

SOCIEDADE DE MASSAS E JURISDIÇÃO: O PROCESSO CIVIL EM TRANSFORMAÇÃO E O STARE DECISIS

MASS SOCIETY AND JURISDICTION: THE CIVIL PROCEDURE IN TRANSFORMATION AND THE STARE DECISIS

SOCIEDAD DE MASAS Y JURISDICCIÓN: EL PROCEDIMIENTO CIVIL EN EL PROCESAMIENTO Y EL STARE DECISIS

Andreza Cristina Baggio

Doutora em Direito pela PUCPR, professora de Direito processual civil e Direito do Consumidor no Centro Universitário Internacional e na Unicuritiba, membro do grupo de pesquisa Processo e Efetividade da tutela Jurisdicional, no Centro Universitário Internacional. andreza.b@uninter.com

Carlos Eduardo Kuten

Aluno de graduação do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Símara Carvalho Duarte

Professora e Coordenadora do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, membro do grupo de pesquisa Processo e Efetividade da tutela Jurisdicional, no Centro Universitário Internacional.

RESUMO

A pesquisa na área dos precedentes de observância obrigatória, revela-se de importância ímpar, considerando que o direito brasileiro tende cada vez mais a ser construído pela dinâmica das decisões judiciais, o que por si só, mostra a imprescindibilidade de se adotar no ordenamento jurídico, um instrumental que forneça estabilidade frente a possibilidade de existirem sentenças que, embora fundamentadas numa mesma lei, podem atingir resultados diversos. Para o desenvolvimento do trabalho, utilizou-se a pesquisa doutrinária, evidenciando a problemática advinda do tema, mormente a pluralidade de interpretações que se pode extrair de um mesmo texto legal. Tratou-se, ainda, da sistemática do stare decisis, pontuando suas principais características. Oportunamente foram tecidos comentários pertinentes ao anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Por fim, conclui-se o trabalho pelos benefícios dos precedentes vinculantes, ante a conclusão lógica que a prospecção de efeitos da jurisprudência, resulta em segurança jurídica, isonomia e estabilidade, bem como maior eficácia ao processo civil brasileiro.

Palavras-chave: Civil Law e Common Law. Precedentes Vinculantes. Stare Decisis. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The research in the area of previous compulsory observance is of paramount importance. It is considered that the Brazilian law tends increasingly to be built by the dynamics of judicial decisions. This itself shows the absolute need to adopt, in the legal system, tools that provide stability in relation to possible sentences that may achieve different results, despite of being based on the same law. For the development of the work, a doctrinal research was conducted, evidencing the problem originated from the theme, especially the plurality of interpretations that can be drawn from the same legal text. It was also approached the *Stare Decisis* systematic, highlighting its main characteristics. In due course, comments were made regarding the blueprint of the New Code of Civil Procedure. Finally, it could be concluded that the benefits of binding precedents, compared to the logical conclusion that the exploration of effects of the judgments result in legal certainty, isonomy and stability, as well as greater efficiency in the Brazilian civil procedure.

Key words: Civil Law and Common Law. Binding precedents. *Stare Decisis*. New Code of Civil Procedure.

RESUMEN

La investigación en el área de los precedentes de observancia obligatoria, se revela de suma importancia, considerando que el derecho brasileño tiende, cada vez más, a ser construido por la dinámica de las decisiones judiciales, que en sí mismo demuestra la absoluta necesidad de que sea adoptado en el sistema jurídico, un instrumental que fornezca estabilidad frente a la posibilidad de que existan sentencias que, aunque se basen en la misma ley, pueden conseguir resultados diferentes. Para el desarrollo de los trabajos, se utilizó la investigación doctrinaria, lo que pone de manifiesto el problema que se originó en el tema, especialmente la pluralidad de interpretaciones que se puede sacar del mismo texto legal. Se trató, también, de la sistemática de *stare decisis*, destacando sus principales características. Oportunamente se formularon observaciones relevantes para el proyecto del Nuevo Código de Procedimiento Civil. Por último, el trabajo se concluye por los beneficios de los precedentes vinculantes, en comparación a la conclusión lógica de que la exploración de los efectos de las sentencias, resulta en seguridad jurídica, isonomía y la estabilidad, así como una mayor eficacia en el procedimiento civil brasileño.

Palabras-clave: Civil Law y Common Law. Precedentes Vinculantes. *Stare Decisis*. Nuevo Código de Procedimiento Civil.

A SOCIEDADE DE CONSUMO COMO UMA SOCIEDADE DE MASSAS

As transformações observadas na sociedade nos últimos anos, como as grandes transações de mercado, operadas pelas grandes empresas, as novas características de acumulação de capital, os meios de comunicação de massa, as técnicas agressivas de *marketing*, e a busca da felicidade pela aquisição de bens, são características da sociedade em que se vive. Esta é a de Sociedade de Consumo ou, como diz Zigmunt Bauman (2008), “sociedade de consumidores ou sociedade líquido-moderna”, e suas características

merecem, análise e estudo, principalmente em razão dos resultados sociais e jurídicos que produzem.

