

**A UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS UNIFORMIZADORES DO *COMMON LAW* NA EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO.**

**THE USE OF THE COMMON LAW OFFICES UNIFORMIZADORES EFFECTIVE ON THE PRINCIPLES OF SAFETY AND LEGAL EQUALITY BRAZILIAN LAW.**

Hélio Silvio Ourém Campos\*

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar o processo histórico das duas famílias jurídicas, o *common law* e o *civil law*, demonstrando seus contextos históricos e os princípios que basearam seus distintos desenvolvimentos. Entretanto, ultimamente, o dogma da supremacia da lei do *civil law* vem abrindo espaço para o novo papel do juiz, fazendo com que institutos do *common law* possam ser recepcionados pelos países de tradição positivista. Neste novo momento em que vivemos do constitucionalismo, das cláusulas gerais e Direito social, existe um grande campo de convergência entre os dois sistemas jurídicos. Institutos trazidos do *common law* podem e devem ser utilizados pelos países de tradição civilista para a uniformização das decisões. Neste cenário o uso da teoria da transcendência dos motivos determinantes pelo STF, em sede de controle de constitucionalidade, solidifica o entendimento da importância da vinculação não apenas da parte dispositiva mas também dos fundamentos que motivam a decisão, efetivando assim os princípios constitucionais da segurança jurídica e isonomia nas decisões.

---

\* Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Juiz Federal. Professor Titular da Universidade Católica do Estado de Pernambuco. Ex-Procurador Judicial do Município do Recife. Ex-Procurador do Estado de Pernambuco. Ex-Procurador Federal. [www.ourem.cjb.net](http://www.ourem.cjb.net)

**PALAVRAS-CHAVES:** *Civil Law. Common law.* Convergência dos sistemas jurídicos. Teoria da transcendência dos motivos determinantes. Uniformização das decisões.

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the historical process of the two legal families, the common law and civil law, demonstrating their historical contexts and principles based on their different developments. However, lately the dogma of the supremacy of the law of civil law has opened space for the new role of the judge, making institutes of common law countries may be approved by the positivist tradition. In this new era we live in constitutionalism, of social clauses and general law, there is a large field of convergence between the two legal systems. Institutes brought the common law can and should be used by countries to the civilian tradition uniformity of decisions. In this scenario the use of the theory of the transcendence of the motives for the Supreme Court in place of judicial review, solidifies the understanding of the importance of not only binding but also the operative part of the fundamentals that drive the decision, thus effecting the constitutional principles of legal certainty and equality in decision making.

**KEYWORDS:** Civil Law. Common Law. Convergence of legal systems. Theory of the reasons for such transcendence. Uniformity of decisions.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O *COMMON LAW*. 1.1 As teorias declaratórias e constitutivas. 1.2 *Common law e stare decisis*. 1.3 Supremacia do parlamento na Inglaterra. 1.4 A segurança jurídica nos precedentes. 2 O *CIVIL LAW*. 2.1 A formação do *Civil Law*. 2.2 O juiz como *bouche de la loi*. 2.3 A supremacia do Parlamento na França. 2.4 O texto da lei como gerador de segurança jurídica. 3 TENDÊNCIA DE CONVERGÊNCIA ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS. 3.1 O constitucionalismo. 3.2 Cláusulas gerais e con-

ceitos indeterminados. 3.3 Individualismo do juiz. 3.4 A certeza jurídica. 4. OS INSTITUTOS DE UNIFORMIZAÇÃO DO COMMON LAW. 4.1 Precedente judicial. 4.2 *Ratio decidendi*. 4.3 *Obiter dictum*. 4.4 Técnicas do *common law*: *distinguishing*, *overruling*, *overriding* e *per incuriam*. 4.4.1 *Distinguishing*. 4.4.2 *Overruling*, *overriding* e *per incuriam*. 5 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NAS DECISÕES DO STF: A UTILIZAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. 5.1 Controle constitucional concentrado ou abstrato. 5.2 Controle constitucional difuso ou concreto. 5.3 Transcendência dos motivos determinantes: efeito vinculante da *ratio decidendi*. 5.4 A reclamação. 5.5 Jurisprudências sobre o assunto. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O Grupo de Pesquisa que desenvolvo, junto ao CNPQ, vem dando origem a uma série de artigos e livros que procuram a coesão entre os cursos de graduação e de mestrado onde leciono. O artigo a seguir faz parte desta iniciativa que procura fazer de estudos e investigações científicas algo, ao mesmo tempo, desafiador e construtivo de uma reflexão o mais possível madura sobre temas processuais e tributários, dando a um ou a outro prioridade, conforme o objeto da análise.

Na primeira parte deste trabalho, faz-se um estudo das duas famílias do Direito que formaram a história social do homem ocidental, são elas: o *civil law* e o *common law*.

O *civil law* foi adotado pela grande maioria dos países ocidentais e nasceu da tradição do Direito da Europa continental, tendo como seus grandes expoentes a França e a Alemanha e fundamentou sua teoria no direito positivado. Por outro lado, o *common*

*law* teve sua origem na Inglaterra onde se desenvolveu e se estendeu por vários países que foram colonizados pelos ingleses. O *common law* baseou sua teoria no direito consuetudinário e nos precedentes judiciais. Portanto, fica claro que existem, entre as duas famílias, particularidades que as levaram a trilhar caminhos distintos em seus desenvolvimentos.

O *civil Law*, por ter sido produzido após uma ruptura histórica, fruto da revolução francesa, ocasionou uma grande desconfiança do papel do judiciário na sociedade. Este problema foi originado pelo fato dos juízes pertencerem à aristocracia feudal e não terem compromissos com os ideais revolucionários. Como consequência dessa desconfiança, optou-se por utilizar o texto de lei como solução para a segurança jurídica, decorrendo daí os dogmas da supremacia da lei e da impossibilidade de interpretá-la pelo juiz.

Já o *common law* surgiu de forma diversa. O seu processo de desenvolvimento histórico ocorreu de forma constante e sem qualquer ruptura na ordem jurídica. Diferentemente do ocorrido na França, os ingleses não tiveram qualquer motivo para desconfiar de seus magistrados, pois eles não estavam engajados em defender o rei e o absolutismo. O contexto do *common law* ocorreu de forma inteiramente diferente ao *civil law*, pois a formação e desenvolvimento do sistema jurídico foi realizado com a participação e confiança dos juízes. Além disso, a base do direito foi formado através dos precedentes judiciais. Os juízes, desde o início, interpretavam os casos concretos, e, a partir deles, extraíam a tese jurídica que servia de parâmetro decisório para os demais casos análogos. A segurança jurídica estava estabelecida no sistema de precedentes judiciais.

