

O CONCEITO E A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO *CIVIL LAW* DIANTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Alexandre Pereira Alvarenga (alexpalva222@gmail.com)

Aluno de Graduação do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz.

Camilo José D'Ávila Couto (camilo.couto@fsjb.edu.br)

Professor Doutor do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz.

RESUMO

Este trabalho busca analisar o conceito e o modo de aplicação do sistema de precedentes, investigando as origens históricas da tradição do *Common Law*, berço deste sistema e confrontando a definição obtida com o sistema do *Civil Law* e as normas efetivadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-Chave: Precedentes, *Civil Law*, *Common Law*, *Código de Processo Civil de 2015*.

INTRODUÇÃO

Mesmo diante da grande quantidade de trabalhos científicos que versam sobre o instituto dos Precedentes, mais ainda quanto a sua aplicação no *Civil Law*, há compreensões que se colidem, quanto à forma de utilização do presente instrumento de aplicação do Direito.

Assim, se faz necessário encarar o tema, aprofundando na sua origem, ou seja, no *Common Law*, para que seja possível chegar a uma compreensão de como deve ser sua aplicação no *Civil Law*.

Inevitavelmente será necessário por em confronto o que se conhece por precedente no Brasil e aquilo que ele realmente é, fazendo possível entender se a aplicação dada pela tradição brasileira é aquela adequada ao instituto.

Ademais, é crucial identificar se a vigência do novo Código de Processo Civil é a norma fonte do sistema de Precedentes no Brasil, e se os dispositivos trazidos pelo novo CPC são o que torna viável a instituição de um sistema de Precedentes no atual sistema de *Civil Law* ao qual o Ordenamento Jurídico brasileiro integra.

Tais questões, todavia, só podem ser esclarecidas se for compreendido o que são os precedentes e se seu conceito e características são mutáveis quando transitam de um sistema jurídico para outro, além disso, deve ser esclarecida a viabilidade de um sistema de precedentes no *Civil Law*, questionando-se a sua compatibilidade com essa tradição.

AS REVOLUÇÕES FRANCESA E GLORIOSA COMO ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW*

Primeiramente, é relevante apontar que o estudo voltado para o *Civil law* e o *Common Law*, costuma tratar desses sistema jurídicos apenas como um sistema de regras jurídicas positivadas, entretanto, é importante compreender que ao comparar esses elementos, se analisa mais do que apenas regras, mas também são identificados costumes e hábitos que os caracterizam como verdadeiras tradições jurídicas. (MERRYMAN, 2007 apud, STRECK; ABOUD, 2015, p.21)

As características do *Common Law* são herança da Revolução Gloriosa, que muito diferente da Revolução Francesa, foi apoiada e encabeçada, também, pelos magistrados da época. Dessa forma, a confiança que a

burguesia inglesa depositava nos magistrados era claramente bem maior do que a que os burgueses franceses depositavam nos magistrados da França, esses apoiadores do Monarca.

Esse grau de confiança gerou efeitos distintos e antagônicos entre os sistemas, pois, enquanto no Common Law o Juiz era tido como um aliado da Burguesia na contenção dos poderes do soberano, no Civil Law, eram os magistrados, também, quem deveriam ser controlados.

Por tal motivo, foi construído no Civil Law uma perspectiva de que o Magistrado deveria apenas dizer o que já estava estabelecido na lei consagrada pelo Legislativo. O oposto foi construído no Common Law, onde o magistrado, aliado da revolução foi constituído de poderes para controlar os atos discricionários do soberano.

Percebe-se assim que o *Common Law*, construiu desde seus primórdios um ambiente propício ao surgimento do sistema de precedentes, o que não ocorreu no *Civil Law*.

Diante disso, no Civil Law onde as atitudes dos magistrados eram tidas como uma extensão das forças e interesses do Monarca, a Lei foi instituída como fator absoluto para garantia da Segurança Jurídica e a igualdade, tendo em vista que sua produção se dava unicamente pelo Poder Legislativo.

Por outro lado, no Common Law, onde o magistrado era uma força que trabalhava em conjunto com a classe revolucionária, desenvolveu-se um ambiente propício a adoção do sistema de respeito obrigatório de precedentes e ao surgimento do *stare decisis*.