Como afirma Baumann (1999, p. 25), os membros da sociedade consomem, pois os seres humanos, ou melhor, as criaturas vivas consomem desde tempos imemoriais. Todavia, para o autor, “a nossa é uma ‘Sociedade de Consumo’ no sentido, similarmente profundo e fundamental, de que a sociedade dos nossos predecessores, a sociedade moderna nas suas camadas fundadoras, na sua fase industrial, era uma sociedade industrial, era uma ‘sociedade de produtores’.” Enquanto na sociedade de produtores os atores da economia, envolvidos nos conflitos de inclusão social eram os trabalhadores e patrões, atualmente, os atores sociais são os trabalhadores, produtores e consumidores.

Como explica Marcelo Gomes Sodré (2009, p 10)

Durante todo o século XIX e parte do século XX os conflitos sociais foram entre trabalhadores e patrões: a luta primeiro foi pelo acesso a terra e depois pelo domínio dos meios de produção. A partir de meados do século XX, foi agregado outro tipo de conflito, resultante do outro vértice da sociedade moderna: a luta pelo acesso ao consumo de bens seguros e a garantia da informação plena a respeito dos produtos e serviços colocados no mercado. Na atual sociedade da informação, uma das lutas centrais dos consumidores é pela garantia de uma informação que assegura o direito de opção. É óbvio que o direito básico é o de acesso ao consumo e que o consumidor, diferentemente dos trabalhadores, não forma uma classe social. O conflito é de outra natureza.

Tem-se então uma Sociedade de Consumo para as massas, na qual o vulnerável é levado a consumir a partir de sua indução a acatar novos valores, hábitos e padrões de conduta, norteando-se a existência humana pela incessante acumulação de mercadorias e serviços. E o atual sistema de produção massificado e em série, com o crescimento da oferta a formalização de negócios jurídicos característico da Sociedade de Consumo faz com que esta também seja chamada de Sociedade de Massas: é a *mass consumption society* (SOARES, 2010, p. 15).

E várias foram as consequências do nascimento da Sociedade de Consumo. Sobre o assunto, explica Adolfo Mamoru Nishiyama (2010, p. 49):

Observou-se também crescente desindividualização dos produtos e dos adquirentes, passando a desempenhar papéis de relevo no mercado os artigos tipificados e o consumidor ou utentes anônimos, e não mais o bem e o comprador totalmente identificados. Ressalte-se também o surgimento de práticas comerciais lesivas, tais como: condicionamento do fornecimento de um produto à aquisição de outro; inobservância de normas técnicas na produção; deflagração de publicidade enganosa (apregoação de qualidades inexistentes, ou de propriedades ilusórias do produto ou do serviço); ausência ou insuficiência de informações aos consumidores ou, ainda, divulgação indevida de informações (depreciativa de ação do consumidor); inclusive de cláusulas contratuais abusivas (como as de garantias e outras); colocação no mercado de produtos ou de serviços viciados (como os casos de diferença de qualidade e de quantidade; de ausência de componente essencial e outros).

O Direito, por sua vez, não passou à margem destas características, e ganhou novas preocupações. Com a racionalidade identificada na modernidade iluminista, surgiram profundos desequilíbrios entre os atores sociais, nascendo a crise da modernidade. E desta crise, emergiu um novo paradigma, a pós-modernidade, que passou a identificar a falência das promessas modernas de liberdade, igualdade e progresso a todos, refletindo-se também no Direito. No Direito pós-moderno, o ser humano ganhou posição de centralidade nos ordenamentos jurídicos, restando de lado os resquícios patrimonialistas da modernidade, para a inclusão no discurso jurídico de temas como dignidade e solidariedade, como se verá adiante.

O fenômeno jurídico pós-moderno é plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo (SOARES, p. 19). Este pluralismo se verifica seja na pluralidade legislativa, seja na pluralidade de sujeitos a proteger, e na pluralidade de agentes ativos a quem imputar responsabilidade. O Direito descodifica-se, nascendo uma multiplicidade de fenômenos legislativos, e torna-se também reflexivo, pois o ordenamento jurídico passa a ser visto como uma ordem permeável aos valores e fatos da realidade.

O Direito pós-moderno é também prospectivo, porque se exige do legislador a elaboração de textos legais abertos, e, discursivo, porque passa a ser visto como manifestação da linguagem humana. E como explica Ricardo Maurício Freire Soares, o direito pós-moderno é relativo, porque não há verdades jurídicas absolutas, mas sempre a análise de dados contingenciais. Para o autor, “na pós-modernidade jurídica, marcada pela constelação de valores e pelos fundamentos linguísticos, qualquer assertiva

desponta como uma forma de interpretação”, crescendo a importância da preocupação com a justiça social.