Durante muito tempo foi imaginado que as famílias jurídicas funcionavam de forma autônoma. Os países de tradição do *civil law* não poderiam utilizar institutos do *common law* e vice-versa. Todavia, ao longo do tempo, vários fatores levaram à aproximação de suas ideias. Entre eles, pode-se destacar: o constitucionalismo, as cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados e o Estado Social.

Na segunda parte do trabalho, após apresentado o contexto histórico das famílias do Direito e os motivos de sua aproximação,

serão estudados os principais institutos do *common law*, suas definições, características e utilizações práticas.

Na última parte do trabalho, será analisada a utilização da ‘ratio decidendi’ (instituto jurídico de uniformização do *common law*) pelo STF em sede de controle de constitucionalidade. Por meio da adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, o STF utilizou, em algumas decisões, o instituto do *common law* com o objetivo de auferir uma maior uniformização jurisprudencial e assim buscar a efetivação dos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

## **1 O COMMON LAW**

### **1.1 As teorias declaratórias e constitutivas**

Durante o caminho evolutivo do sistema do *common law* houve um grande embate sobre qual seria a real função da jurisdição, desenvolvendo-se assim novas teorias a respeito do tema. O ponto chave da questão era esclarecer se o magistrado, ao proferir uma decisão judicial, estava apenas declarando um direito existente ou se estava criando um novo direito. Para os defensores da teoria declaratória da jurisdição, tendo como um dos seus principais expoentes William Blackstone, o *common law* se refletia e se desenvolvia sobre o ponto de vista dos costumes gerais e particulares do *Englishmen*. Portanto, a decisão judicial nada mais era do que uma declaração de um direito do *common law*, ou seja, dos costumes sociais da época. Além disso, a decisão judicial também era baseada em precedente judicial anterior, que também espelhava o *common law*. Desta maneira, estando o juiz limitado a declarar o direito estipulado nos precedentes, e também apenas exercendo a função declaratória de jurisdição, sem qualquer autoridade de criar um novo direito (MARINONI, 2010, p. 24-25).

Por outro lado, pensadores como Jeremy Bentham e John Austin negavam a teoria declaratória de maneira contundente, afirmando que os juízes não poderiam ter uma posição tão ingênua a este respeito. Eles questionavam se o *common law* poderia ter sido criado de maneira milagrosa, existente desde sempre e para a eternidade, meramente declarado de tempos em tempos pelos juízes. Para a teoria positivista, o *common law* não poderia ter sido

criado e desenvolvido sem a participação criativa dos magistrados, pois eles possuíam *law-making authority*. Nesta concepção, o *common law* era criado e desenvolvido como produto da vontade dos juízes (MARINONI, 2010, p. 25-26).

A base da disputa doutrinária entre as duas teorias era para determinar se o juiz tinha autoridade de criar ou apenas de declarar o direito. Todavia, o que mais importa nesta fase é conhecer o motivo pelo qual o *common law* permitiu a participação ativa do juiz no processo jurisdicional, ao contrário do *civil law*. Vale a pena salientar que o mais importante aqui não é definir qual das teorias estava certa, mas sim demonstrar a participação ativa dos juízes no desenvolvimento do *common law* e o respeito aos precedentes. E independentemente da consideração se o juiz declara ou cria o direito, ambas as teorias se adaptaram a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes (MARINONI, 2010, p. 27-33).

### **1.2 Common law e stare decisis**

Denomina-se de *Common Law*, de acordo com Mello (1994, p. 54), ao “Direito consuetudinário, não escrito ou costumeiro (em oposição ao direito legislado)”, sendo este, assim complementa, “o antigo direito nacional inglês que nasceu e se desenvolveu na Inglaterra, estendendo-se aos demais povos do tronco anglo-saxão e cuja eficácia deriva de usos e costumes imemoriais”. Reale (1994, p. 89) o conceitua como “a experiência jurídica da Inglaterra”, tendo como principal característica “não ser um direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais”.

O termo *common law*, nos dias de hoje, adquiriu um sentido bem mais amplo, pois estabeleceu-se como uma organização jurídica que envolve várias sociedades no mundo. O sistema produzido pelos ingleses baseou profundamente o Direito construído principalmente nos Estados Unidos da América, entre outros países que foram colonizados pela Inglaterra.

*Stare decisis* é uma expressão que significa “ficar com as coisas decididas”, utilizada no direito para se referir à doutrina segundo a qual as decisões realizadas por um órgão judicial criam e vinculam outras decisões que serão produzidas no futuro. Portan-

to, não se pode confundir *common law* com *stare decisis*, pois aquele é entendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen* e existiu por vários séculos sem o *stare decisis*. O *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, e que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais. Todavia, mesmo sendo correto afirmar que o *stare decisis* não foi condição essencial para existência do *common law*, não há como negar sua importância para seu desenvolvimento hodierno, nem tampouco esquecer que os precedentes – ao lado dos costumes e da lei – constituem fontes do direito neste sistema (MARINONI, 2010, p. 33-35).

### 1.3 Supremacia do parlamento na Inglaterra

A evolução histórica do Direito inglês aconteceu de forma singular, pois não houve rupturas de ordem jurídica decorrentes de revoluções como em outros países. Nesta evolução, o juiz inglês teve um papel de protagonista na consolidação do *common law*. Tal papel cunhou a expressão *judge make law*. Apesar desta expressão, o poder do juiz era o de afirmar o *common law*. O poder do *common law* sobrepunha-se ao Legislativo, que, por isto, deveria atuar de modo a complementá-lo (MARINONI, 2009, p. 184).

O juiz inglês sempre esteve ao lado do parlamento na luta contra o absolutismo, na luta aos direitos e às liberdades da sociedade. Por isso, alguns autores afirmam que os poderes atuaram de forma tão conjunta que chegavam na realidade a se confundir (MARINONI, 2009, p. 184).

