A INFLUÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO DIREITO NORTE-AMERICANO NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Antonio Vinícius Souza Andrade*

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo expor o papel dos precedentes judiciais do direito inglês e norte-americano, traçando seus pontos de interseção e analisando a sua aplicabilidade no sistema jurídico Processual-Constitucional brasileiro. Além disso, pondera-se o propósito da existência da doutrina do *Stare Decisis*, bem como a sua manutenção, com o duplicado intento de uniformizar a jurisprudência sem que haja violação aos princípios constitucionais do direito adquirido e da segurança jurídica, eis que demonstram que o momento em nosso Judiciário é de reconstrução de paradigmas.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes judiciais norte-americanos. Efeito Vinculante (*Stare Decisis*). Direito processual-constitucional.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, desde sua colonização por Portugal (nos anos de 1500), adota o sistema do *Civil Law* o qual teve sua origem fundada no Direito Romano-Germânico. Diante disso, construiu-se um ordenamento todo escrito em que a lei – baseada no direito positivado – é tida como suprema por ser fonte primária estatal do direito.

Há, por outro lado, um sistema muito avançado baseado em precedentes judiciais, chamado de *common law*, que, diante da evolução histórica, integrou ao seu corpo a teoria do *Stare Decisis* (Doutrina inglesa que tem como fundamento assegurar que as decisões proferidas pelas cortes superiores tenham caráter vinculante perante as cortes de inferior hierarquia vinculada à mesma jurisdição, DIDIER JR., Fredie.), advindo do termo latim (*stare decisis et non quieta movere*) que significa:

* Advogado. Graduado pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – Fanese. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá.

mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido.

As premissas deste estudo nos trará a possibilidade de comparar as doutrinas predominantes, o direito comparado e a legislação vigente, permitindo uma breve análise sobre a inserção dos precedentes judiciais norte-americanos no direito brasileiro.

2 HISTÓRICO DOS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW E A APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES

O sistema do *civil law*, ganhou significante força após uma crise de ordem econômica e social - provocada pela força da ideologia liberal - chamada de: Revolução Francesa. Tal Revolução visava destituir o direito antigo comum e instituir um direito novo que fosse capaz de tutelar a liberdade da classe emergente, ou seja, da burguesia. Os franceses, para que pudessem atuar de forma livre e sem intervenções, tiveram de deixar de lado o poder do Judiciário, haja vista que à época os cargos de juiz eram herdados e muitas vezes comprados, motivo pelo qual não havia interesse em dar aos juízes a oportunidade de exercer um poder maior (MARINONI, 2011, p. 52-3).

Não foi à toa que Montesquieu, ao elaborar a famosa teoria da separação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), deixou claro que o juiz deveria se comportar como um ser inanimado, isto é, como alguém que deveria simplesmente declarar as palavras da lei. Assim, nos países em que a teoria de Montesquieu foi aceita com maior intensidade, os juízes foram impedidos de interpretar a lei. Por outro lado, em 1688 na Revolução Gloriosa na Inglaterra, o parlamento venceu uma longa batalha contra o absolutismo do Rei que, todavia, diferente dos franceses, em nenhum momento pensou em destituir o direito antigo comum (que era o *common law*), entretanto, passou a lutar contra o arbítrio do juiz, mediante a força do próprio *common law* (MARINONI, 2011, p. 52-3).

Observa-se assim, que para o sistema do *civil law*, a lei é considerada suficiente para garantir a tutela aos direitos e as liberdades. Já na Inglaterra, não persistiu a falsa ideia de que o juiz não poderia compreender um caso concreto e interpretar a lei, pois, os ingleses mesmo sabendo que diante de casos parecidos o juiz poderia julgar de forma diferente ao invés de dizer que a isonomia estava garantida pela lei, frisaram que a igualdade tinha de ser preservada pela isonomia de todos os cidadãos perante

as decisões judiciais. Foi dessa forma que surgiram os precedentes na Inglaterra, exatamente para preservar a igualdade perante as decisões e a coerência do direito.

3 TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Inicialmente, conforme definido nas lições de Fredie Didier, é de suma importância delimitar – na decisão – o que se entende por precedente. Tal autor o conceitua como a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Portanto, o precedente é a *ratio decidendi*, ou seja, é a parte da decisão em que o juiz expõe os fundamentos jurídicos que o levaram a decidir de tal forma.

Nesse diapasão, vale destacar o conceito de outro instituto processual de grande importância para o estudo dos precedentes judiciais, o intitulado *Obiter Dictum*. Esse fenômeno ocorre quando o juiz traz em sua decisão alguma afirmação que materialize um raciocínio irrelevante para o julgamento do feito, tornando-a, às vezes, inadequada, eis que trata de assunto que não deveria ser tratado. Cândido Dinamarco, diz que esta afirmação do juiz, feita de passagem, sem proveito para o julgamento do feito, forma o chamado *obiter dictum*.