E tais características refletem diretamente no surgimento dos conflitos de interesses e nas suas possíveis soluções. O que se observa, é que o processo civil desenhado no direito brasileiro ao contorno dos interesses patrimoniais, já não responde satisfatoriamente aos anseios da massa de jurisdicionados.

O que se quer dizer, é que os conflitos da sociedade de massas são plurais, coletivos, envolvem interesses supra individuais, e demandas soluções céleres, sob pena de esfacelamento da ordem jurisdicional. Ademais, o advento de uma nova ordem constitucional, em 1988, incidiu diretamente em todo o ordenamento jurídico brasileiro, e, portanto, também no processo civil. É certo que a atividade jurisdicional hoje, não pode realizar-se dissociada dos princípios constitucionais, dentre eles a dignidade humana e acesso à Justiça.

Assim, é certo que o próprio direito processual tradicional deve se reciclar, a exemplo do que vem sendo feito pelo direito civil, a fim de ganhar fôlego para enfrentar o próximo milênio, em que uma sociedade de massa, cada vez mais globalizada, recorrerá ao Poder Judiciário deduzindo pretensões coletivas e se extensão social (CÂMARA, 2014, p. 56).

Na doutrina jurídica, cada vez mais ganha espaço a discussão acerca do respeito obrigatório aos precedentes, ou seja, a eficácia vinculante que um determinado julgado deve ter sobre uma lide ulterior. Assim, não é incomum na práxis forense, o operador do Direito deparar-se com uma pluralidade de decisões contrastantes do Poder Judiciário, em lides que possuem inquestionável similitude e por vezes até mesmo identidade de partes. A possibilidade de os julgadores decidirem, conforme as particularidades de cada caso concreto, advêm da constante evolução do Direito Brasileiro rumo ao sistema de cláusulas abertas, de alcance geral, em especial aquelas de natureza principiológica da Constituição da República.

Desse ponto, surge a inegável comparação do sistema jurídico *civil law*, que defende o princípio de que a lei deve conter em si o máximo de detalhes em seu texto, para que haja a precisa subsunção ao caso concreto, com o *common law*, presente em

países como a Inglaterra e os Estados Unidos, e que consagra como fonte do direito a jurisprudência, embora não exclusivamente.

O caminho natural da evolução da legislação processual, que cada vez mais aponta para a direção do respeito aos precedentes, passa pelo estudo do instituto do *stare decisis*, sendo que a busca da experiência e das técnicas que são utilizadas em países de tradição *common law*, ganha importância na medida em que a Constituição e os princípios nela contidos, ocupam, muitas vezes, posição central como fundamento nas decisões prolatadas pelos juízes brasileiros.

STARE DECISIS: SIGNIFICADO E CONCEITO

O instituto do *stare decisis*, presente em países como a Inglaterra e os Estados Unidos, onde o direito se desenvolveu, principalmente sobre o regime costumeiro, revela-se como uma função intrínseca à cultura jurídica desses Estados¹.

Primeiramente, mostra-se essencial destacar que *stare decisis* não se confunde com o próprio *common law*, sendo o primeiro, uma evolução técnica necessária surgida muito tempo após o segundo. Nem mesmo a criação judicial do direito constitui um pressuposto para o *stare decisis* (MARINONI, 2011).

O *stare decisis* defende a ideia de que, o resultado do julgamento de decisões anteriores, notadamente as razões de decidir desse julgado, precisa ser observado como consequência vinculante na apreciação de lides ulteriores, onde os mesmos pontos estiverem sendo debatidos em juízo.

Diante desse conceito, tem-se por conclusão lógica, que o fundamento do instituto do *stare decisis* são os precedentes judiciais, sendo possível afirmar que esses, são conseqüências de uma acumulação de conhecimento pretérito, de casos apreciados pelas cortes, sob a máxima de que o resultado dessa demanda, fora alcançado através do mais alto grau de prudência em sua apreciação.

¹ Sobre o assunto, leia-se MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SOCIEDADE DE MASSAS E JURISDIÇÃO: O PROCESSO CIVIL EM TRANSFORMAÇÃO E O STARE DECISIS

Num contexto histórico, merece destaque o pensamento de se vincular um precedente à um caso posterior da mesma corte – eficácia horizontal – o célebre caso *London Tramways v. London County Council* havido na *House of Lords*, somente no final do século XIX, quando sedimentou-se em definitivo aquele entendimento.