A Inglaterra teve uma revolução correspondente à Revolução Francesa no ano de 1688. Ela foi chamada de Revolução Gloriosa. Todavia, diferentemente da francesa, ela não teve o objetivo de produzir uma quebra da ordem jurídica, porque nunca houve o objetivo de retirar poderes dos juizes e sujeitá-los ao Poder Legislativo. O seu propósito foi de fortalecer o *common law* e assim ter uma arma poderosa contra a nobreza. Ao mesmo tempo, este fortalecimento ofereceu condições ao Poder Judiciário de controlar os atos legislativos, já que o parlamento também estava submetido ao *common law* (MARINONI, 2009, p. 192).

O Princípio da Supremacia do Parlamento inglês teve o papel totalmente diverso do ocorrido na França em virtude da Revolução Francesa. Na Inglaterra havia o sentido de determinar a supremacia do *common law* sobre a monarquia e não simplesmente a supremacia absoluta do legislativo e da lei. Tanto foi assim que os juízes podiam fazer o controle dos atos legislativos que não estivessem de acordo com o *common law*. O parlamento e o judiciário de forma conjunta, historicamente, lutaram em favor das liberdades civis contra a opressão do absolutismo. Nestas circunstâncias pode-se destacar o *Bill of Rights* (Declaração de direitos dos cidadãos), uma declaração histórica à qual o nobre Guilherme de Orange, para subir ao trono da Inglaterra, precisou submeter-se (MARINONI, 2009, p. 193-195).

#### **1.4 A segurança jurídica nos precedentes**

Na Inglaterra, a jurisprudência é a alma de seu sistema jurídico do *common law*, deixando a lei como uma fonte secundária. O *common law* foi desenvolvido nos tribunais e a função da jurisprudência não foi apenas de aplicar o direito, mas também de destacar a regra do direito. Essas regras jurídicas foram estabelecidas nas *ratio decidendi* dos julgados, as quais deveriam ser seguidas nos julgados seguintes a fim de proteger a “certeza jurídica”. Na Inglaterra, não existe Constituição codificada. O que é chamado de Constituição por eles é o conjunto de regras de origem legislativa ou jurisprudenciais que garantem as liberdades fundamentais e limitam o arbítrio das autoridades (DAVID, 2002, p. 433).

Este sistema jurisprudencial é marcado por uma relação entre o respeito pelos precedentes judiciais (*stare decisis*) e pelas regras jurídicas estabelecidas pelos juízes na *ratio decidendi*. Desta maneira, tem-se a base do sistema inglês do *common law* alicerçado na vinculação aos precedentes judiciais das decisões dos tribunais superiores. No *common law* inglês, é importante observar que os precedentes obrigatórios são as decisões proferidas pelos tribunais superiores. As decisões decorrentes de outros tribunais não têm um valor vinculante, entretanto podem ter um valor persuasivo (DAVID, 2002, p. 429).

Os dois sistemas jurídicos, o *common law* e o *civil law*, perceberam que as normas jurídicas poderiam ser interpretadas de mais

de uma maneira pelos juízes. Entretanto, cada um deles procurou alcançar a segurança jurídica de formas distintas. O *civil law* construiu a ideia de que o juiz deve apenas extrair a vontade da lei, não permitindo qualquer interpretação diferente da vontade do legislador e permanecendo preso à ideia de garantir a segurança jurídica no texto da lei. Já o *common law* atribuiu ao magistrado a função de criador do direito, buscando a segurança jurídica por meio dos precedentes judiciais (MARINONI, 2009, p. 206)

## **2 O CIVIL LAW**

### **2.1 A formação do Civil Law**

Para um melhor entendimento do surgimento e desenvolvimento do *civil law*, é importante analisar-se os aspectos históricos de sua formação dentro do contexto social, econômico e jurídico da França, o país que melhor representa esta família do Direito. A tradição jurídica francesa do *civil law* nasceu de circunstâncias políticas e culturais bastante distintas das ocorridas na Inglaterra. No período pré-revolucionário, a França continuava com uma estrutura econômica que privilegiava o absolutismo monárquico em detrimento da burguesia comercial. Esta manutenção da situação social era conseguida por meio de uma ordem jurídica que protegia a nobreza em detrimento da burguesia comercial (MARINONI, 2009, p. 176).

Segundo a visão de Merryman (1989, p. 40-41), os juízes franceses foram um dos alvos da Revolução Francesa porque constituíam um grupo aristocrático que apoiava os nobres contra as demais classes sociais da época. Frequentemente os juízes produziam decisões que frustravam as intenções progressistas, interpretando-as de forma a privilegiar apenas a classe dos monarcas. Diante deste cenário, a classe da burguesia fomentou a revolução de 1789, a fim de fazer nascer uma nova ordem econômica e social na França. Além da derrubada do absolutismo, foi necessária a criação de um sistema jurídico completamente novo, onde não houvesse mais os privilégios da nobreza nas interpretações judiciais, trazendo o parlamento ao centro do poder.

Desta maneira, não poderia haver mais o risco da interpretação dos magistrados sobre as normas jurídicas, pois a classe não gozava da confiança da sociedade, já que historicamente sempre

esteve ao lado dos senhores feudais e da monarquia. O direito deveria ser claro e completo, evitando qualquer interferência judicial no seu desenvolvimento e no poder governamental (MERRYMAN, 1989, p. 41-42).

O parlamento tomou para si a exclusividade de criar o direito e deixou para os juízes a função apenas de declarar a lei. Com isso, o período pós-revolucionário tratou de absorver as ideias de Montesquieu em relação à separação dos poderes e impôs uma clara distinção entre legislativo e judiciário. O judiciário deveria se submeter ao parlamento, que seria composto por representantes do povo (MERRYMAN, 1989, p.42).

## **2.2 O juiz como *bouche de la loi***

Os juízes do período pré-revolução francesa tinham vínculos muito fortes e espúrios com a nobreza. Seus cargos, naquela época, eram comprados ou herdados, o que levava ao entendimento de que os magistrados poderiam fazer o que bem entendessem com a função jurisdicional. Os cargos eram usufruídos como bem entendiam, e dessa forma era usual obter vantagens pessoais em seu exercício. Para resolver este problema, Montesquieu entendia que o julgamento por parte do magistrado deveria ser realizado através de uma postura apenas intelectual e cognitiva. Seguem as palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 53-55) sobre o assunto:

Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*). Assim, conferiu-se o poder de criar o direito apenas ao legislativo. A prestação judicial deveria se restringir à mera declaração da lei, deixando-se ao executivo a tarefa de executar as decisões judiciais. Para que se pudesse limitar o poder do juiz à declaração da lei, a legislação deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflitivas. Os códigos deveriam ser claros, coerentes e

completos. O medo do arbítrio judicial, derivado da experiência do Ancien Régime, não apenas exigia a separação entre o poder de criar o direito e o poder de julgar, como também orientava a arquitetura legislativa desejada.