O COMPLEXO CONCEITO DE PRECEDENTES

A decisão judicial possui uma divisão interna quanto ao seu conteúdo, sendo uma parte vinculante e a outra não, configurando apenas uma opinião ou mesmo um comentário feito na decisão que nada tem relação com o Direito a ser aplicado no caso análogo, ao primeiro elemento se dá o nome de *ratio decidendi* e ao segundo, *obter dictum*.

O precedente é a *ratio decidendi* e por meio dela vincula decisões futuras, tornando obrigatória a sua replicação a casos posteriores análogos, de todo modo, existem dois elementos que afastam a aplicação de um precedente, que é o *distinguishing* e o *overruling*, o primeiro é a identificação de que o caso futuro e o caso passado não são análogos, existindo elementos que os diferenciam e impedem assim a aplicação adequada do precedente, do outro lado, o *overruling* configura uma superação do entendimento firmado no caso anterior, o que também inviabiliza sua replicação.

A vinculação dada ao precedente não é algo que está positivada nos códigos dos países que adotam o Common Law, e nem mesmo é algo que está na Constituição desses países, assim como nos ensinam os Professores STRECK e ABOUD (2015, p.34): “O precedente possui uma *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na Constituição, nem na lei, e, sim na tradição.”

Pois, o fato de serem seguidos os entendimentos firmados pelos precedentes não decorre de uma vinculação normativa positivada, mas da própria concepção de que um sistema deve ser unificado e não admite decisões conflitantes sobre o mesmo tema.

A aplicação dos precedentes não se dá modo automático, mas demanda intenso trabalho hermenêutico e interpretativo, o sistema de precedentes é instituto de natureza única e que detém características específicas, sendo definido pelos elementos aqui evidenciados, inerentes ao conceito e o modo de se tratar esse instituto jurídico, independente da tradição em que será aplicado.

Isto posto, é vital tratar da diferenciação entre Jurisprudência, Súmula e Precedentes, pois, embora considerados por muitos como se fossem a mesma coisa, cada um desses institutos é um elemento diferente que possui características próprias.

O precedente, pode ser retirado de um único julgado apenas, e isso o difere da Jurisprudência que demanda uma reiteração de julgados, além disso, o precedente, no momento de sua aplicação, requer um trabalho hermenêutico exaustivo, fazendo “links” entre o caso passado (precedente) e o caso futuro, a fim de ser afastada a aplicação do *distinguishing* e do *overruling*, e identificada a *ratio decidendi*, o que o diferenciará

da Súmula, cujo objetivo principal é limitar a atividade interpretativa do julgador. (STRECK; ABBOD, 2015, p. 68-80) (STRECK; ABBOD, 2015, p.107).

Assim, entender esses institutos como sinônimos importa num erro imenso, que é cometido por muitos operadores do direito, os quais não se aprofundam no estudo desses instrumentos jurídicos.

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

O Código de Processo Civil de 2015 é norma fruto de tradição jurídica do Civil Law, que é aquela vigente no ordenamento jurídico Brasileiro.

Muito se discutiu o fato de o Código trazer nos artigos 926, 927 e 928 referências aos termos Precedente e Jurisprudência e diante disso ter inaugurado no ordenamento jurídico Brasileiro um sistema de precedentes vinculantes, tendo em vista que as decisões elencadas no artigo 927 são normativamente vinculantes por força de lei.

Nesse ponto é necessário compreender que os provimentos jurisdicionais elencados pelo artigo 927 se tratam de institutos diferentes, pensamento corroborado pelos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni:

“A norma diz que os juízes e tribunais devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. [...] mas surpreendentemente, nada diz sobre precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão” (2016, p.284-285)

Um precedente é antes de tudo um caso concreto já julgado, cuja pretensão primária do julgador não era criar uma regra de julgamento que pudesse ser replicada a casos futuros, mas apenas analisar o caso concreto delegado a ele, a fim de que fosse dirimida a lide presente na situação. A aplicação do entendimento firmado pelo julgado é apenas incidental.

Portanto, pode-se concluir algumas diferenças entre os provimentos elencados pelo artigo 927 e o conceito de precedente, aqueles são previamente estabelecidos pela lei para serem naturalmente vinculantes e sua vinculação decorre da força proporcionada pela lei, enquanto os precedentes tem aplicação apenas de forma incidental e sua vinculação decorre da tradição jurídica do *Common Law*.