Sobre o tema, oportuno citar o escólio do Professor Luiz Guilherme Marinoni (2011):

o *stare decisis* somente se solidificou na Inglaterra ao final do século XIX, muito tempo depois do aparecimento das doutrinas de Bentham e de Austin. *London Tramways v. London County Council*, decidido em 1898, constituiu o cume de uma evolução em direção à vinculação da *House of Lords* às suas próprias decisões, pois o conceito de *rules of precedente* e a ideia de vinculação (*binding effect*) foram consolidados no período entre 1862 e 1900. De fato, quando neste caso foi clara e objetivamente colocada a questão relativa à possibilidade de a *House* considerar argumento para contrariar as suas decisões, não houve hesitação em se discutir que isto não poderia ocorrer.

O termo *stare decisis* é uma abreviação da frase derivada do latim “*stare decisis et non quieta movere*” que Bruno Periolo Odahara (2010, p.53), traduz como: “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido.” Advém do princípio “*treat like cases alike*”, ou seja, casos iguais devem ser tratados da mesma forma.

Para elucidar o tema, veja-se, ainda, a definição proposta por Bruno Periolo Odahara (2010, p.57):

o *stare decisis*, portanto, mostra-se como “uma forma distinta de restrição por precedente”. Sob a doutrina do *stare decisis*, uma corte deve decidir as questões da mesma forma que ela decidiu no passado, mesmo que os membros da corte tenham mudado, ou ainda que os mesmos membros tenham mudado de ideia.

Sublinhe-se, por oportuno, que o *stare decisis* não provém de regra jurídica positivada, ao contrário, está sedimentado nas raízes culturais dos países de sistema *common law*. Deixar de aplicar um precedente não constitui qualquer sanção formal ao magistrado que aprecia o caso. Contudo, é possível afirmar que sua observância está quase que como uma obrigação moral por parte do julgador.

Iusgentium, v.9, n.6 - 2014 - Edição Extra

A doutrina majoritária subdivide o *stare decisis*, em horizontal e vertical. Essa distinção diz respeito à amplitude pela qual se irradia o efeito vinculante, à saber, no primeiro, em cortes de mesma hierarquia, e no segundo, o respeito ao precedente se dá à partir de um ou vários julgados provenientes de tribunal superior.

Em linhas gerais, ainda, deve-se levar em conta que é possível classificar os precedentes judiciais quanto à extensão da força pela qual eles atingem outros casos.

Nesse passo, tem-se, portanto, os precedentes persuasivos e os precedentes obrigatórios. Um precedente é persuasivo, se o magistrado, quando instigado a segui-lo, o faz, não por estar obrigado a tanto, mas, por estar convencido de sua correção, enquanto que, um precedente obrigatório é aquele no qual o julgador se vincula, ainda que o considere incorreto, ou, até mesmo irracional (SOUZA, 2006).

Assim, conclui-se que todos os precedentes são dotados de autoridade, e estão presentes, não apenas nos países de tradição *common law*, mas sim, em qualquer sistema jurídico. A diferença reside na forma pela qual o precedente é aplicado, especialmente quanto a força gravitacional capaz de atrair os casos semelhantes, conforme o resultado do julgamento *primevo*.

Na sequência, serão tratados alguns dos principais institutos inerentes à mecânica do *stare decisis*, e que tornarão mais didática a tarefa de compreensão do tema proposto.

RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM

Ao se aprofundar no estudo funcional dos precedentes vinculantes, surgem algumas questões relevantes: qual a extensão material do julgado anterior é capaz de irradiar seus efeitos para atingir o posterior? Ou, ainda, qual o critério que o magistrado utilizará para comparar os casos postos à sua apreciação, e chegar a conclusão que as razões de decidir da lide pretérita, podem surtir efeitos na demanda que está atualmente sob seu julgamento? Como identificar um caso análogo e que gerará força gravitacional sobre o outro e, uma vez realizada tal tarefa, como isolar a parte dessa decisão que efetivamente aproveitará ao resultado da outra?

A resposta dessas questões, sob a ótica do *stare decisis*, encontra-se em institutos basilares desse sistema, à saber, os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Não se olvide que trata-se de questão complexa - e muito debatida pela doutrina dos países que adotam o *stare decisis* -, o método pelo qual se diferencia com exatidão o que é *ratio decidendi*, (razão de decidir) num julgado, daquilo que é *obiter dictum*. (elemento não constitutivo para o exercício de raciocínio usado na resolução do conflito).

A *ratio decidendi* pode ser definida como a tese jurídica ou a exegese da norma que fora utilizada na decisão, sendo que, não se confunde, num primeiro momento, com a fundamentação do julgado (MARINONI, 2011).

Trata-se, portanto, num panorama geral, da norma usada pelo julgador para firmar a decisão do caso, mas não apenas isso, é também a correspondência com a questão fática pela qual se chegou a solução da lide (ABBOUD, STRECK, 2013).