Pode-se perceber que a limitação do poder do juiz a apenas mencionar a literalidade da lei foi uma forma criada para proteger os interesses da burguesia revolucionária. A burguesia não confiava nos magistrados e a solução encontrada para manter o seu poder foi vedar qualquer forma de interpretação normativa.

### **2.3 A Supremacia do Parlamento na França**

De forma bastante diferente do que ocorreu na Inglaterra, na França a supremacia do parlamento sujeitou o magistrado à lei, pois foi vedado aos juízes o papel de interpretador da lei, devido à falta de confiança que a magistratura demonstrava na época. Neste sentido, as palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 49) são bastantes elucidativas:

Como a lei era imprescindível para a realização dos propósitos da Revolução Francesa, e os juízes não mereciam confiança, a supremacia do parlamento foi vista como a sujeição do próprio juiz à lei, proibindo que foi, inclusive, de interpretá-la para não distorcê-la e, assim, frustrar os objetivos do novo regime.

Com a revolução, o parlamento assumiu um poder quase que absoluto, retirando a força do judiciário, pois até a execução das decisões ficaria a cargo de outro poder, o Executivo. Montesquieu afirmava que a decisão do juiz deveria corresponder apenas a um texto da lei, pois de outra forma constituiria uma opinião pessoal do magistrado. Montesquieu, ao produzir a sua tese, onde o magistrado deve sempre estar adstrito à lei, e não devendo interpretá-la, usou de sua experiência pessoal no assunto, pois sua família estava ligada ao exercício da magistratura. Portanto ele tinha um bom conhecimento sobre o exercício da atividade jurisdicional na França. O próprio herdou tal cargo, conservou por uma década e depois o vendeu (MERRYMAN, 1989, p. 40).

Por esta razão, Montesquieu declarou o juiz como a “*bouche de la loi*” (boca da lei), ao afirmar que os magistrados não são mais que o instrumento que declara as sentenças da lei. Neste

mesmo período, ficou determinado aos juízes que, no enfrentamento de uma questão onde estão envolvidos um conflito de normas, uma ausência de lei ou uma obscuridade da mesma, deveriam eles apresentar o problema para o legislativo realizar a “interpretação autorizada” e assim solucionar o conflito (MERRYMAN, 1989, p. 85).

#### **2.4 O texto da lei como gerador de segurança jurídica**

Em decorrência da desconfiança gerada pelos magistrados desde a fase pré-revolução, onde os juízes privilegiavam a nobreza em detrimento das demais classes sociais, a segurança jurídica no texto da lei foi objetivada, evitando-se assim que os juízes interpretassem as normas jurídicas e dessa forma mudassem a real intenção do legislador. Neste sentido, o parlamento, formado pelos representantes do povo, deveria produzir leis claras para resolverem todos os conflitos possíveis, sem deixar qualquer margem interpretativa para os magistrados, os quais deveriam se restringir a aplicar o texto da lei. Após a Revolução Francesa, os legisladores produziram leis com objetivos claros e diretos, possibilitando que os cidadãos comuns pudessem ter entendimento acessível à lei (MERRYMAN, 1989, p. 81-84).

Nesta época, no anseio da criação de códigos claros e completos, sem margem para a função interpretativa dos juízes, foram produzidos materiais muito extensos. Todavia, a lei, por mais bem formulada em sua elaboração, possui uma textura aberta de linguagem, o que refletia uma relativa indeterminação das regras, proporcionando mais de uma interpretação (HART, 2010, p. 77, 114-120).

O ideal de segurança jurídica alcançado apenas pelo texto de lei se desfaz diante das incertezas dos fatos da vida. A almejada lei clara, coerente e completa, que se basta por si só, e possui a previsão de todos os conflitos, garantindo a segurança jurídica, na realidade, representa um desejo inalcançável (MERRYMAN, 1989, p. 87).

Hodiernamente existe a compreensão de que as normas jurídicas não são os textos, nem os conjuntos de lei, e sim os sentidos construídos a partir da interpretação constitucional e sistemá-

tica dentro do ordenamento jurídico. Neste sentido tem-se a lei como objeto da atividade hermenêutica e as normas o seu resultado (ÁVILA, 2009, p. 30).

### **3 TENDÊNCIA DE CONVERGÊNCIA ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS**

#### **3.1 O constitucionalismo**

Com o entendimento de que as mesmas leis que deveriam refletir a vontade social poderiam ser produzidas de modo contrário, procurou-se encontrar meios capazes de permitir que elas não se desviassem dos princípios da justiça. Estes meios foram encontrados no momento em que a Constituição passou a ter um caráter rígido, sem a possibilidade de ser alterada por legislação ordinária e ter como substância a defesa de direitos fundamentais do homem. Neste momento, a lei perdeu sua supremacia e passou a ser subordinada à Constituição. A lei passou a ter limites dentro dos princípios constitucionais. A lei não mais vale por si só, e sim depende de sua conformidade com os direitos fundamentais protegidos na esfera constitucional. Numa primeira impressão, poderia afirmar-se que esta mudança não causou nenhuma ruptura com o paradigma clássico do *civil law* e que apenas haveria ocorrido uma evolução da supremacia da lei. Entretanto o que aconteceu foi uma mudança do papel do juiz, que agora precisa realizar uma adequação da lei aos princípios constitucionais, e, para isso, produz um trabalho interpretativo. (MARINONI, 2010, p. 67-68).

O doutrinador José Renato Nalini (2000, p. 38) traz as suas considerações sobre o assunto:

É dever do juiz, quando se propõe a outorgar a prestação jurisdicional, examinar sempre a questão sob o prisma constitucional. O Texto Magno é fundamento de legitimidade de toda a normatividade inferior. Qualquer preceito subalterno que infrinja ditame constitucional explícito ou implícito padece de desvalia e desmerece observância. É regra impostergável e saneadora. Garante a permanência da normatividade hígida, aquela que hauriu fôlego de validade do pacto fundamental e permite a eliminação de tudo o que vulnera conteúdo e alcance da lei constitucional.

