Common Law* no sistema jurídico nacional.

Para tanto, foram utilizados os métodos das ciências sociais, notadamente, o histórico e o comparativo por meio do raciocínio dedutivo e uma perspectiva interdisciplinar, em razão da interface entre Direito e Ciências Políticas. A presente pesquisa se caracteriza por ser qualitativa, exploratória e bibliográfica.

CAPÍTULO I

OS DIFERENTES MODELOS DE SISTEMAS JURÍDICOS

1.1 Considerações iniciais acerca dos sistemas jurídicos

O conceito de “sistema jurídico” tem seus fundamentos na filosofia do direito. Nesse sentido, as normas que compõem um ordenamento jurídico podem se organizar de forma a constituir, além de uma unidade, um sistema (BOBBIO, 1995, p. 34-35).

De acordo com José Afonso da Silva (2004, p. 33), o Direito seria um fenômeno histórico-cultural ordenado consolidado em um sistema de normas. Kelsen (1985, p 4), por sua vez, assevera que o Direito é uma ordem normativa de conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.

No mundo atual, consoante a doutrina, pode-se apontar a predominância de três famílias de sistemas jurídicos, que se distinguem por apresentarem aspectos jurídicos diversos: o direito romano-germânico, o direito comum e o direito socialista (BRIERLEY; DAVID, 1985, p. 1).

De acordo com Brierley e David (1985, p. 4), não existe no mundo contemporâneo sistema jurídico nacional que não apresente elementos dessas três famílias de sistemas jurídicos.

Ademais, cabe ressaltar que as famílias dos sistemas jurídicos devem ser compreendidas como gêneros, pois possuem características gerais. Isso porque esses sistemas jurídicos, ao serem incorporados pelos Estados, acabam sendo modulados em conformidade com os contextos nacionais em que são inseridos.

Existem outros de outros sistemas jurídicos, além dos supracitados. A atenção que será dada aos sistemas do direito romano-germânico, do direito comum e do direito socialista se deve a tradição e relevância que exercem na ordem jurídica mundial.

O sistema romano-germânico ou *Civil Law* se originou na Europa, vindo a ser desenvolvido nas universidades europeias a partir do séc. XII. Os países adotantes do *Civil Law* desenvolveram a ciência jurídica com base no modelo de justiça romano.

No *Civil Law*, a lei é a principal fonte jurídica formal e o ordenamento jurídico tem por base o raciocínio dedutivo. Assim, a norma se fundamenta na situação hipotética e abstrata prevista, que encontra amparo no caso concreto e, portanto, no fato jurídico aplicado (BARROSO; MELLO, 2016, p. 7).

Por sua vez, o sistema do *Common Law*, também chamado de direito comum ou insular, originou-se na Inglaterra, vindo a influenciar outros países por processo de colonização ou em virtude da globalização. Nesse sistema, a norma jurídica é extraída das decisões judiciais - o *case law*, que se constitui como principal fonte desse sistema.

De modo geral, no *Common Law* as decisões judiciais são compreendidas como precedentes, os quais podem ter capacidade vinculante ou persuasiva, ou seja, podem conduzir obrigatoriamente as futuras decisões a determinado entendimento da decisão vinculante ou, simplesmente, tangenciar a decisão futura em conformidade com a decisão persuasiva.

Por seu turno, o sistema jurídico socialista teve sua origem na União das Repúblicas Socialista Soviéticas, vindo a se desenvolver em 1917 (BRIERLEY; DAVID, 2016, p. 3). Hoje, tem-se o exemplo da China como país adotante desse sistema.

As características do sistema socialista se evidenciam na natureza material das normas, já que o objetivo dos juristas socialistas é promover mudanças estruturais na sociedade por meio da revogação do *status social quo* para promoção de uma nova ordem social fundada em fatores humanistas e igualitários. O direito seria, portanto, um instrumento de materialização das ideologias socialistas.

Essas tradições de sistemas jurídicos, de fato, representam os principais modelos adotados no mundo. No entanto, frisa-se que o caráter padrão dessas tradições não é absoluto, já que os sistemas jurídicos sofrem modificações em virtude do momento histórico e do contexto em que são inseridos, desde o processo de internalização da tradição jurídica até o desenvolvimento deste no transcorrer temporal.

Outro fato que deve ser levantado é o processo de mútua influência entre os sistemas jurídicos de diferentes tradições em virtude de fenômenos mundiais de caráter político, jurídico e econômico, como a Globalização. À exemplo disso, registra-se a crescente adoção de elementos jurídicos do *Common Law* por países de tradição civilista (BRIERLEY; DAVID, 2016, p. 3).

De acordo com Barroso e Mello (2016, p. 4), nos países de tradição do *Common Law*, registram-se o crescimento de normas legisladas, ao passo em que os países de tradição do *Civil Law* apresentam uma forte tendência a adoção de instrumento do *Common Law*, notadamente na construção de efeito jurídico vinculante e abstrato às decisões judiciais proferidas.

O Brasil é um país de tradição do sistema *Civil Law*. No entanto, aderindo à tendência mundial, observa-se que nos últimos anos o ordenamento jurídico brasileiro passou por mudanças significativas que traduzem a aproximação do sistema jurídico nacional com o *Common Law*.

Face ao exposto, o presente trabalho se destinará a explicar com maiores detalhes a origem, o desenvolvimento e a aproximação dos sistemas do *Common Law* e do *Civil Law* no ordenamento pátrio.

1.2 O *Common Law*

A história do *Common Law* se inicia com a queda do Império Romano Ocidental, o que levou a constantes invasões de outros povos ao território inglês, como os Anglos e Saxões. O marco histórico da conquista normanda, em 1066, assevera o início do processo de construção dos sistemas do *Common Law* (DAVID, 2006, p. 358).

No séc. XII, a expansão do *Civil Law* e a pluralidade de normas locais na Europa eram elementos que dificultavam o processo de centralização política do território inglês. Assim, a construção de um sistema jurídico único e comum passou a ser uma necessidade e, portanto, instrumento de aglutinação política de diversos povos.

De início, as demandas judiciais eram solucionadas pelos nobres ou xerifes locais - líderes locais, o que resultava em inconformismos das populações locais em detrimento da existência de diversos resultados úteis para fatos jurídicos comuns. Assim, com o tempo, o rei avocou a função de julgar demandas que eram submetidas à coroa na *Curia Regis* (GILISSEN, 1995, p. 210).

Com isso, a *Curia Regis* passou a ter competência jurídica específica, ao mesmo tempo em que determinados servidores da coroa passaram a resolver demandas locais, o que representou a supressão do direito local e a expansão do controle judicial da coroa nos territórios que compunham a Inglaterra (BURNHAM, 2006, p. 42). Tal fato traduz a relevância do controle judicial para o exercício do poder político em um território.

Aos poucos, os conquistadores normandos foram consolidando de um sistema jurídico único, um direito comum a todos no território Inglês por meio das Cortes Reais, o que resultou na extinção das normas dos feudos.

Esse processo de reunião e concentração do direito local deu ensejo a um novo direito substantivo que teria eficácia para todos os povos ingleses, o que traduz a denominação dada ao *Common Law*, notadamente um direito comum a todos, em contraste aos costumes locais (MERRYMAN; PERDOMO, 2009, p. 50).

A tradição do *Common Law* veio a influenciar o ordenamento jurídico de diversos países, especificamente os que foram colonizados pela Inglaterra, como os Estados Unidos da América.

Nesse sentido, tendo em vista a influência que o Direito Americano exerce no ordenamento jurídico brasileiro (CAMARGO, 2017, p. 21), sobretudo no processo de aproximação do sistema jurídico nacional com o *Common Law*, o presente trabalho se destinará a compreender como o *Common Law* se configurou no direito americano.