Logo, o fragmento extraído do conceito de precedente vinculante, e que efetivamente serve como base para a aproximação e, conseqüentemente, como resultado do julgamento do caso posterior, é justamente a *ratio decidendi*.

A fim de elucidar o tema, confira-se o precioso escólio extraído da brilhante obra escrita pelo Professor Luiz Guilherme Marinoni (2011):

a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no common law, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é "algo mais". E isso simplesmente porque, na decisão do common law, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes - e, assim, não importa apenas a coisa julgada material -, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados.

Existem diversos métodos elencados na doutrina inglesa e norte-americana, que buscam melhor explicar a forma pela qual se extrairá a *ratio decidendi* de um dado caso.

Sem tratar de cada um deles, cumpre salientar que o ponto convergente entre todos os métodos, é no sentido de que a *ratio* é o essencial, o fundamental, o passo necessário que levou o magistrado a adotar determinada tese jurídica, quer seja pela análise dos fatos (método Goodhart), quer seja pela técnica onde se simula a inversão da proposição jurídica utilizada para fundamentar o caso e, feito isso, em havendo uma mudança da conclusão final, a tese experimentada é, portanto, determinante. (método Wambaugh).

Como retro mencionado, o insigne professor Marinoni (2011), defende com acerto, a ideia de que *ratio decidendi*, não se confunde com a parte dispositiva do julgado, irradiando aquele, seus efeitos para muito além da eficácia inter-partes. Portanto, numa cotejo com o direito processual brasileiro, não feriria o disposto no inciso I, do artigo 469 do Código de Processo Civil e, como consequência, também não haveria que se misturar com instituto da coisa julgada.

Desta feita, a *ratio decidendi*, ou seja, o raciocínio que o julgador utilizou para se chegar a determinada conclusão e embasar determinado conceito, torna-se, logicamente, uma espécie de "norma geral", que deve servir de parâmetro para os casos consequentes, sendo que, os limites subjetivos da parte dispositiva do *decisum*, permanecem definidos e surtindo seus efeitos apenas inter-partes, como norma individual decorrente da ação apreciada. (BRAGA, DIDIER JUNIOR, OLIVEIRA, 2013).

Distintamente de *ratio decidendi*, aquilo que não se mostra como passo fundamental à resolução do caso, é, em geral considerado como *obiter dictum*, ou seja, não se reveste de poder vinculante capaz de ser invocado para o julgamento de lides posteriores.

Em obra de raro brilho, o professor Marcelo Alves Dias de Souza (2006), traz relevante conceito do tema ora estudado:

quanto à precisão terminológica, diz-se que *dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento do precedente, que, apesar de não ser *ratio decidendi*, tem considerável relação com a matéria do caso julgado e maior poder de persuasão. Em comparação, *obiter dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso e pouquíssimo persuasiva.

Deste modo, *obiter dictum* não irradia efeito vinculante, sendo algo caracterizado como mero suporte, ainda que não essencial, do conteúdo principal, que, porém, pode se prestar como aspecto acessório do teor sentenciante.

Não é possível elencar todos os exemplos do que pode ser considerado como *obiter dictum* numa decisão judicial, contudo, Celso de Albuquerque Silva (2005, p.185) ressalta que "o exemplo mais visível de utilização de um *dictum* é quando o tribunal de forma gratuita sugere como resolveria uma questão conexa ou relacionada com a questão dos autos, mas que no momento não está resolvendo".

Embora muitas sejam as variantes da matéria ora em comento, deve-se destacar, para compreensão da mecânica do *stare decisis*, que os vetores do instituto, tanto no concernente à definição da matéria que será afeta à constituir um precedente vinculante, quanto à atividade que o magistrado exercerá para identificar as similitudes dos casos confrontados, passam necessariamente pela exata configuração do que é *ratio decidendi* e *obiter dictum* no caso julgado.

DISTINGUISHING

O *distinguishing* é uma das ferramentas mais importantes na prática do *stare decisis*. Trata-se da técnica pela qual o magistrado, por meio de critérios, analisa o caso que está atualmente sob sua apreciação, com a *ratio decidendi* de um precedente, a fim de se chegar a uma conclusão acerca da proximidade, ou não, entre eles. Em sendo tal similitude comprovada, é possível se falar em precedente vinculante. Evidentemente que tal tarefa não é ato discricionário por parte do julgador, pois, se assim o fosse, seria possível que o magistrado, livremente afastasse o entendimento antes esposado pelo tribunal, por exemplo, com o objetivo de aplicar seu próprio.

Veja-se a definição do professor Luiz Guilherme Marioni (2010) sobre o tema:

o *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente. Como a *ratio* espelha o precedente que deriva do caso, trata-se de opor o caso sob julgamento à *ratio* do precedente decorrente do primeiro caso.