O constitucionalismo minou praticamente todos os dogmas e mitos da Revolução Francesa sobre a simplificação da atividade jurisdicional, haja vista os inconvenientes gerados com a adoção do controle difuso de constitucionalidade. Desta maneira pode-se concluir com este fenômeno que o papel do juiz nas diferentes famílias do Direito se aproximou bastante.

A chegada do constitucionalismo quebrou o principal pilar da tradição do *civil law*, que era o dogma da supremacia do texto de lei. Ao produzir um critério para considerar se a lei era válida ou não, acabou por afastar o mito de que o juiz apenas declarava o texto de lei. O doutrinador Merryman (1989, p. 56) tratou do assunto da forma como se segue:

É possível que a inovação mais extraordinária tenha sido o forte movimento feito pelo constitucionalismo, com seu empenho na rigidez funcional, e portanto na superioridade das constituições escritas como fonte do direito. Tais constituições, que eliminam o poder da legislatura para emendar mediante ação legislativa ordinária, reduz o monopólio da legislatura em matéria de produção de leis.

Não se pode fechar os olhos para o novo papel do juiz neste contexto contemporâneo da atividade jurisdicional. O magistrado, mediante técnicas de interpretação, passou a fazer um controle difuso da norma com relação aos princípios constitucionais e também de suprir a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, passando assim a ter uma função de criação de direito, antes reprimida pelo *civil law*. Neste sentido, o juiz exerce um novo papel, o de intérprete. Ele vai participar conjuntamente na criação do direito junto com o legislador. O magistrado criará, na medida que realiza escolhas valorativas a fim de concretizar os sentidos das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, indo além de apenas declarar a vontade do legislador contida na lei (MARINONI, 2010, p.69-70).

### **3.2 Cláusulas gerais e conceitos indeterminados**

A atividade legislativa dos dias atuais é bem diferente da historicamente pensada após a Revolução Francesa. Se naquela época os legisladores tinham a pretensão de elaborar normas claras e diretas, facilmente aplicáveis pelos magistrados que regulamen-

tariam todos os setores da atividade humana. Hoje, a técnica empregada mudou bastante. O legislador tem se utilizado de regras de textura aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitindo aos juízes uma maior liberdade criativa na prospecção da efetividade da tutela jurisdicional.

Segundo Hart (2010, p. 114-119), o direito, além de produzir regras claras, fáceis e diretas, onde o homem comum possa guiar sua conduta, deve também estabelecer regras normativas de textura aberta para os casos concretos não pensados.

As cláusulas gerais surgiram na Alemanha após a 1ª Guerra Mundial no período de elevada inflação. Neste período de incertezas econômicas, os alemães criaram as cláusulas gerais para evitar os prejuízos que estavam acontecendo nos contratos gerados pelas defasagens cambiais. Assim, para afastar os desequilíbrios gerados pela situação, foi inserido o sistema de cláusulas gerais (ENGISCH, 2008, p. 229).

As cláusulas gerais têm como característica a vagueza na hipótese fática e a consequência jurídica não eleita, de forma a requerer do intérprete a construção do sentido legal. Ela é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente é composto por termos vagos e o consequente é indeterminado. Há portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa (MARTINS-COSTA, 1999, p. 303-306).

Judith Martins Costa (1999, p. 303), umas das autoras que mais contribui para a correta sistematização das cláusulas gerais, assim a define:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os funda-

mentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.

O Direito passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser completamente antevista pelo legislador. As cláusulas gerais servem para a realização da justiça do caso concreto.

A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante próxima. A utilização deste instituto aproximou o sistema do *common law* do *civil law*. A cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais, pois a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem contudo esvaziá-la. A vagueza da proposição normativa é esclarecida paulatinamente pelas decisões judiciais.

Em relação à distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, deve-se primeiramente diferenciar as espécies de conceito jurídico indeterminado. Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser de duas espécies: os referentes a valores e os concernentes às realidades fáticas. Os conceitos jurídicos indeterminados referentes a valores são os que mais se parecem às cláusulas gerais, pois têm a mesma vagueza semântica. Todavia se diferem pela norma que contém um conceito jurídico indeterminado e já apresenta uma consequência jurídica eleita sobre a hipótese fática, ao contrário da cláusula geral onde a consequência não está determinada, tornando assim a operação criativa do juiz mais complexa, pois, além de lidar com a fluidez semântica, tem que eleger as consequências práticas (MARTINS-COSTA, 1999, p. 303).

No Brasil, as cláusulas gerais começaram a ser utilizadas no Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990, tendo sido também bastante utilizadas no Código Civil de 2002, que foi inspirado em uma ideia moderna de sistema aberto e móvel.

Podem-se encontrar vários exemplos de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento jurídico brasileiro, a começar pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXIII, que fala da função social da propriedade; inciso LIV, que trata do

devido processo legal e inciso LXXVIII, que observa a razoável duração do processo. No Código Civil, em seu artigo 422, ao falar da boa-fé contratual, e no artigo 423, na interpretação mais favorável ao aderente. No Código de Processo Civil, nos artigos 461 e 461-A, que garantem a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. E, também, no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso VIII, ao inverter o ônus da prova, em caso de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência, segundo as regras ordinárias de experiências.

Desta forma, fica evidente que o legislador contemporâneo vem optando pela inserção das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento jurídico brasileiro. E, nesta nova realidade de existência das cláusulas gerais, abriu-se um caminho para o poder criativo do juiz, que é chamado a interferir ativamente na construção do sentido da norma, visando à melhor solução ao caso concreto que lhe é submetido. Entretanto, com as cláusulas gerais em nosso sistema, estamos mais propensos a certa dose de imprevisibilidade e de insegurança jurídica, à medida em que a finalidade é de alcançar a justiça no caso concreto (MENKE, 2006, p. 88).

Em se tratando de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a grande questão é encontrar o equilíbrio entre a função criativa do magistrado e a segurança, previsibilidade e isonomia nas decisões. Para atingir este desiderato, deve-se trabalhar melhor a uniformização das decisões, e, neste sentido, buscar sempre a efetivação da segurança jurídica, da certeza e da previsibilidade nos pronunciamentos judiciais.