1.2.1 *Common Law* no Direito Americano

A independência dos Estados Unidos ocorreu no ano de 1776. No entanto, foi na Convenção Constitucional em Filadélfia, em 1787, que os seus representantes reconheceram a necessidade de consolidação de um Estado comum. Apesar disso, a Constituição Americana só veio a ser ratificada no ano 1788.

Com influência da Teoria da Tripartição de Poderes, desenvolvida por Montesquieu, a Constituição americana estabeleceu os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo e adotou um sistema político federalista. O texto constitucional americano se caracteriza por ser curto, com a previsão de poucas normas.

O *case law* representa a principal fonte do direito americano. Isso significa que, no sistema jurídico americano, as decisões judiciais vão influenciar futuras decisões, por meio aplicação do mesmo resultado útil aos casos jurídicos semelhantes. Ou seja, o Judiciário americano é responsável pelo processo de sintetização de seu ordenamento jurídico.

Compreendido que o ordenamento jurídico americano se desenvolve pelo próprio Judiciário. Será necessário entender como a organização do sistema judiciário americano se configura.

O processo político de formação do Estado Americano ocorreu de forma conturbada, já que as treze colônias apresentavam diferentes características, o que dificultou o processo de centralização política. Para tanto, a consolidação do Estado americano ocorreu por meio de processo político cuja independência política-administrativa dos treze território restou-se resguardada.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a formação Estado americano repercutiu na forma em que o Judiciário se estruturou. Com as características do Pacto Federativo americano, o Judiciário foi organizado sob caráter descentralizado. Tal fato repercute diretamente no processo de construção dos precedentes, já que a descentralização da organização do Judiciário americano possibilita o florescimento de precedentes de forma democrática.

A organização do Judiciário americano se deu em três níveis. No vértice, a Suprema Corte. Em sequência, doze tribunais de recursos distrital e um tribunal de apelação ao circuito

federal, cuja competência específica é oriunda de tribunais específicos de primeiro grau. Por último, noventa e quatro distritos federais, com jurisdição distribuídas nos estados americanos.

José Jardim Rocha (2005, p. 12) aduz, com detalhes, sobre da estrutura judicial no Judiciário americano:

Atualmente, em função do exercício dessa competência legislativa, a Justiça Federal norte-americana está assim configurada: no primeiro nível, 94 distritos judiciais federais, compreendendo *United States District Courts*, com competência em quase todas as matérias civis e criminais, e *United States Bankruptcy Courts*, com competência exclusiva em casos de falência, sendo 89 distritos distribuídos nos 50 estados americanos e 5 em Puerto Rico, Virgin Islands, Distrito de Columbia, Guam e Northern Mariana Islands; e dois tribunais especializados: *Court of International Trade*, que aprecia questões relacionadas ao comércio internacional, inclusive sua tributação; e *United States Court of Federal Claims*, com competência em casos que envolvam demandas de indenização contra os Estados Unidos, controvérsias acerca de contratos federais, desapropriações e outros; no segundo nível, 12 tribunais de apelação de circuito (*Circuit Courts of Appeals*), sendo 11 com competência recursal em uma área integrada por tribunais distritais, e um com competência no Distrito de Columbia; e um tribunal especializado: *Court of Appeals for the Federal Circuit*, com jurisdição específica, entre outras matérias, sobre o direito de patente e os casos decididos pelo *Court of International Trade* e pelo *United States Court of Federal Claims*; e, no último nível, a Suprema Corte.

As *Courts of Appeals* são encontradas em treze regiões denominadas circuitos. Tais cortes de apelação têm função revisional das decisões proferidas pelos *District Courts* - órgãos judiciais de primeiro grau.

Por meio da estrutura organizacional americana, é possível compreender que a formação de um sistema jurídico se relaciona com os aspectos políticos dos países, sobretudo, as tradições dos sistemas jurídicos sofrem modificações pelos contextos em que são inseridos.

1.2.1.1 O Direito norte-americano e a doutrina do *stare decisis*

O ordenamento jurídico americano se desenvolveu por forte influência do *stare decisis*. Essa teoria jurídica se fundamenta nos valores da isonomia, da economia processual e da segurança jurídica, os quais devem fundamentar o processo decisório jurisdicional (FARNSWORTH, 1963, p. 61).

A lógica do *stare decisis* assegura que as decisões judiciais devem ser compreendidas como precedentes que orientam a atuação do Judiciário na solução de casos jurídicos futuros. A forte influência do *stare decisis* no sistema jurídico americano decorre da necessidade do Judiciário ter um entendimento uniforme quanto aos casos jurídicos iguais, garantindo-se, assim, segurança jurídica aos jurisdicionados.

Ademais, o *case law* representa a principal fonte jurídica do sistema americano. Isso porque a decisão do caso jurídico constitui um precedente - uma decisão com capacidade influenciadora à atividade jurisdicional, podendo a ser aplicado em casos jurídicos futuros. Nesse sentido, as decisões judiciais podem ser compreendidas como modelos a serem aplicados em casos jurídicos futuros, o que traduz a lógica do *stare decisis*.

Nesse sentido, o precedente, ao mesmo tempo em que soluciona a demanda judicial, também estabelece orientação às decisões posteriores.

Destaque-se, ainda, que o precedente pode ter capacidade vinculante ou persuasiva, ou seja, podem conduzir obrigatoriamente as futuras decisões a determinado entendimento da decisão vinculante ou, simplesmente, tangenciar a decisão futura em conformidade com a decisão persuasiva.

Não obstante, chama-se atenção a forma como o sistema de precedente se configura no direito americano. Isso porque as decisões judiciais, independente do nível hierárquico do órgão judicial em que tenham sido proferidas, têm capacidade de influenciar outras decisões de outros órgãos Judiciais, inclusive órgãos de maior hierarquia organizacional, o que garante a possibilidade do florescimento de precedentes de forma difusa e democrática.

Notadamente, o processo de sintetização de precedentes no Direito Americano ocorre por forte influência do Pacto Federativo. O caráter descentralizado é perceptível na construção dos precedentes.

Outrossim, os precedentes podem assumir o caráter vinculativo, ou seja, as decisões judiciais podem conduzir, coercitivamente, a atuação de outros órgãos judiciais. Nesse âmbito, o direito americano conta com a existência de *binding authoritys*, que são decisões dos tribunais de recurso ou tribunais superiores de mesma jurisdição.

Os precedentes vinculantes têm força obrigatória e, portanto, conduzem a resolução de decisões posteriores, desde que alguns requisitos sejam atendidos, tais como a compatibilidade na pertinência temática entre os casos, observância à hierarquia organizacional do judiciário americano e a validade da decisão (FARNSWORTH, 1963, p. 68).

Apointa-se, nesse ponto, que embora haja a possibilidade de decisões de caráter vinculante, estas se sujeitam a vincular as jurisdições de mesmo grau e às grau inferior ao órgão judicial que proferiu o ato decisório. No caso dos tribunais estaduais, estes podem fixar decisão vinculante quanto às temáticas específicas apenas para os juízes daquela jurisdição, o que resulta na não vinculação aos Juízes e Cortes de outros Estados. Tal fato decorre do Pacto Federativo americano, o qual tem repercussões no sistema judicial.

No mais, salienta-se que competência jurídica estadual e federal é concorrente em várias matérias de direito, o que demonstra a desconcentração organizacional do Judiciário americano (FARNSWORTH, 1963, p.51).

No âmbito federal, cada corte pode fixar diferente decisão vinculante quanto ao mesmo tema. A unificação da decisão vinculante ocorre se o *circuit* decidir a controvérsia temática, o que vai resultar na vinculação da decisão revisional nas cortes do *circuit* e, portanto, aos estados que estejam vinculados a este (REINHART, 2007, p. 62).