Assim, para se estabelecer os critérios de conexão entre os julgados, tem-se que, necessariamente, é preciso ao julgador passar pelo fatos do caso, buscar suas similitudes e efetivar um exercício de lógica sistêmica, tudo dentro de um pressuposto de razoabilidade.

Evidentemente nem todos os casos serão rigorosamente idênticos. Por isso cabe ao juiz perceber com sensibilidade e técnica jurídica, sem margens para uma discricionariedade arbitrária, se o caso precedente é, ou não, essencialmente apto a produzir efeitos vinculantes.

Acerca do *distinguishing*, Didier Junior, Braga e Oliveira (2013), de maneira didática, asseveram:

notando, pois, o magistrado que há *distinção* (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*). (grifos originais dos autores).

O *distinguishing* é sem dúvida, ponto-chave no funcionamento do *stare decisis*, mormente devido sua presença na análise de todos os julgados em que se invoca um precedente como direito aplicável à espécie.

Embora tal instituto seja muito próximo ao raciocínio subsuntivo que o magistrado brasileiro efetua ao buscar a norma que resolverá o conflito, desse diferencia-se o *distinguishing* ao necessitar da imprescindível análise acurada dos fatos, que naturalmente são muito mais detalhados em cada caso julgado.

Ademais, outro elemento importante dessa técnica, reside na parte em que o julgador, ao exercer juízo diante do precedente invocado, deve obrigatoriamente fundamentar os motivos que o levaram a atrair ou afastar a incidência da *ratio* pretérita.

OVERRULING

Talvez o ponto nevrálgico da crítica que normalmente é dirigida à doutrina e aplicação dos precedentes vinculantes, esteja no chamado "engessamento da atividade judicial" que lhe é atribuído. Parte da doutrina adpta à esse pensamento, alega que, uma vez que o magistrado - em especial o de primeiro grau de jurisdição - deva, necessariamente, se vincular ao entendimento dos tribunais superiores sobre a aplicação de determinada norma, ficaria ele com as "mãos atadas" na atividade de adequar o direito às particularidades do caso concreto, prejudicando, assim, o livre convencimento do juiz, que está mais próximo dos fatos que se lhe apresentam.

Além disso, teria o magistrado singular, muito mais percepção acerca da realidade social em que está inserido, e, seria, portanto, sua liberdade em adotar determinada interpretação de uma norma, desejável, sob o ponto de vista dos costumes regionalmente considerados.

Some-se à tudo o que foi exposto, uma rápida evolução pela qual a sociedade passa, sobretudo no campo da tecnologia e da economia, demandando também, que o direito avance com a mesma dinâmica. Nesse contexto, segundo alguns, o *stare decisis*, seria, incompatível com a celeridade imposta pelo ritmo do crescimento globalizado.

Conquanto tais críticas sejam pertinentes e razoáveis, não se pode afastar que essas mesmas circunstâncias sempre estiveram presentes nos países que se desenvolveram sobre o sistema *common law*. Por isso a lógica do *stare decisis* não é alheia desenvolvimento do campo jurídico.

Nesse contexto, é possível afirmar-se que um precedente, uma vez consolidado, não é imutável, ou seja, mesmo que sua finalidade seja dar segurança e efetividade à

justiça por meio de uma certa "rigidez", não significa dizer que ele se reveste de caráter perpétuo.

O principal mecanismo inserto nesse sistema é denominado de *overruling*, que, numa tradução livre pode ser considerado como "a revogação de um precedente".

Sublinhe-se que, como mencionado alhures, um precedente deve, em princípio, ser hígido e exarar seus efeitos com a consistência necessária para se efetivar a segurança jurídica que dele se espera. Portanto, partindo dessa premissa, conclui-se que a possibilidade de revogação de um precedente é rígida e necessita de circunstâncias suficientemente relevantes para tanto.

Consoante ao tema, Marcelo Alves Dias de Souza (2006) afirma:

avaliar a conveniência de revogar um precedente não é tarefa fácil. Várias questões devem ser sopesadas, sobretudo porque tal atitude implica uma forte contestação aos fundamentos do sistema do *binding precedent*. A incorreção, injustiça e inconveniência do precedente devem ser claramente constatadas como também avaliado o "prejuízo" para a estabilidade e predicabilidade do sistema, que, sem dúvida, provoca, em maior ou menor grau, qualquer alteração do direito. (grifos do autor).

Por ocasião de um precedente revogado, tem-se que os efeitos do novo entendimento esposado pelo tribunal pode se operar de duas maneiras no tocante ao aspecto temporal: se o alcance do novo precedente atingir os fatos pretéritos (eficácia *extinctio*) denomina-se a técnica de *retrospective overruling*; se, ao contrário, seus efeitos forem apenas remetidos para os casos ulteriores (eficácia *ex nunc*) é possível de se falar em *prospective overruling* (BRAGA; DIDER JUNIOR; OLIVEIRA, 2013, p. 457).