É imprescindível – para o estudo dos precedentes judiciais – distinguir o *obiter dictum* da autêntica razão de decidir *ratio decidendi*, visto que os efeitos do precedente judicial são colhidos da razão de decidir, e não de contingente *obiter dictum*.

4 TÉCNICAS DE CONFLITO E APLICAÇÃO DO PRECEDENTE DISTINGUISHING E OVERRULING

As relações e conflitos em uma sociedade podem gerar as mais diversas demandas judiciais. Contudo, por mais que um precedente abarque vários casos, nunca conseguirá expandir os seus efeitos para todos, haja vista que podem existir peculiaridades que precisarão de uma análise diferenciada. Em razão disso, foram criados os institutos do *distinguishing* e *overruling*.

Gilmar Ferreira Mendes (*apud* Mancuso, 1999, p. 172), ministro do Supremo Tribunal Federal, da a definição de distinguishing como

"a prática utilizada pelos tribunais para fundamentar a não-aplicação do precedente a determinado caso", e *overruling* como «a superação de determinado entendimento jurisprudencial mediante a fixação de outra orientação».

4.1 DISTINGUISHING

Entende-se, por *distinguishing*, na visão de Fredie Didier Jr.:

> Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base a *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Com isso, para que o precedente seja devidamente aplicado, é necessário que os fundamentos que formam a razão de decidir estejam em ampla consonância com o caso paradigma.

Quando os fatos do caso em julgamento conter peculiaridades que distingue o caso do precedente paradigma, este deve ser afastado (LAGO, 2013, p. 1).

Desta forma, um caso servirá como precedente, se estiver em consonância entre as questões e fatos de direito que criaram a (*ratio decidendi*) da sua decisão.

4.2 OVERRULING

Explica Fredie Didier, *in verbis*: "*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente".

Em outras palavras, tal fenômeno ocorre quando determinado precedente é considerado – pelas Cortes Superiores – ultrapassado, sem força para solucionar os conflitos atuais, podendo, portanto, a Corte decidir o caso concreto usando fundamentos diversos do que embasaram

determinada decisão. Ademais, vale destacar que, quando um precedente é superado por outro, este não pode ter efeitos retroativos (*ex-tunc*), mas apenas efeitos prospectivos (*ex-nunc*), visto que ao retroagir, as decisões proferidas anteriormente podem ser comprometidas, causando prejuízos às partes e, violando os princípios constitucionais do direito adquirido e da segurança jurídica.

5 TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO SISTEMA BRASILEIRO

Apesar das diferenças entre os sistemas de *common law* (direito norte-americano) e de *civil law* (direito brasileiro) cada vez maior tem sido a interação entre eles. Assim, muitos países de *common law*, tem feito uso, em certos casos, do papel persuasivo da jurisprudência, adotando textos positivados, e países de *civil law* têm, em algumas hipóteses, atribuído ao precedente judicial eficácia vinculante, ou quase vinculante. As influências recíprocas demonstram que o momento é de resconstrução de paradigmas, o que faz configurar um meio pronto para a criação de soluções trazidas de outros países, como é o caso, da distinção entre a *ratio* e o *obiter dictum*, do procedimento de *distinguishing* e do procedimento de *overruling*.

O Brasil é um país que adota várias doutrinas e teorias:

> O Sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, contrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento

> modelo para causas repetitivas etc. (...), de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direito é uma marca da tradição jurídica do common law (...). (Fredie Didier Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, vol. 1, 14. ed., 2012, p. 42).

Desta forma, a nossa tradição jurídica brasileira é como Fredie Didier Jr. representa, ou seja, a *brazilian law* (Fredie Didier Jr., p. 43).

O Brasil, mesmo sofrendo grande influência da Corte Portuguesa, nunca ignorou a importância dos precedentes, que constantemente estiveram na visão dos juristas.

Atualmente, podemos afirmar que a jurisprudência possui dois papéis importantes que se confundem. Vejamos que, por um lado, a mesma tem o papel de interpretar a lei, diminuindo o alcance do texto normativo, por outro, tem a função de adaptar a lei no lapso temporal, sempre em conformidade com as necessidades da sociedade.

À vista disso, infere-se que os tribunais não estão mais aplicando a lei em si, fugindo um pouco do *civil law*, e sim a notável interpretação que conferem a lei, com base nos fatos e acontecimentos ocorridos.