Não existe vinculação das decisões proferidas nas cortes de apelação ou na suprema corte, quando os órgãos judiciais estiverem inseridos na arquitetura jurisdicional de outro Estado da Federação. Nesse sentido, as decisões do Judiciário de outro Estado podem, no máximo, ser consideradas como argumento de persuasão de autoridade, não possuindo força vinculante.

Note-se que o reconhecimento da jurisdição concorrente e, também, da aplicação das regras de vinculação aos precedentes entre os tribunais são características peculiares da geometria do judiciário americano. O *Common Law* e o Federalismo da Constituição de 1787 tornaram o direito norte-americano único.

Isto posto, percebe-se que as características políticas de um país em muito influenciam na construção da arquitetura do seu ordenamento jurídico e na modulação do sistema jurídico nacional.

1.3 O *Civil Law*

Os romanos foram pioneiros na sistematização do direito através da promoção de normas gerais. Registra-se que o sistema primitivo em Roma se dava por meio da subtração de regras jurídicas de casos concretos, a posterior catalogação destas e, por fim, a execução destas em outros casos (CRETILLA, 1986, p. 3). Assim, a compreensão do Direito pelo Estado Romano, na história, foi crucial para a construção da Ciência Jurídica.

O *Civil Law* derivou da forte influência que o direito romanístico desempenhou sobre as nações da Europa Continental (VIEIRA, 2007, p. 270). Nesse sentido, o direito local dos povos da Europa Continental foi suprimido pelos valores do Direito Romano, o que resultou na promoção do sistema de codificação, ou seja, uma compilação de normas que dispunham sobre temas correlatos.

Destaque-se que a difusão do direito romanístico se inicia no período do renascimento da Europa Ocidental, século XII. Nesse momento, as noções de segurança, certeza e organização social encontraram suas estruturas na necessidade de um sistema jurídico rígido (DAVID, 2002, p. 39). A consolidação do *Civil Law* como modelo jurídico, no entanto, só ocorreu no século XIX, como consequência da Revolução Francesa.

Os abusos de poder por parte da nobreza, do clero e dos juízes desencadearam um forte sentimento de revolta na França, resultando na queda do modelo monárquico e, em consequência, na ascensão da burguesia e do parlamento. Tais fatos resultaram no surgimento de um novo modelo jurídico, o qual refletia a vontade do parlamento, delimitando as funções das outras figuras estatais.

O período anterior à revolução é marcado pela atuação de carácter pessoal por parte dos juízes, de forma que as leis eram interpretadas em desacordo com os interesses coletivos.

A promoção de um novo sistema jurídico nasce exatamente da necessidade de cerceamento das arbitrariedades do Judiciário.

De acordo com Marinoni (2010, p.54), nesse momento o julgamento não poderia ser mais que o texto exato da lei. Os Juízes não poderiam mais criar legislações por meio de processos interpretativos. Desse modo, a atuação do magistrado se limitou à aplicação pura do texto legal, devendo este se restringir a afirmar as leis nos casos concretos. O Direito se resumiu a uma ciência de raciocínio lógico, consubstanciada na equação em que lei e fatos se somam para resultar na decisão jurídica (WAMBIER, 2009, p. 55).

Nota-se que os limites à atividade funcional do judiciário tornaram-se parâmetros para a obtenção de objetivos democráticos. Nesse sentido, a igualdade formal foi compreendida como resultado da correta aplicação da norma, a qual só poderia ser consolidada através da limitação da função jurisdicional.

O *Civil Law* afirmou o direito como a vontade do legislador, não havendo espaço para a subjetividade de quem julga. Ao mesmo passo, o processo de laicização e sistematização normativa por meio do legislador traduziu o Direito como fenômeno da codificação e positivação da vontade popular (LAFER, 1988, p. 39).

1.3.1 O *Civil Law* no Direito Brasileiro

No Brasil, o *Civil Law* foi adotado como sistema jurídico principal. Tal fato se deu pelo histórico processo de colonização por parte de Portugal, já que este país adotava o sistema jurídico romanístico. Nessa perspectiva, a produção normativa no Brasil encontra-se vinculada principalmente à atividade legislativa.

No ordenamento jurídico pátrio, encontramos textos normativos que traduzem a tradução do *Civil Law* como uma característica do nosso direito. Exemplo disso, nos termos do art. 5º, II, da Constituição da República Federativa de 1988, encontra-se a norma fundamental com seguinte texto: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Da análise do art. 5º, II, da Constituição Federal, compreende-se que a forma em que se poderia obrigar alguém a algo ocorreria, exclusivamente, em virtude de previsão legal. O que se configura como característica do sistema civilista.

De acordo com Schmieguel (2010, p. 2), a Lei, em sentido jurídico, é a norma que advém do Poder Legislativo. Ou seja, o art. 5º, II, da Constituição Federal, afirma que o caráter obrigacional da norma só é admitido em virtude de lei - norma que decorre da atividade legislativa. Tal fato traduz o sistema jurídico brasileiro de tradição do *Civil Law* (RAMIRES, 2010, p. 61).

Ademais, a Carta Magna prevê, inclusive, o processo legislativo e as competências legiferantes inerentes aos entes federativos do Brasil, conforme os artigos 22, 23 e 24 do texto constitucional.

Partindo-se do pressuposto de que o sistema jurídico brasileiro é de tradição do *Civil Law*, faz-se necessário compreender como as espécies normativas se relacionam no ordenamento jurídico pátrio.

De início, deve-se compreender que as normas, no *Civil Law*, tendem, em regra, a assumir os contornos da filosofia jurídica purepositivista. Nesse sentido, de acordo com Kelsen a norma jurídica seria um “dever ser”, ou seja, a norma jurídica decorreria da invenção humana na tentativa de determinar condutas por meio de normas. No caso do sistema jurídico nacional, a regulação das condutas ocorre, em regra, por meio de normas sintetizadas na atividade legislativa.

Com o desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro, diversas espécies de normas surgiram. A possibilidade de positivizar condutas por diversas instituições pertencentes ao Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário garantiu ao ordenamento jurídico pátrio a existência de pluralidade de espécies normativas.

As problemáticas começaram a surgir no momento em que se percebeu a colisão dessas espécies normativas. Desse modo, a estruturação de um sistema pautado na hierarquia normativa se fez necessário, o que possibilitou segurança jurídica aos jurisdicionados, unicidade ao ordenamento e estabilidade político-jurídica.

O teórico Kelsen já asseverava que a estrutura hierarquizada das normas se fazia necessário em um sistema jurídico. O conjunto das relações normativas por meio do carácter hierárquico foi denominado de pirâmide kelseniana. Assim, será compreendido como a pirâmide jurídica se configura no direito brasileiro.

Como nítida característica do *Civil Law*, as normas são alocadas em posições hierárquicas em detrimento do grau de complexidade do processo legislativo do processo de produção da espécie normativa.

Assim, a Constituição Federal é norma de maior hierarquia normativa em nosso ordenamento jurídico, isso porque o art. 60 da Carta Magna traduz a rigidez constitucional, ao aduzir que um processo de alteração do texto constitucional mais complexo do que as demais normas infraconstitucionais. Em consequência, rege o ordenamento jurídico o princípio da constitucionalidade das normas, ou seja, toda espécie normativa deve se encontrar em sintonia com o texto constitucional.

As Leis ordinárias e complementares estariam abaixo da Constituição Federal, mas acima de espécies normativas advindas do Executivo, como portarias, resoluções e decretos. Isso porque, no sistema *Civil Law*, as normas oriundas do Legislativo se sobrepõem às espécies normativas do Executivo.

No ano de 2008, o STF, por meio da decisão do Recurso Extraordinário nº 466.343, alterou a estrutura hierárquica das normas para reconhecer que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos estariam abaixo da Constituição Federal, mas acima das normas infraconstitucionais, inclusive as Leis.