### **3.3 Individualismo do juiz**

As decisões dos juízes no sistema jurídico do *civil law* não têm uma uniformidade de posicionamentos, prejudicando a sensação de segurança jurídica da sociedade. Este problema nos leva a imaginar que os juízes parecem não ter qualquer respeito às decisões anteriores. Em sua defesa, os magistrados levantam o discurso de que, caso houvesse a necessidade de se vincular suas decisões às anteriores prolatadas, isto poderia levar a uma interferência nos princípios do livre convencimento e da liberdade de julgar. Todavia, existe um equívoco nesta maneira de pensar, pois as decisões

dos juízes deveriam estar sempre harmonizadas com o sistema e não representando uma vontade individualizada em detrimento de um entendimento majoritário dos órgãos colegiados. Não se pode achar razoável que um magistrado julgue sem submeter suas decisões aos tribunais superiores. Tem-se que entender que o juiz é apenas um integrante individual em um sistema jurídico maior que tem como objetivo final levar a justiça a uma coletividade e não para seu interesse próprio (MARINONI, 2010, p. 64-65).

Deve-se ter sempre em mente que uma contradição entre a decisão do juiz em matéria de direito com relação aos tribunais superiores é algo inconcebível, pois ele tem inteira consciência de que a última palavra será dada pelo órgão superior e este acontecimento vai gerar apenas uma perda de tempo. Por outro lado, diante de casos distintos, o juiz não precisa decidir conforme os tribunais superiores ou de acordo com decisão anteriormente produzida. Neste caso, ele estará realizando o que no *common law* é chamado de *distinguished*, ou seja, estará enfrentando um caso diferente dos anteriores. Pelo que se pode perceber, esta mitigação de sua liberdade de proferir decisões só é levada em consideração quando vai de encontro às decisões dos tribunais superiores. Isso por uma questão lógica em decorrência da estrutura do sistema judicial. Seria pouco plausível justificar uma liberdade do juiz quando decide casos iguais de maneira desigual. Este tipo de procedimento causa desconfiança e desrespeito à função jurisdicional, pois tratar casos similares de forma isonômica é algo fundamental para a segurança jurídica na atividade jurisdicional (MARINONI, 2010, p.65-66).

### **3.4 A certeza jurídica**

Com o advento da Revolução Francesa ficou estipulado que o juiz apenas poderia seguir o que estava proposto no diploma legal. Não haveria forma ou condição do magistrado modificar o que estava estabelecido pelo legislador. Neste sentido a certeza jurídica estava alcançada diante desta falta de fluidez na pronúncia do magistrado. Portanto, a consagração dos ideários revolucionários de liberdade e igualdade estariam protegidos diante deste cenário de regras legais fechadas. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei. Os países que não adotaram

este tipo de sistema, bem como os que não se deixaram levar pela utopia de que a certeza jurídica estaria na lei, partiram para conquistar esta certeza do direito através de outra maneira que seria por meio dos precedentes judiciais (MARINONI, 2010, p. 62-63).

A certeza e segurança jurídica, assim como a previsibilidade das decisões, são valores perseguidos por ambos os sistemas jurídicos. No *civil law* existia o pensamento que estes valores seriam conquistados por meio da estrita aplicação do texto legal. No *common law* isso foi diferente pois não havia o pressuposto de que os juízes não eram confiáveis e por outro lado sempre ficou claro que os juízes interpretavam a lei. Desta forma, o *common law* procurou resolver esta questão adotando os precedentes vinculantes como o caminho para a conquista da segurança jurídica e a previsibilidade das decisões, elementos fundamentais para se atingir a paz social (MARINONI, 2010, p. 63).

Não há como negar que, tanto no *civil law* como no *common law*, uma norma jurídica pode sofrer diversas interpretações e isso pode gerar uma insegurança jurídica. Entretanto, o *common law* vislumbrou que este tipo de problema apenas poderia ser enfrentado com a criação de instrumentos como o precedente vinculante. Em contrapartida, no *civil law* ainda se procura preservar o dogma da certeza jurídica na aplicação do texto de lei por meio de um emaranhado de regras distribuídas de forma não sistemática, que, ao invés de desempenhar um papel de segurança e previsibilidade, passa uma sensação de desconfiança à população (MARINONI, 2010, p.63-64).

## **4 OS INSTITUTOS DE UNIFORMIZAÇÃO DO COMMON LAW**

### **4.1 Precedente judicial**

De maneira simples, pode-se conceituar o precedente como uma orientação judicial já realizada sobre um determinado assunto que vai servir de parâmetro elucidativo para solução de um outro caso análogo.

O doutrinador Dias de Souza (2007, p. 41) contribui assim sobre o assunto:

O precedente judicial, de um modo bem objetivo, pode ser definido como um caso sentenciado ou decisão da corte conside-

rada fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito.

De forma mais aprofundada, pode-se afirmar que todo precedente nasce de decisão judicial, porém esta afirmação não é uma verdade absoluta. Querer-se dizer que nem toda decisão judicial fará surgir um precedente. Há casos em que a decisão não irá produzir uma norma jurídica geral. O precedente é uma decisão judicial realizada sobre um caso concreto onde a tese jurídica utilizada como fundamento decisório (*ratio decidendi*) poderá ser usada em julgamentos posteriores que tratem de situações iguais ou similares.

Vale a pena salientar que o precedente estabelece decisão sobre matéria de direito, enquanto a maioria das decisões judiciais diz respeito a matéria de fato. As decisões que não são consideradas precedentes, muitas vezes, quando enfrentam questões de direito, se limitam a transcrever o texto da lei, não produzindo uma decisão judicial elucidativa perante o caso concreto.

Segue o ensinamento de Cruz e Tucci (2004, p. 12) sobre o conceito e composição do precedente judicial:

Bem é de ver que, pressupondo, sob o aspecto temporal, uma decisão já proferida, todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.

Em resumo, pode-se conceituar de forma mais específica que o precedente é aquela decisão judicial originária que produz a tese jurídica ou é a decisão que elimina todas as dúvidas referentes a determinada questão de direito.

#### **4.2 *Ratio decidendi***

O instituto da *ratio decidendi* tem origem na família do direito do *common law*. A expressão significa “razão” ou a “lógica para a decisão”. Ela é o princípio jurídico, ou seja, a essência da tese jurídica suficiente para a decisão do caso concreto (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2009, p. 381).