Por outro lado, o que o Código de Processo Civil Brasileiro traz em seu artigo 927 é uma norma positivada que obriga devido a força vinculante atribuído à lei, diante disso, percebe-se um ponto relevante, aqui o que vincula não é a decisão e seus fundamentos, mas a própria lei com um efeito incidental sobre os provimentos descritos nos incisos.

Segue-se o entendimento firmado por Lênio Streck e Georges Abboud, de que os incisos do artigo 927, trazem algo que será denominado “Provimentos Judiciais Vinculantes”.(2015, p.105).

Nomear os institutos elencados pelos incisos do 927 dessa forma não é negar a eles a sua vinculação, mas apenas reconhecer que não cumprem requisitos básicos para serem chamados de precedentes sob pena de ser deturpado aquilo que os precedentes são de fato.

A NECESSIDADE DO RESPEITO A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO E O SISTEMA DE PRECEDENTES

Norberto Bobbio compreendia o ordenamento jurídico como um conjunto sistemático, ou seja, o ordenamento jurídico é um ente complexo composto por normas jurídicas individualmente consideradas, que estão conectadas por uma relação-dever de compatibilidade. (BOBBIO, Norberto,1995, p.80)

Após essa compreensão percebe-se que o ordenamento jurídico por ser um sistema, não admite a existência de antinomias, em outras palavras, normas distintas que veiculam mandamentos incompatíveis entre si. (BOBBIO, Norberto,1995, p.80)

Bobbio entendia que esse dever de compatibilidade se aplica a dois indivíduos, o produtor da norma, que é o legislador e ao aplicador, considerado como o magistrado, ao primeiro havia a imposição de não criar antinomias e ao segundo, o dever de retirá-las do ordenamento quando se deparasse com elas.

Aqui é necessário frisar que já foi superada a compreensão do juiz *boche de la loi*, de modo que o juiz deixa de ser apenas um aplicador da norma, para ser um produtor de normas individuais e concretas.

Por tal motivo, esse dever de não produzir antinomias e de compatibilidade entre normas se estende também aos magistrados, não sendo exclusivamente aplicado ao legislador no momento de produzir normas gerais e abstratas, mas também aos juízes quando produzem normas individuais e concretas.

Há várias formas de se garantir a segurança jurídica, no sistema de *Civil Law* a segurança é depositada, primariamente, na lei que deve ser aplicada de modo uniforme a todos os homens.

Por outro lado, no *Common Law* essa estabilidade jurídica é confiada no sistema de precedentes, não dispensando a edição de leis. (MERRYMAN, John Henry, 2007, p.47, apud, MARINONI, Luiz Guilherme, 2016, p.32).

Nessa mesma linha de pensamento, não há óbice na aplicação do sistema de precedentes em uma tradição jurídica como o *Civil Law*, sendo necessário ponderar, contudo, que a utilização de precedentes não pode e nem deve ser tida como uma imposição legal, pois, a sua concepção não decorre da aplicação de uma norma positivada, mas da unicidade normativa emanada do próprio ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Obviamente, o conceito de precedente não seria o que é sem as influências históricas e sociais que sofreu, portanto, sem dúvida alguma, em vão é um estudo do presente instituto sem um aprofundamento no seu passado.

Não se pode equivocadamente reduzir o conceito de precedentes judiciais àquilo que se conhece por súmula, jurisprudência ou até mesmo aos institutos trazidos pelo artigo 927 do Código de Processo Civil, sendo diferentes quanto ao conteúdo, estrutura, origem e extensão da vinculação, além de outros elementos que afastam os precedentes dos demais institutos.

Claramente foi possível identificar que o Código de Processo Civil não instituiu um sistema de precedentes, haja vista que a vinculação deste decorre da unicidade do próprio ordenamento jurídico, não emanando de uma norma específica, mas do todo normativo.

A unicidade do ordenamento jurídico sempre esteve aí, ignorado por muitos juristas brasileiros e os precedentes são o instrumento que visa garantir essa harmonia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior Tradução de Maria Celeste C. J. Santos, Revisão Técnica de Cláudio de Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6. ed. 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira.; SARLET, Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*.3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. v. 3./