A decisão do RE nº 466.343 impactou as relações dos poderes, visto que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos são ratificados pelo Presidente da República, chefe do poder Executivo e, embora, estes tratados devam ser objeto do crivo do Legislativo, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/88, apenas a existência destes é necessário para que o TIDH passe a compor o ordenamento jurídico.

Como se depreendeu e será visto com maiores detalhes nos capítulos a seguir, as recentes atividades do Judiciário revelam que a norma legislada, o purepositivismo jurídico e a codificação vêm perdendo o protagonismo no cenário jurídico brasileiro, apesar de serem as

raízes do sistema jurídico nacional, notadamente fundado sob a tradição do *Civil Law* (BARBOZA, 2011, p. 6).

Esse cenário reflete a aproximação do sistema jurídico brasileiro com o *Common Law*, sobretudo na ascensão do papel do *judge-made-law* protagonizado pelo Judiciário brasileiro.

CAPÍTULO II

A APROXIMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO COM O *COMMON LAW*

2.1 A aproximação das tradições jurídicas como uma tendência mundial

O sistema jurídico puro passou a não ser mais uma realidade nos países com o passar do tempo. As complexidades sociais e o desenvolvimento das relações internacionais exigiram a utilização de amplos instrumentos jurídicos contemplados em tradições jurídicas distintas, como o *Common Law* e *Civil Law*.

No cenário mundial atual, os países de tradição jurídica do *Common Law* passam a apresentar mais normas legisladas. Os países de tradição jurídica civilista, por sua vez, apresentam uma forte tendência a constituir efeito jurídico vinculante e abstratos às decisões judiciais.

Nesse sentido, destaque-se que a aproximação direito brasileiro, de tradição do *Civil Law*, com o do direito norte-americano, de tradição do *Common Law*, é exemplo da mútua influência jurídica que ocorre com os países no mundo.

Ademais, embora esses países tenham tido tradições jurídicas distintas, o seu desenvolvimento decorreu da evolução da civilização ocidental, motivo pelo qual apresentaram aspectos em comum.

De acordo com Barroso e Mello (2017, p.6), a inserção do precedente e seu processo de valorização no Direito brasileiro ocorreu em quatro etapas. Inicialmente, normas infraconstitucionais foram promulgadas, alterando a estrutura do ordenamento jurídico processual do Código de Processo Civil de 1973 – Lei nº 5.869/73. Em sequência, vieram os avanços do controle concentrado de constitucionalidade na Constituição de 1988. Após, a inserção da súmula vinculante no ordenamento por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e, por último, o Código de Processo Civil de 2015, lei nº 13.105/15 criou um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro.

Desse modo, nos subtópicos a seguir será explanado como cada etapa ocorreu.

2.2 A valorização da jurisprudência por meio de normas infraconstitucionais

No Brasil, o processo de aproximação do sistema jurídico nacional com o *Common Law* tem início em 1990, momento em que se constataram as primeiras normas que reconhecem os precedentes como fonte jurídica - como a Lei nº 8.038/90, a qual versava sobre a força da jurisprudência nos processos judiciais em trâmite no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

No ano de 1995, a lei nº 9.139 mudou a redação do art. 557 do Código de Processo Civil vigente, garantindo denegação de admissibilidade de recursos quando a pretensão estivesse em desconformidade à jurisprudência do tribunal em questão.

Já no ano de 1998, a lei nº 9.756 alterou o Código de Processo Civil de 1973 novamente, permitindo a denegação de seguimento de recursos manifestamente inadmissíveis, improcedentes, prejudicados ou em desacordo com jurisprudência dominante do respectivo tribunal e do tribunal superior ou da suprema corte.

A norma supracitada também deu nova redação ao art. 544 do Código de Processo Civil de 1973, possibilitando negação do seguimento de recurso especial ou extraordinário, se o acórdão recorrido estivesse em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Mais adiante, com o advento da lei nº 10.352 de 2001, o art. 475 do Código de Processo Civil de 1973 foi alterado. Com a nova redação, o reexame necessário da sentença fundada em jurisprudência plenária do Supremo Tribunal Federal passou a ser dispensado.

Em 2006, por meio da Lei nº 11.276/2006, o exame de admissibilidade passou a poder ser dispensado nos recursos de apelação quando houver sentença fundada em súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 518, 1º, da norma.

Salienta-se que a incorporação do *Common Law* no Brasil ocorreu por meio da atividade legislativa, ao constituírem legislações com características desse sistema, fato que torna o processo de aproximação das tradições jurídicas curioso, já que o *Common Law* é caracterizado justamente por normas não legisladas.

2.3 O desenvolvimento do controle concentrado de constitucionalidade

No ordenamento brasileiro vigora o princípio da constitucionalidade das leis, pelo qual as normas devem se encontrar em sincronia com a Constituição da República, considerando que esta tem status hierárquico normativo superior às demais normas. Nesse sentido, as normas que se encontram sob suspeita de colisão com a Carta Magna podem ser objeto de ações de controle de constitucionalidade. Essas ações são consolidadas em processos judiciais com o fito de alinhar ordenamento jurídico com as normas constitucionais.

A Constituição de 1988 potencializou o uso das ações de controle de constitucionalidade, especificamente as ações de controle concentrado, cuja jurisdição é exercida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de instrumentos como a maior autonomia funcional garantida ao Procurador-Geral da República, um de seus principais patronos; a ampliação do rol de legitimados a propor as ações e a ampliação de ações de deflagração dessa espécie de controle, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No ano de 1999, a lei nº 9.868 foi publicada, regulamentando as ações principais. No teor da lei, afirmou-se a produção dos efeitos vinculantes das decisões proferidas nessas ações, aduzindo, ainda, a repercussão de tais efeitos aos órgãos judiciais - com exceção do pleno do próprio tribunal, e à administração pública, excetuando-se apenas o Legislativo, que pode produzir novas normas com o mesmo teor, mesmo após o proferimento de decisão em controle concentrado.

Além disso, as decisões também têm eficácia *erga omnes*, ou seja, eficácia contra todos, de forma que a declaração de inconstitucionalidade no âmbito do controle concentrado gera a retirada da norma do ordenamento jurídico. Tais decisões irão necessariamente conduzir a atuação dos demais órgãos judiciais e da administração pública. Assim, as decisões do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado, resultam na produção de precedentes vinculantes.

Desse modo, percebe-se que o desenvolvimento do controle concentrado no ordenamento jurídico brasileiro possibilitou a vinculação às decisões jurídicas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, as quais conduzirão os órgãos do Judiciário e a Administração Pública, o que destoa da ideia de concretude e individualidade das decisões judiciais, algo tão comum nos sistemas do *Civil Law*.

2.4 A súmula vinculante

A análise acerca do desenvolvimento de um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro deve ser precedida de conceituações acerca da decisão, do precedente, da jurisprudência e da súmula.

De início, deve-se compreender que não será toda decisão judicial que se configurará como precedente, isso porque o ato decisório poderá se tornar paradigma orientador da conduta dos cidadãos e dos magistrados (MARINONI, 2012, p. 195).

Assim, todo precedente judicial será necessariamente uma decisão, mas o inverso não, já que, ao não transcender o caso jurídico específico, uma decisão judicial não será considerada precedente, apenas um ato judicial (LIMA, 2013, p. 96).

No que concerne à Jurisprudência, cabe aduzir que seu conceito não se encontra pacificado na doutrina. De modo geral, compreende o conjunto de decisões judiciais concordantes, proferidas de modo reiterado e uniforme (CAMARGO, 2012, p. 556).

Pode-se diferenciar a Jurisprudência do Precedente pelo critério quantitativo, pois ao passo em que aquela se refere a um conjunto de decisões relativas a mesma base jurídica e fática, o precedente se limita a uma decisão individual (MAXIMILIANO, 1995, p. 184).