Segundo as palavras de Cruz e Tucci (2004, p. 175):

*A ratio decidendi*, como já observado, constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*. Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); c) o juízo decisório (*judgement*).

A *ratio decidendi*, conhecida também pela nomenclatura de *holding* pelos norte americanos, é o fundamentos jurídico em que se baseia o órgão julgador para proferir a decisão. Ela é a escolha do intérprete para a solução do caso e o elemento da decisão que irá vincular os casos futuros análogos ou similares. É o fundamento decisório que sem ele o resultado da lide seria diferente. Em outras palavras, a *ratio decidendi* simboliza a essência da tese jurídica escolhida pelo juiz para resolver o caso particular (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2009, p. 381).

Importante ensinamento nos fornece as palavras do doutrinador Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 125):

Embora comumente se diga que a doutrina do *stare decisis* (ou do precedente obrigatório) significa que as cortes devem seguir o precedente existente quanto ao caso em julgamento, na verdade, o que as cortes estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi* deste precedente.

No *common law*, os fundamentos da decisão não têm sua importância apenas por ser o caminho que leva à formação da coisa julgada. Não há a preocupação de relacionar os fundamentos (a tese jurídica) com a coisa julgada. Os fundamentos ou a razão da decisão no *common law* não vão interessar apenas ao *inter partes*, ou seja, ao caso concreto, mas sim ao ordenamento jurídico como um todo. Interessa aos juízes, aos operadores do direito e aos jurisdicionados que necessitam da segurança jurídica e das previsibilidades das decisões a fim de terem suas relações pacificadas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a *ratio decidendi* também tem o mesmo significado. Se traduz em a razão de decidir, a tese

jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão (MARINONI, 2010, p. 221-222).

#### 4.3 *Obiter dictum*

Durante o período de desenvolvimento do *common law*, por volta do século XVII na Inglaterra, já se discutia acerca dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. No início, tinha-se a ideia de que *obiter dictum* não era *judicial opinion* enquanto a *judicial opinion* seria a *ratio decidendi*. Defendia-se que a *obiter dictum* tinha um caráter apenas extrajudicial. Todavia o *common law* sempre teve uma grande preocupação em distinguir os dois conceitos, pois a *ratio decidendi* tem caráter vinculante e sempre foi o coração do sistema de precedentes vinculantes (MARINONI, 2010, p. 233).

Dias de Souza apresenta a seguinte definição do que seja *obiter dictum* (2007, p. 139-140):

Se uma proposição ou regra de Direito constante de um caso não faz parte de sua *ratio decidendi*, ela é, por definição, *dictum*, e, conseqüentemente, não obrigatória. 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 persuasivo.

Neste sentido, o *obiter dictum* é a argumentação marginal ou simples opinião. É um fundamento jurídico que não é imprescindível para a solução do caso concreto, ou seja, na ausência dele o desfecho da lide seria o mesmo. Ele, por si, só tem apenas caráter de precedente persuasivo e nunca vinculativo como é característica da *ratio decidendi* (CRUZ e TUCCI, 2004, p. 176).

O *obiter dictum* é normalmente definido de forma negativa, portanto ele será composto da argumentação jurídica que não fizer parte da *ratio decidendi* do caso julgado. Para não suscitar dúvidas sobre o assunto, traz-se as palavras de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2009, p. 383):

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, consiste nos argumentos que são expostos de passagem na

motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão [...].

Dispostos os institutos que compõem o precedente judicial que são a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, passa-se em seguida a tratar das técnicas de aplicação, interpretação e superação dos mesmos.

#### **4.4 Técnicas do *common law*: *distinguishing*, *overruling*, *overriding* e *per incuriam***

##### **4.4.1 *Distinguishing***

Apesar de se imaginar, em primeira análise, que o *common law* seria um sistema jurídico “engessado”, já que os juízes estão adstritos aos precedentes de decisões anteriores proferidas, na realidade, existem técnicas que o equiparam ao sistema de interpretação do texto de lei.

O *distinguishing* (ou *distinguish*) tem como significado literal distinção. É a técnica utilizada pelo órgão julgador para confrontar, interpretar e afastar o precedente judicial do caso paradigma.

Os doutrinadores Didier Júnior, Braga e Oliveira (2009, p.392-393), desta maneira explicam a técnica utilizada no *common law*:

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 à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

A técnica do *distinguishing* é aplicada para saber se o julgador vai poder aplicar ou afastar o precedente judicial (baseado na *ratio decidendi*), diante do caso novo em julgamento. Esta técnica jurídica vai fazer a distinção ou diferenciação do caso em discussão para saber se será permitido o uso da fundamentação vinculativa do precedente escolhido como paradigma. No caso do uso do *distinguish*, será afastada a aplicação do precedente e o julgador decidirá desvinculado do precedente.

#### 4.4.2 *Overruling, overriding e per incuriam*

A superação de um precedente pode ocorrer de mais de uma forma. Ela pode acontecer como um todo ou apenas de forma parcial. Cada uma das técnicas de superação tem uma denominação particular.

O *overruling* é a técnica que faz com que o precedente seja superado por completo, por conta de sua desatualização perante a sociedade com a qual convive. O fenômeno descrito assemelha-se à revogação de um texto legal por outro. Existem duas formas de ocorrer o *overruling*: expressa e tácita. Esta última é uma hipótese muito rara, porém funciona quando o tribunal suplanta a orientação da tese jurídica sobre determinado assunto de forma não expressa. Por outro lado, o *overruling*, na forma expressa, é quando o tribunal passa a utilizar a nova orientação jurídica sobre o tema, só que desta vez expressamente, sem qualquer margem de dúvida (DIDIER, BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 395-396).

A utilização desta técnica traz a necessidade de uma grande carga argumentativa para demonstrar a necessidade de superação do precedente. As hipóteses mais comuns para que haja o “*overruled*” do precedente são: quando o precedente se torna obsoleto, quando o precedente é incorreto ou injusto e quando na prática ele não for de possível execução (TUCCI, 2004, p. 180-181).

De acordo com seus efeitos, o *overruling* pode ter eficácia *ex tunc* ou a eficácia *ex nunc*. No caso da superação do precedente ocorrer com a eficácia prospectiva ou *ex nunc*, a *ratio decidendi* do precedente irá permanecer vinculante para os casos ocorridos e processos instaurados antes da superação. Enquanto que para a substituição do precedente com efeito *ex tunc* ou retrospectivo, a eficácia retroagirá e assim o precedente não poderá ser usado nem mesmo para os fatos ocorridos antes da superação, bem como para os casos com processos pendentes e em análise pelo judiciário.