Nessa perspectiva, também interessante notar que a revogação de um precedente, normalmente não se opera de maneira repentina, o que causaria total insegurança jurídica. A sistemática do *stare decisis* é sustentada por técnicas que permitem aos jurisdicionados - e aos operadores do direito - possuírem conhecimento de quando a corte está para mudar seu entendimento sobre determinado tema jurídico. É assim que se opera a técnica denominada *technique of signaling*, quando, "o tribunal não

ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não deve mais subsistir, mas, em virtude da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, preferindo apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação" (MARINONI, 2011, p.336).

CONSIDERAÇÕES SOBRE O STARE DECISIS NO BRASIL: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

É frequente o aumento da edição de enunciados e súmulas nos tribunais brasileiros. Esse fato evidencia que o sistema jurídico pátrio, tem de forma admirável se curvado a doutrina de respeito aos precedentes. Malgrado as inúmeras críticas que o sistema de precedentes vinculantes sofre, é inegável que o caminho pelo qual nosso sistema judicial passa hoje, é aquele em que cabe ao juiz, não mais ser apenas "ventríloquo do lei", mas, contudo, ser agente do estado efetivamente investido na concretização do direito.

A legislação do Brasil, embora traga várias normas que visem dar força aos precedentes, não possui similitude plena com o *stare decisis*, até porque esse, como dito, provém muito mais de uma construção lógica e moral dos países onde ele nasceu, do que propriamente da lei.

Entretanto, não se olvide que a Constituição da República deixou de tratar do tema da uniformização jurisprudencial. É o que se pode extrair da organização judiciária prevista pela Carta Magna que atribui aos tribunais superiores a missão de uniformizar o entendimento do direito escrito. Nesse sentido, Marinoni (2011, p. 138) assevera:

a falta de explicitação legal de precedentes vinculantes pode ser vista como autêntica falta de tutela de segurança jurídica, verdadeira omissão do legislador. Ainda assim, o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as **normas constitucionais** que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para **dar origem a um sistema de precedentes vinculantes**.

Deste modo, indiscutível que cabe aos tribunais superiores guardar a correta interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional. Portanto, não se pode mais defender a ultrapassada ideia de que cada magistrado, em cada lugar do país, com fundamento no princípio do livre convencimento, possui ampla liberdade para aplicar o direito sem observar as cortes que lhe são superiores. Aliás, diga-se de passagem, por vezes os próprios tribunais superiores em seus órgãos fracionários, discordam sobre a aplicação de determinada norma, o que, parece inaceitável do ponto de vista da segurança jurídica.

O atual texto do Código de Processo Civil que data de 1973, já passou por várias mudanças para acompanhar as necessidades que a evolução do direito impõe. Contudo, à muito se discute na comunidade jurídica e no Poder Legislativo sobre a necessidade da edição de um novo diploma processual que substitua integralmente o texto atual.

Desse modo, no ano de 2010 o Senado aprovou o texto contido no Projeto de Lei nº. 166/2010 com a proposta do Novo Código de Processo Civil, que traz em seu escopo várias mudanças em relação a legislação ora vigente.

Muito do que se encontra consubstanciado na proposta da nova lei, está diretamente vinculado a ideia de uniformização de jurisprudência e respeito aos precedentes. A exposição de motivos do anteprojeto traz de maneira clara a intenção de se aproveitar institutos provenientes do sistema *common law*.

No referido texto, dispõe em nota preambular o Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão de Juristas Encarregada da Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: (BRASIL, 2010).

mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da civil law e da common law, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo .

Dito de outro modo, resta cristalino que de forma coerente e despida de preconceitos, o Legislador, ao projetar o novo diploma processual, abriu-se a aceitar o

Iusgentium, v.9, n.6 - 2014 - Edição Extra

estudo e a aplicação das práticas que alcançaram êxito nos países de sistema *common law*.

Já no corpo do texto da exposição de motivos, é possível notar a preocupação em aperfeiçoar as técnicas de uniformização de jurisprudência:

por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. (...) Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável (BRASIL, 2010).

Revela-se, portanto, inequívoca a afirmação de que é função essencial dos tribunais superiores garantirem a estabilidade do sistema. Por óbvio, é indiscutível que os operadores do direito, no exercício de suas atribuições, pautam-se pelas decisões emanadas dessas Cortes. Desse modo, caminha a lei em busca da uniformidade do sistema. O Novo Código de Processo Civil corrobora tal tese.

Destarte, é de se prestigiar que o Legislador, ao expor as razões que fundamentaram a criação do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, não ignorou que outros sistemas jurídicos, mormente o *common law*, possuem notórios mecanismos que transmitem coerência à aplicação do direito.