Por sua vez, a súmula é um instrumento jurídico consubstanciado numa espécie de “resumo” do conteúdo de reiteradas decisões com mesmo posicionamento. Nesse sentido, esta figura jurídica se caracteriza, em regra, por ser objetiva e sintética. Silva (2008, p.564) a conceitua como a questão da adoção oficial de uma interpretação fixa sobre uma situação jurídica hipotética.

No Brasil, a súmula foi reconhecida como instituto jurídico no dia 13 de dezembro de 1963, quando o ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal decidiu, por meio de votação plenária, alterar o regimento da corte, incluindo a publicação da síntese da jurisprudência (SOUZA, 2006, p.253).

O reconhecimento da súmula na ordem jurídica resultou no processo de positivação de instrumentos normativos que valorizavam o *Common Law* no ordenamento infraconstitucional, especificamente no Código de Processo Civil de 1973. No entanto, a figura da súmula só veio a integrar o texto constitucional no ano de 2004 com Emenda Constitucional nº 45, a qual positivou a súmula vinculante.

Ressalta-se que o processo de valorização dos precedentes no sistema jurídico brasileiro marca seu ápice naquele momento com a garantia do status constitucional atribuído à súmula vinculante, pois o texto constitucional, além de prevê-la, também assevera seu efeito vinculante e geral. Apesar disso, sua vinculação se destina aos Poder Judiciário à Administração Pública no geral.

Nos termos do artigo 103-A da Constituição da República (1988):

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

No ano de 2006, a lei 11.417 foi promulgada, regulamentando a súmula vinculante. De forma sucinta, a lei estabelece o rol de legitimados na propositura da edição da súmula; o quórum de apreciação; a intervenção de terceiros no processo de sintetização e os instrumentos de reclamação em detrimento de inobservância da súmula.

No que concerne aos legitimados, a Suprema Corte possui as maiores atribuições no processo de construção da súmula vinculante, podendo, de ofício ou por provocação, editar, rever ou cancelar seus enunciados.

Os demais legitimados são descritos no art. 3º da lei 11.417/06:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I – O Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – o Procurador-Geral da República;

V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

- VI – o Defensor Público-Geral da União;
- VII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- X – O Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares

Os requisitos para a edição da súmula vinculante, nos termos do art. 103-A da CR/88, voltam-se a necessidade da matéria em âmbito constitucional; a existência de controvérsia jurídica entre órgãos do judiciário ou da administração pública; e, a existência de reiteradas decisões sobre a matéria em que se pretende sumular.

2.5 - A vinculação ao precedente no Código de Processo Civil de 2015

A lei 13.105 de 2015 trouxe diversas normas que concretizam o sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, representando, ainda mais, a aproximação do sistema jurídico brasileiro com o *Common Law*.

Com o advento do art. 926 do CPC/15, os tribunais se encontram obrigados a unificar suas jurisprudências. O artigo em tela objetiva a garantia de segurança jurídica, isonomia e celeridade processual.

Nesse sentido, os órgãos judiciais deverão observar os precedentes na atividade dos tribunais. Ademais, todos os tribunais, não só mais o Supremo Tribunal Federal, foram investidos de status de titularidade no processo de síntese de precedentes.

Nos termos do art. 927 do CPC/15:

- Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 - II - os enunciados de súmula vinculante;
 - III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 - IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 - V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Desse modo, os juízes e tribunais deverão conduzir suas decisões com fundamento a) nos julgados provenientes de Recursos Extraordinário e Especial repetitivos; b) nos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e c) na orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ressalta-se que o art. 927, caput, do CPC/15 aduz o caráter impreterível quanto à observância aos precedentes oriundos dos órgãos judiciais acima citados. Tal fato traduz, notadamente, hipóteses de vinculação aos precedentes judiciais, tendo em vista que não se tratam de meras hipóteses recomendatórias.

Além de prever hipóteses de vinculação aos precedentes, o CPC/15 trouxe mecanismo de coercibilidade jurídica à vinculação dos precedentes judiciais oriundos dos tribunais. Nesse sentido, às decisões judiciais em que não houver a aplicação dos precedentes previstos no artigo 927 do CPC/15 ter-se-ão por não fundamentadas, nos termos do art. 489, §1o, V e VI, do CPC/15.

As inovações acerca da vinculação aos precedentes do CPC/15 vêm sofrendo críticas pela doutrina, que se voltam à inconstitucionalidade desses dispositivos, como também ao controle político-jurídico exercido pelos tribunais ao proferirem decisões vinculantes.

Segundo a doutrina, as regras de vinculação não poderiam ter sido introduzidas por norma infraconstitucional, tendo em vista que a alteração ou adição do rol de hipóteses de vinculação à precedentes deveria, necessariamente, advir de norma constitucional. Outrossim, Teshiner (2015, p.1) aduz que os precedentes vinculativos, da forma em que foram estruturados no CPC/15, implicam a atribuição de poderes normativos aos tribunais.

De fato, a vinculação ao precedente é um mecanismo jurídico com repercussões no âmbito político especificamente no Brasil, considerando que a natureza histórica do sistema jurídico pátrio se volta ao *Civil Law*, o qual considera a atividade legislativa como principal, senão única, fonte de produção normativa abstrata.

Outra novidade advinda do Código de Processo Civil de 2015 foi o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR.

O instituto do IRDR é inspirado no *Musterverfahren* - procedimento modelo de origem do direito alemão (HERR, 2014, p. 6). Em suma, o modelo de resolução de demandas

repetitivas alemão foi desenvolvido para que, diante de um conjunto de demandas homogêneas, por meio de uma decisão piloto, fosse aplicada a mesma decisão.

O Código de Processo Civil do Brasil prevê um capítulo próprio para o IRDR. Nesse sentido, o art. 988, inciso VI, dispõe que os juízes observarão o julgamento de casos repetitivos, devendo seguir os precedentes já estabelecidos.

Igualmente, nos termos do art. 982 do CPC/15:

Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias;

III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

§ 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

§ 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§ 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo.

§ 5º Cessada a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

O julgamento que estiver fundamentado em precedente de caso repetitivo será uma hipótese de dispensa de caução (art. 521, inciso IV) e a demonstração de que o caso em questão se amolda ao julgamento já realizado em âmbito repetitivo é fundamento tanto para a concessão de tutela de evidência (art. 311, inciso II), como possibilita o julgamento monocrático do relator (art. 955, inciso XI).

Compreendida a sistemática do incidente de resolução de demandas repetitivas, serão realizadas algumas considerações sobre a tese jurídica em questão.

Inicialmente, chama-se atenção ao fato de que, embora diversas reformas tenham ocorrido na sistemática processualista para que houvesse a valorização da jurisprudência, não houve a implantação de instrumentos jurídicos com a finalidade de desenvolver mecanismos necessários em um sistema de precedentes, como o *overruling* e o *distinguishing*, ao contrário do que ocorre nos sistemas processualistas dos países de tradição do *Common Law*.

Em síntese, o *overruling* é um instrumento de superação dos precedentes, o qual leva em consideração diversos critérios materiais e processuais, no intuito de superar um precedente vinculante sempre que este não se mostrar mais adequado à realidade. Por sua vez, o *distinguishing* é outro instrumento cuja finalidade é confrontar o caso jurídico com o precedente para que se constate a capacidade do precedente influenciar ou se replicar no processo de resolução de demandas, além de fazer a distinção entre os casos semelhantes em que o precedente não pode ser aplicado porque os motivos vinculantes (a chamada *ratio decidendi*) não são os mesmos.

Nesse sentido, a superação do precedente, quando realizada sem parâmetros, pode estar fundada na incongruência jurídica, resultando na frustração do jurisdicionado, ou mesmo por inconsistência sistêmica, resultando em desarmonia do precedente com as normas (CRUZ; TUCCI, 2012, p. 108).