Nestas condições, para aqueles que detêm capacidade postulatória (seja advogado ou a própria pessoa que teve ferido o seu direito) quando a lei permitir, é mais importante conhecer o entendimento dos Tribunais – especialmente superiores – do que conhecer o texto puro da lei, uma vez que o precedente, mesmo que não traga consigo eficácia vinculante, apresenta uma intensa força persuasiva quando colacionado às peças processuais, tendo plena capacidade de influenciar julgamentos.

Também é de extrema importância que os magistrados tenham o total conhecimento da interpretação conferida à lei pelos tribunais, especialmente pelos superiores, permitindo-se a aplicação uniforme da norma e garantindo-se igualdade entre os jurisdicionados. Há de se destacar que tais magistrados carregam consigo seus valores pessoais,

seus pontos de vista e sua ideologia, de forma que isso tudo também influencia nas decisões judiciais, concluindo, portanto, que o juiz é imparcial, e jamais neutro, ficando impossível desunir totalmente o homem do profissional. Vale registrar que tais entendimentos também já estão sendo cobrados em concursos públicos para diversas áreas da administração da justiça, principalmente para as funções de analista, técnico e estagiário, considerando-se que trabalham diretamente na criação e edição de peças processuais.

Apesar de a lei ser fonte formal estatal imposta a todos, tendo como base o princípio da isonomia, não são raros os casos em que diante da mesma situação jurídica alguns consigam adquirir proteção jurisdicional e outros não, ficando a critério da sorte ou do azar da parte na distribuição dos atinentes processos. Toda essa imprecisão desperta certa desconfiança com relação ao nosso Judiciário, acarretando grande perda de autoridade.

Tratando do tema, ensina-nos Luiz Guilherme Marinoni:

> "Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a esta situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. Aliás, nas salas da *civil law* sempre se viu escrito sobre a cabeça dos juízes que a lei é igual para todos. Trata-se não só de lembrança que não basta, mas que acaba por constituir piada de mau gosto àquele que, perante uma das Turmas do tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta a proferida - em caso idêntico - pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei».

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, diante do que foi exposto, que o nosso ordenamento, indiscutivelmente, está em constante mudança, abandonando um pouco dos antecedentes do sistema *civil law*, submetendo-se às influências da teoria do *stare decisis*.

Acontece que o legislador brasileiro tem como a sua principal preocupação desaforar os tribunais, devido ao abarrotamento de processos. Contudo, a constatação de uma realidade não pode ir de encontro aos princípios fundamentais das partes em juízo ou fora dele, devendo-se conferir aos jurisdicionados maior segurança jurídica, mediante tratamento isonômico. A universalização de entendimentos até tem sido colocada em prática, mas somente na medida em que contribua para o descongestionamento da carga de trabalho dos tribunais.

Por essa razão, deve-se, primordialmente, focar os seus interesses na isonomia e na segurança jurídica, as quais só conseguirão irradiar realmente os seus efeitos a partir da efetiva uniformização da jurisprudência.

Destarte, há de ser reconhecido o importante papel desempenhado pelo precedente judicial e pela jurisprudência em nosso ordenamento, independente do legado das nossas raízes históricas, e de delinear as principais diretrizes de um sistema mesclado, em que a lei reina e a jurisprudência governa.

___

THE INFLUENCE OF JUDICIAL PRECEDENTS OF US LAW IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: This study aims to expose the role of the judicial precedents of the English and American law, tracing their points of intersection and analyze their applicability in Procedural and Constitutional Brazilian legal system. In addition, Ponder is the purpose of existence of the doctrine of Stare Decisis as well as its maintenance, with the duplicate attempt to standardize the law without violating the constitutional principles of law and legal certainty acquired, behold demonstrate that when our judiciary is reconstruction of paradigms.

KEYWORDS: Previous legal americans. Binding effect (*stare decisis*). Direito processual-constitutional.

REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. cit. n. 13.
DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 5. ed. Salvador: Juspodivm,

2010.
DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* - V.2, Juspodivm, 2014.
LAGO, Rodrigo. *O distinguishing e a preservação da jurisprudência no julgamento do mensalão.* Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ o-distinguishing-e-a-preservacao-da-jurisprudencia-no-julgamento-do-mensalao>. Acesso em 12 abr. 2013.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
MARINS, Lucas Belloc. A *sistemática da teoria do precedente judicial e a gradual introdução de princípios da common law no direito brasileiro.* Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Belloc%20Marins%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em 26/06/2014.
MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder. *Tratado de Direito Constitucional* - V.2, Saraiva, 2012.
MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente Judicial no Sistema Judicial Brasileiro*. Disponível em:< http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/pt-br.php> Acesso em 15 de junho de 2014.