CONCLUSÃO

Não se pode negar que a dinâmica jurídica brasileira, mormente o direito processual, tem passado nos últimos anos por significativas mudanças em seu vértice estrutural. Assim é, pois, a experiência acumulada pelos operadores do direito na práxis forense, que por sua vez reflete na doutrina, levou à criação de novas normas que buscam atender os anseios da comunidade jurídica. O direito não é estanque, pelo contrário, como a própria sociedade encontra-se em contínua marcha de evolução, assim também o ordenamento jurídico precisa responder, ou espelhar, a necessidade do conjunto de transformações da vida em sociedade.

Evidentemente que as modificações que determinado pensamento jurídico sofre, não podem resultar em insegurança jurídica para os jurisdicionados. Essas mudanças, ainda que necessárias, devem ser garantidas por um mínimo de estabilidade e pautadas nos princípios basilares do sistema, visto assim como um todo.

Desse modo, a disciplina processual brasileira não ficou inerte aos avanços havidos no cotidiano jurídico. Aliás, por oportuno, impende salientar que esta área, tanto em seu aspecto prático quanto no campo da pesquisa, é uma das mais ricas na dinâmica do direito pátrio. Desses avanços pelo qual o processo tem naturalmente passado, um deles merece destaque, que é a força que os precedentes exercem nos julgadores.

Pelo exposto, é possível se concluir que o caminho no sentido do respeito aos precedentes é consequência lógica. Muito já se avançou nesse aspecto e muito ainda há que se debater e construir. A proposta está "em pauta" e cada passo nessa jornada converge para a evolução do direito processual brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz; **O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; **Curso de Processo Civil**, volume 2: Processo de Conhecimento. 9ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALVIM, Arruda: Notas Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenadora). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais nº. 191, p. 317-318, jan. 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil La na sociedade contemporânea**. 2011, 264 f. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização, as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 25.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; **Curso de Direito Processual Civil**, volume 2. 8ª. Edição. Salvador: JusPodium, 2013.

BRASIL. Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm#art557>. Acesso em: 30 jul. 2013.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11277.htm>. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. Lei n.º 11.672, de 08 de maio de 2008. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm#art1>. Acesso em: 08 ago. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf> >. Acesso em: 01 out. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010. Brasília : Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1118247&filename=SBT+6+PL602505+%3D%3E+PL+6025/2005>. Acesso em: 02 out. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella; **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil 1**, 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Flávia Lages; **História do Direito Geral e Brasil**, 5ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COSTA, Judith Martins; **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DAVID, René; **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DIDIER JUNIOR, Fredie; **Curso de Direito Processual Civil**, volume 1. Salvador: JusPodium, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; **Curso de Direito Processual Civil**, volume 3. 11ª. Edição. Salvador: JusPodium, 2013.

DINAMARCO, Candido Rangel; **Instituições de Direito Processual Civil**, volume 1. 5ª. Edição. São Paulo, Malheiros, 2005.

SOCIEDADE DE MASSAS E JURISDIÇÃO: O PROCESSO CIVIL EM TRANSFORMAÇÃO E O STARE DECISIS

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares: Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenador). **A Força dos Precedentes**, Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: JusPodium, 2010.

GILISSEN, John; **Introdução Histórica ao Direito**, 4ª. Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

HESPANHA, António Manuel; **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel; **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Mem Martins – Portugal: Publicações Europa-América, Lda, 1997.

KELSEN, Hans; **Teoria Pura do Direito**: Tradução MACHADO, João Batista. 7ª. Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; **A Força dos Precedentes**: Estudo dos Casos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: JusPodium, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; **Precedentes Obrigatórios**, 2ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 542 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; **Teoria Geral do Processo**, 6ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 524 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Walter Vieira; **Lições de História do Direito**, 15ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade; **Código de Processo Civil Comentado**, 11ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A Proteção Constitucional do Consumidor**. 6ª Edição, Revista, atualizada e ampliada, Atlas: São Paulo, 2010, p. 48.

ODAHARA, Bruno Periolo: Um Rápido Olhar Sobre o Stare Decisis. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenador). **A Força dos Precedentes**, Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: JusPodium, 2010.

PAGANINI, Juliano Marcondes: A Segurança Jurídica nos Sistemas Codificados a Partir de Cláusulas Gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenador). **A Força dos Precedentes**, Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: JusPodium, 2010.

REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, 27ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Celso de Albuquerque; **Do Efeito Vinculante: sua legitimação e Aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da; **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A Construção do Direito do Consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de; **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto; **Curso de Direito Processual Civil**, volume 1. 44ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIOLIN, Jordão; Julgamento Monocrático pelo Relator. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenador). **A Força dos Precedentes**, Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: JusPodium, 2010.