Como se percebe, os instrumentos inovadores trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015 têm raízes em modelos jurídicos de outros países, os quais se distinguem do Brasil pelo contexto em que surgiram e se desenvolveram. A importação de direitos estrangeiros ocorre de forma irresponsável e sem planejamento, como se verifica no Código de Processo Civil de 2015.

Face ao panorama explanado, serão discutidas as repercussões acerca da forma como o precedente foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, além de analisar-se as prováveis consequências no cenário político-jurídico brasileiro em detrimento das mudanças advindas do Código de Processo Civil de 2015.

CAPÍTULO III

O CARÁTER POLÍTICO-JURÍDICO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 – Ativismo judicial e o sistema de precedentes no Brasil

Promulgada no ano de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil recepcionou, sob condição de cláusula pétrea, a separação dos três poderes. Nessa perspectiva, conferiu-se aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário independência e harmonia entre si, nos termos do art. 60, § 4, III e art. 2º, caput.

Pelo texto constitucional, o Poder Executivo tem suas atribuições típicas previstas nos artigos 76 a 91 da CR/88, as quais se voltam à execução de atos de chefia de Estado, de atos de Governo e de atos da administração. O Poder Legislativo tem como funções típicas o exercício da atividade legislativa e a fiscalização contábil, orçamentária e da administração, nos termos do art. 44 a 75 da CR/88. A função típica do Judiciário se destina à atividade jurisdicional. No entanto, registra-se que as funções inerentes aos poderes se estruturam de diferentes formas, levando-se em consideração o contexto de cada país.

Nesse sentido, é importante destacar que o Brasil, ao contrário dos países da Europa, que recepcionaram a modernidade em etapas consolidadas, é caracterizado pelo que Luhmann denomina de país de “modernidade periférica” (RIBEIRO, 2013, p.105). Nesse contexto, a configuração das funções do Poder Judiciário dos países de modernidade periférica se norteia por vetores distintos dos países centrais.

Como Poderes inseridos em um país de modernidade periférica, o Judiciário, o Executivo e o Legislativo brasileiro são caracterizados por não se limitarem às funções clássicas. Tal fato decorre da instabilidade política que vivenciamos nos últimos cem anos, notadamente constatada na existência de diversas Constituições em lapsos temporais curtos.

Ademais, outras características marcam o contexto nacional, como a forma precária que o Executivo opera, seja pela omissão de suas atividades ou ineficiência destas. Outrossim, as mudanças sociais não encontram amparo na legislação. Notadamente, o Legislativo se

mostra incapaz de sintetizar um ordenamento jurídico positivo que seja reflexo da sociedade moderna e das complexidades atuais.

A distorção entre a realidade social e o ordenamento jurídico, entre outras questões e os demais fatores supracitados foram determinantes para a releitura das relações entre os Poderes no Brasil, passando o Judiciário, em específico o Supremo Tribunal Federal, a fazer parte do contexto sociopolítico do país.

Nesse ponto, ressalta-se que as previsões da Constituição da República de 1988 possibilitaram a reconfiguração da arquitetura dos Poderes no Brasil.

A compreensão do status superior hierárquico da norma constitucional garantiu ao Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal, protagonismo no cenário político nacional, já que o texto constitucional contemplou um rol extensivo de normas fundamentais que não eram materializadas, em detrimento da omissão do Executivo na produção de atos da administração e políticas de públicas, ou em decorrência do Legislativo, em virtude da omissão legiferante na produção de normas necessárias à eficácia de determinadas normas constitucionais.

Isso porque a inércia do Legislativo não pode ser óbice à não efetivação da Constituição. O ordenamento jurídico é composto de garantias constitucionais, instrumentos com capacidade de materializar as normas fundamentais, os quais possibilitam que o Judiciário, especificamente o Supremo Tribunal Federal, profira decisões cujo teor legitimará determinações aos demais poderes para que estes cumpram com suas funções e atribuições constitucionais.

Nesse sentido, tendo em vista a previsão de extenso catálogo de direitos fundamentais, a existência de instrumentos processuais consolidados em garantias constitucionais com capacidade de legitimar a efetivação de tais direitos, além da previsão da inafastabilidade da jurisdição como princípio estruturante do Judiciário, a sociedade passou a propor diversas ações judiciais com o fito de efetivar os direitos constitucionais.

Por meio das decisões de carácter obrigacional aos demais poderes, a sociedade passou a enxergar o Judiciário com certo carácter de heroísmo, o que garantiu sua ascensão no cenário político institucional (CARVALHO, 2005, p. 12).

Desse modo, pode-se compreender que o desenho institucional brasileiro diante da previsão de normas fundamentais específicas possibilitaram a tradução de institutos jurídicos

em institutos políticos, o que deu ensejo ao protagonismo do Judiciário com uma das figuras políticas do Estado.

Ademais, a Constituição deu ao Judiciário capacidade de autogoverno, com eleições para construção de seus órgãos diretivos, além das garantias do poder normativo regimental, conforme art. 96, I. No mais, o texto constitucional consagrou a expansão dos controles institucionais sobre os três níveis de governo, majorando as competências jurisdicionais (MENDES; STRECK, 2014, p. 2).

Os limites à atuação do Judiciário, no entanto, vêm sendo questionados, apesar dos pressupostos elencados pela hermenêutica constitucional (STRECK, 2012). A ampliação da discricionariedade atribuída a esse poder tem potencial para macular a legitimidade das suas funções atípicas.

Insta destacar, nesse ponto, que a vinculação ao precedente, a qual possui assento no *stare decisis* norte-americano, foi recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio, garantindo ao Judiciário o atributo da síntese normativa.

No âmbito normativo constitucional, há as previsões da vinculação ao precedente por meio do instituto da súmula vinculante – art. 103-A da CR/88, e das decisões judiciais de ações do controle concentrado de constitucionalidade – art. 102, § 2º, da CR/88, como se viu no capítulo anterior.

Aqui, é necessário analisar, sob a ótica do direito constitucional, a tipologia normativa que estaria apta a prever o precedente como fonte jurídica e, sobretudo, sua vinculação.

Nesse sentido, considerando que a vinculação ao precedente garante atividade normativa ao Judiciário, o que traduz um processo de reorganização das funções dos Poderes e, portanto, da arquitetura dos institutos políticos, ao passo em que a previsão dos poderes e suas funções se encontram no arcabouço constitucional, a modificação das competências funcionais dos poderes, seja por aglomeração ou subtração de funções, deve necessariamente ocorrer por meio de legítimo processo de Emenda à Constituição, já que o Brasil adota um sistema jurídico pautado na hierarquia normativa.

No entanto, o Código de Processo Civil de 2015 – lei ordinária, trouxe a estruturação de um sistema de precedentes com novas hipóteses de vinculação às decisões do Judiciário. Cuidam-se das hipóteses previstas nos artigos 927 e 976 ao 987 do CPC/15, aqui já citadas, as quais determinam que os juízes e tribunais devem, necessariamente, conduzir suas decisões

com fundamento a) nos julgados provenientes de Recursos Extraordinário e Especial repetitivos; b) nos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e c) na orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

3.2 – A função do precedente no *Common Law* e no direito brasileiro

A eficácia do precedente pode assumir formas diferentes em um ordenamento jurídico. De acordo com Pinto (2013, p. 5), o precedente pode exercer duas formas de eficácia.

Na primeira, a eficácia do precedente pode ser vinculante, o que é típico dos ordenamentos jurídicos do *Common Law* (PINTO, 2013, p. 11). Nesta modalidade, os precedentes possuem caráter normativo, uma vez que a orientação da atividade jurisdicional é feita por normas sintetizadas pelo Judiciário, as quais devem ser aplicadas em casos futuros. Tal instrumento jurídico, que configura um processo de abstração das decisões judiciais, é denominado pela teoria dos precedentes, a teoria do *stare decisis*, como *ratio decidendi* (TUCCI, 2004, p. 175).

Na segunda, a eficácia do precedente é apenas persuasiva, o que é típico dos ordenamentos jurídicos do *Civil Law*. Assim, o precedente constitui apenas elemento argumentativo para as demandas futuras, sendo, portanto, vetor hermenêutico capaz de tangenciar a decisão judicial. De acordo com Pinto (2004, p. 11), o efeito persuasivo é a eficácia mínima que o precedente pode ter. A jurisprudência, nesse caso, seria resultado de reiterados precedentes e nada mais do que uma orientação para decisões futuras.

Nesse sentido, em face dessas concepções doutrinárias acerca da função do precedente em um ordenamento jurídico, será analisado o papel que o precedente exerce no direito brasileiro.

De início, reconhece-se que o Código de Processo Civil de 2015 instituiu um sistema de precedentes ao positivizar normas específicas inseridas no Capítulo 1 (um) do Livro III (três) – “dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”.

A busca por celeridade processual garantiu a existência do artigo 927 do CPC/15, o qual se encontra o rol de precedentes judiciais que os juízes e tribunais observarão. Não se

trata, portanto, de mera persuasão, mas de vinculação aos precedentes, ou seja, os julgadores têm o dever de respeitar o comando contido no artigo 924 do CPC/15.

Ressalte-se, no entanto, que o precedente historicamente sempre exerceu funções diferentes no direito brasileiro e no *Common Law*. Nesse sentido, a partir do art. 927 do CPC/15, ao elencar as decisões que passaram a ser vinculantes, não se pode equiparar a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou o oriundo de recuso, especial ou extraordinário, com os precedentes do *Common Law*.

O *Common Law* se consolidou por meio de processo histórico lento e gradual. Tal processo foi fundado sob o método de análise e síntese, que exigia exame casuístico para que se alcançasse resultados jurídicos por meio de um direito dogmatizado, e não a partir de uma doutrina, como ocorreu com o *Civil Law* (ABBOUD; STRECK, 2015, p. 390). Isso significa que o *Common Law*, ao contrário do *Civil Law*, não se originou cientificamente, mas sim, da prática jurídica.

Ademais, o *Common Law* sempre se fundamentou na casuística, ou seja, na análise de prévias decisões judiciais para soluções dos casos jurídicos. Essas decisões não necessariamente se constituem como precedentes, mas sim, exemplos do modo como o direito é aplicado. No sistema de precedentes do direito brasileiro, vê-se o contrário: decisões dos tribunais são necessariamente vinculantes, nos termos do art. 927 do CPC/15.

No Brasil, verifica-se que o precedente, como instituto jurídico, encontra-se arquitetado de forma peculiar à teoria do sistema de precedentes, visto que, ao passo em que possui um ordenamento jurídico amparado no *Civil Law*, o precedente possui eficácia, nos termos do art. 103-A da CR/88 e 927 do CPC/15 c/c art. 489, §1o, V e VI, do CPC/15, vinculante, o que resulta na sua observância obrigatória por parte dos órgãos judiciais hierarquicamente inferiores, em todos os níveis federativos.

3.3 - O caráter antidemocrático do processo de vinculação ao precedente no contexto institucional brasileiro

O grau de vinculação do precedente decorre da hierarquia do tribunal em que ele foi proferido (DUXBERY, 2008, p. 28). Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio das mudanças do Código de Processo Civil de 2015, garantiu exclusividade aos tribunais de maior hierarquia quanto à capacidade de sintetizar normas por meio de precedentes com caráter vinculante.

Daniel Mitidiero afirma que o modelo de sistema de precedentes proposto pelo projeto do Código de Processo Civil de 2015 enunciaria a possibilidade dos tribunais se tornarem Cortes Superiores ou Cortes Supremas, integrando o modelo de corte de vértice (MITIDIERO, 2014, p. 31-34). Isso significa que o STJ e o STF passariam a normatizar precedentes, de forma concentrada e que suas decisões conduziram a atuação dos demais órgãos judiciais de menor hierarquia.

Cabe afirmar que o Código de Processo Civil de 2015 passou de mero projeto de lei a efetiva norma em vigência. As afirmações sugeridas por Daniel Mitidiero vieram a se concretizar. Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal se afirmou como corte de vértice no ano de 2016, conforme trecho da decisão do Recurso Extraordinário 655.265 DF:

EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE.

1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE.

1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A inoportunidade desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de

atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”. 10. Recurso extraordinário desprovido.

(STF - RE: 655.265 DF, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 13/04/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: 04/08/2016.)

Nessa perspectiva, cabe aduzir que a organização do Judiciário brasileiro já é hierarquizada, restando aos tribunais a posição hierárquica superior aos demais órgãos. Ademais, os tribunais se caracterizam por terem aspecto político, como se verá a seguir (VIANA, 2017, p. 3).

A composição dos membros dos tribunais é feita de forma peculiar, diferentemente dos órgãos judiciais de primeiro grau. Os juízos de primeiro grau são compostos, em regra, por magistrados que foram aprovados em concurso público de provas e títulos, nos termos do art. 17 da lei complementar nº 35 de 1979. Por outro lado, a composição dos tribunais decorre, em parte, por meio de ato político dos Chefes de Estado – Presidente da República e Governadores. O Supremo Tribunal Federal, tribunal de maior hierarquia, por exemplo, é composto por onze ministros indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, desde que haja aprovação do Senado Federal por maioria absoluta de votos, nos termos do art. 101, parágrafo único, da CR/88. Veja-se que o Presidente da República e os Senadores da República são necessariamente agentes políticos, cujos interesses políticos podem ser difundidos no processo de composição do STF.

Ou seja, as decisões dos tribunais nem sempre se encontram fundadas em critérios jurídicos e/ou científicos, possuindo, em alguns casos, caráter meramente político ou pessoal. Partindo-se de tais pressupostos, será analisado como o sistema de precedentes brasileiro se comporta em detrimento do caráter político dos tribunais.

De início, deve-se reconhecer que fatores institucionais interferem no processo de vinculação ao precedente, quando este ocorre unicamente por meio dos tribunais. A estrutura do Judiciário, assim, encontra-se nitidamente relacionada aos fatores democráticos desse processo (TARUFFO, 2016, p. 230-235).

No cenário prático, deve-se atentar ao fato de que a pauta dos julgamentos e, portanto, a ordem em que se profere das decisões são fruto das prioridades afirmadas pelos presidentes dos tribunais, considerando que a ordem cronológica dos processos é o critério excepcional nas pautas dos tribunais, uma vez que seus regimentos internos garantem ampla discricionariedade às chefias máximas destes órgãos (TARUFFO, 1997, p. 446).

Além disso, a forma que o sistema de precedentes foi estruturado no Código de Processo Civil de 2015 é potencialmente nociva à ordem democrática. Isso porque, nos países de tradição do *Common Law*, esse sistema permite a florescência e mutação em carácter democrático, o que não será possível com o ordenamento jurídico vigente.

Na Inglaterra e Nos Estados Unidos, por exemplo, as decisões de primeira instância podem ganhar força jurídica, por meio de excessivas repetições em outras demandas, e, assim, tornar-se precedentes judiciais.

No Brasil, a centralização da síntese de precedentes por parte dos tribunais de maior hierarquia tornará a atuação dos juízes e tribunais de hierarquia inferior mecanizada. A atividade jurisdicional de primeiro grau se resumirá na repetição das decisões das cortes de vértice.

Ao contrário do que ocorre no *Common Law*, o papel que o precedente exerce no direito brasileiro é resultado da sumarização da cognição, da padronização decisória superficial e da eficiência puramente quantitativa. O sistema de precedente, da forma que se encontra posto no ordenamento pátrio, encontra-se fora do paradigma constitucional.

CONCLUSÃO

As tradições dos sistemas romano-germânico e anglo-saxão representam os principais modelos adotados no mundo. Na tradição do *Civil Law*, a lei é a principal fonte jurídica formal e o ordenamento jurídico tem por base o raciocínio dedutivo. Assim, a norma se fundamenta na situação hipotética e abstrata prevista, que encontra amparo no caso concreto e, portanto, no fato jurídico aplicado. Por sua vez, na tradição do *Common Law*, a norma jurídica é extraída das decisões judiciais que se constituem como principal fonte desse modelo.

Nos últimos anos, o processo de mútua influência entre os sistemas jurídicos de diferentes tradições vem se tornando uma realidade, em virtude de fenômenos de caráter político, jurídico e econômico, como a globalização. Nesse sentido, nos países de tradição do *Common Law*, registram-se o crescimento de normas legisladas, ao passo em que os países de tradição do *Civil Law* apresentam uma forte tendência a adoção de instrumento do *Common Law*, notadamente na construção de efeito jurídico vinculante e abstrato às decisões judiciais proferidas.

No processo de “colonização jurídica”, percebe-se que as características políticas do Estado em muito influenciam na construção e no desenvolvimento da tradição de sistema jurídico. Pode-se afirmar que a tradição jurídica é modulada em conformidade com o contexto nacional em que esta se insere.

Nos últimos anos o direito brasileiro, de tradição civilista, vem se aproximando com o *Common Law*. Historicamente, esse processo ocorre por meio da valorização do precedente, como fonte jurídica.

Não obstante, o processo de intercessão entre direito brasileiro com o *Common Law* ocorre por influência do federalismo nacional.

Da análise comparativa entre o direito brasileiro e o americano, pôde-se aferir que a tipologia do federalismo desses países resultaram em diferentes geometria às formas como a tradição do *Common Law* foram incorporadas nesses países.

Nesse ponto, é necessário compreender que o Brasil surgiu de um Estado unitário, passando por um processo federativo por desagregação. Os Estados Unidos nasceu de uma confederação e, portanto, apresenta um histórico processo federativo por meio de agregação.

Com consequência, os desníveis socioeconômicos e o dimensionamento político tornam o federalismo estadunidense simétrico e o brasileiro assimétrico e. O que se reflete na arquitetura do sistema jurídico nacional, notadamente centralizado.

Desse modo, como o *Common Law* se desenvolve no Judiciário, observa-se esse processo se concentra, em maioria, na justiça em âmbito federal, especificamente, nos tribunais superiores.

Não obstante, nota-se que o precedente – principal fonte do *Common Law*, exerce funções diferentes no direito brasileiro e no direito americano.

A partir da súmula vinculante, do acórdão que julga o IRDR e do caráter persuasivo obrigacional das decisões dos tribunais, não se pode equiparar as fontes do “*Common Law* brasileiro” com o precedente no direito americano, ou de qualquer país de tradição do *Common Law*. Isso porque o *Common Law* sempre se fundamentou na casuística, ou seja, na análise de prévias decisões judiciais para soluções dos casos jurídicos. Essas decisões não necessariamente se constituem como precedentes, mas sim, exemplos do modo como o direito é aplicado. No sistema de precedentes do direito brasileiro, vê-se o contrário: decisões dos tribunais são necessariamente vinculantes.

Nesse âmbito, o modelo de sistema de precedentes proposto pelo projeto do Código de Processo Civil de 2015 enuncia os tribunais superiores como Cortes Supremas, integrando o modelo de corte de vértice. Isso significa que o STJ e o STF passam a normatizar precedentes, de forma concentrada, e suas decisões conduziram a atuação dos demais órgãos judiciais de menor hierarquia. Registra-se, ainda, que o próprio Supremo Tribunal Federal se afirmou como corte de vértice no ano de 2016, na decisão do Recurso Extraordinário 655.265 DF.

Por meio de uma organização jurisdicional hierarquizada e centralizada, o processo de síntese dos precedentes foi atribuído, com exclusividade, aos órgãos judiciais de maior caráter político, notadamente os tribunais.

Destaque-se os tribunais são composto por ministros indicados, no geral, por meio de ato político dos Chefes do Executivo – Presidente da República e Governadores. Na prática, verifica-se que a composição dos tribunais superiores ocorre pela difusão de interesses

políticos. Assim, as decisões dos tribunais nem sempre se encontram fundadas em critérios jurídicos e/ou científicos, possuindo, em alguns casos, caráter meramente político ou pessoal.

Face ao exposto, deve-se reconhecer que fatores políticos interferem no processo de composição do precedente no Brasil.

Ademais, a forma que o sistema de precedentes foi estruturado no Código de Processo Civil de 2015 é potencialmente nociva à ordem democrática. Isso porque esse sistema não permite a florescência e mutação dos precedentes em caráter democrático.

Assevera-se que a atribuição centralizada da síntese de precedentes tornará a atuação dos juízes e tribunais de menor hierarquia meramente mecânica. A atividade jurisdicional de primeiro grau pode se resumir a repetição das decisões das cortes de vértice.

Ao contrário do que ocorre nos países de tradição do *Common Law*, o papel que o precedente exerce no direito brasileiro é resultado da sumarização da cognição, da padronização decisória superficial e da eficiência puramente quantitativa. A forma como o precedente se configura no direito brasileiro se fora do paradigma constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **TRABALHANDO COM UMA NOVA LÓGICA: A ASCENSÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acessado em 01 de dezembro de 2017.

BOBBIO, Norberto. **A teoria do ordenamento jurídico**. In: O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BRIERLEY, JORH Elmes Campbell; DAVID, René. **Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law**. Londres : Stevens & Sons, 1985.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Processo Justo e Democrático e o Novo CPC**. In: MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. (Coord.) Impactos do Novo CPC na Advocacia. Florianópolis: Conceito, 2015, p. 36.

CAMARGO, Maria. Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Parâmetros de Eficácia e Critérios de Interpretação do Precedente Judicial**. Direito. São Paulo: RT, 2004.

DAVID, René. O direito inglês. **Tradução por Eduardo Brandão**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARNSWORTH, Allan. **Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos**. Tradução Antônio Carlos Dinis de Andrada. São Paulo: Forense, 1963.

GILISSEN, John. **INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Maíheiros 2.a edição. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN, 1995.

Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
HERR, David F. **Multidistrict Utigation Manual: Practice Before the Judicial Panei on Multidistrict Litigation**. In: Minnesota: Thomson Reuters, 2014.

KELSEN, Hans. **Socialismo y Estado: una investigación sobre la teoria política del marxismo**. Madrid: EDERSA, 1985.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais**. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. **Art. 96**. In: CANOTILHO, José Joaquim MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil Law – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.n. 110, v. 28, abr/jun, 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RIBEIRO, Pedro Henrique. **Luhmann "fora do lugar"?: como a "condição periférica" da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas.** Rev. bras. Ci. Soc. 2013, vol.28, n.83, pp.105-123.

ROCHA, José Jardim. **A Supremacia da Constituição ou Supremacia do "defensor" da Constituição? O stare decisis e o efeito vinculante nas decisões da Suprema Corte.** Revista Jurídica, Brasília, v. 7, n. 73, p.01-17, junho/julho, 2005.

SCHMIEGUEL, Carlos. **CONCEITO DE LEI EM SENTIDO JURÍDICO.** Ágora: R. Divulg. Cient., Mafra, v. 17, n. 1, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 62-63.

TARUFFO, Michele. **Icebergs do common law e civil law?: macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade.** Revista de Processo: RePro, São Paulo, n. 181, v. 35, p. 167-172, 2010.

TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência.** Revista de Processo: RePro, São Paulo, n. 199, v. 36, p. 139-155, setembro 2011.

TARUFFO, Michelle. **Precedente e jurisprudência.** Revista de Processo, n. 199, ano 36, set/2011.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law.** Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, 2010.