Com relação à diferença entre as técnicas de superação do *overruling* e do *overriding*, a lição de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2009, p. 396) é bem esclarecedora:

É necessário distinguir o *overruling* do *overriding*. Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.

Os dois mecanismos do sistema de precedentes vinculantes, o *overruling* e o *overriding*, demonstram que uma tese jurídica pode ser suplantada em virtude de mudanças na realidade social, demonstrando assim que, apesar de muitos estudiosos considerarem o sistema como bastante rígido, existem instrumentos que permitem que o direito se oxigene com valores provenientes de mutações sociais, e, desta maneira, continue buscando o ideário da justiça.

Por fim, a expressão “per incuriam” significa etimologicamente como por falta de cuidado. Ela foi criada para expressar a situação na qual um tribunal profere uma decisão onde já existia um precedente judicial e por descuido não a utiliza. Assim o resultado da sentença se apresenta diverso do que deveria ser, caso houvesse sido utilizado o precedente paradigma (SOUZA, 2007, p. 145).

O precedente formado por uma decisão *per incuriam* não vincula os órgãos inferiores a seguirem a tese jurídica resultante da decisão, de maneira que o tribunal inferior fica livre para proferir sua sentença neste caso particular (SOUZA, 2007, p. 145).

O ponto principal que caracteriza uma decisão como *per incuriam* reside no fato que o órgão julgador desconhece o precedente, e afirma que, caso o tribunal tivesse conhecimento, o aplicaria, pronunciando uma decisão conforme o precedente válido (SOUZA, 2007, p. 146).

## **5 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NAS DECISÕES DO STF: A UTILIZAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

### **5.1 Controle constitucional concentrado ou abstrato**

O Brasil apresenta um controle constitucional misto, ou seja, adota duas formas de controle constitucional simultâneas. O controle concentrado ou abstrato e o controle difuso ou concreto. O

controle constitucional é realizado para que o princípio da supremacia da Constituição seja respeitado.

O controle concentrado de Constituição tem esta denominação porque se concentra num único tribunal, o STF - Supremo Tribunal Federal. Ao controle concentrado são levadas questões relativas à compatibilidade de lei e atos normativos com o ordenamento constitucional. Existem cinco instrumentos para se proceder ao controle concentrado, são eles: ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade, ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade, genérica, por omissão e interventiva, e ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (LENZA, 2008, p. 157-158).

As pessoas legitimadas para propor estas ações estão elencadas de forma taxativa no artigo 103 da Constituição Federal, sendo elas: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Partido Político com representação no Congresso Nacional e a Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

A Constituição Federal concedeu, através da Emenda Constitucional n° 3/1993, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a todas as decisões em sede de ADC. Este sentido foi ampliado pelo STF para os demais instrumentos de controle constitucional e foi confirmado por meio da Emenda Constitucional n° 45/04, que acrescentou ao artigo 102 da Constituição Federal, em seu § 2°, que assim descreve:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (BRASIL, CF, 1988).

Por conseguinte, as decisões proferidas na mais alta corte em controle concentrado terão eficácia *erga omnes*, ou seja, produzirão efeitos sobre todas as pessoas e vincularão os demais ór-

gãos da administração pública direta e indireta e demais órgãos do Poder Judiciário.

Neste sentido, quando o STF realiza um controle concentrado sobre determinada lei para pronunciar se ela é constitucional ou não, este entendimento diz respeito à norma jurídica interpretada na lei. Assim, na hipótese do STF julgar determinada Lei “Z” inconstitucional, ele estará analisando que a norma jurídica contida naquela lei não pode conviver de forma harmônica com os preceitos constitucionais. Desta maneira, qualquer outra lei ou ato normativo produzido, caso contenham o mesmo conteúdo material da Lei “Z”, deverão ser considerados também inconstitucionais, de acordo com art. 102, § 2º, Constituição Federal.

Todavia, não será isso que irá acontecer caso o STF vincule sua decisão apenas ao dispositivo do acórdão, tanto na forma de controle concentrado ou na forma difusa. Neste caso, um juiz de uma instância inferior poderá utilizar lei ou atos normativos produzidos com o mesmo conteúdo material da lei “Z”, decretada inconstitucional, pelo fato da vinculação ter efeito apenas ao dispositivo da decisão. Esta hipótese nos faz perceber que o atual sistema produz uma insegurança jurídica e um problema de isonomia pelo fato da eficácia vinculante atingir apenas o dispositivo da decisão.

### **5.2 Controle constitucional difuso ou concreto**

O controle difuso de constitucionalidade foi um modelo criado pelos Estados Unidos da América a partir do conhecido caso *Marbury versus Madison*. Neste caso, foi a primeira vez que o juiz da Suprema Corte Norte Americana John Marshall fez um controle de constitucionalidade no caso concreto de uma lei americana. O controle difuso de constitucionalidade foi trazido para o Brasil no final do século XIX pelo ilustre Rui Barbosa, que era um apreciador do sistema jurídico americano e o introduziu na Constituição de 1891 (LENZA, 2008, p. 144-145).

O controle difuso, também conhecido por aberto, como o próprio termo suscita, pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, guardadas as regras de competência processual do caso concreto. O controle vai agir de forma incidental, prejudicialmente ao exame do mérito no processo. A parte vai instaurar

o incidente se acreditar que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo está prejudicando o pedido principal. O exemplo trazido pelo doutrinador Lenza (2008, p. 146) contribui para a clarificar o assunto:

Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio!

Neste modelo de controle constitucional, caso o juiz ou tribunal considere a regra jurídica inconstitucional, sua decisão vai produzir efeitos apenas às partes que litigam em juízo, ou seja, vai gerar o denominado efeito *inter partes*. O dispositivo da sentença vai produzir coisa julgada no caso concreto e perante as pessoas envolvidas naquela processo específico. Desta maneira, o resultado da decisão não vai influenciar terceiros à lide.

Tome-se como exemplo o caso hipotético de uma Lei “Y” ser considerada constitucional por um juiz de 1º grau em um determinado processo. A sua decisão vai apenas impedir que estes interessados voltem a discutir sobre o mesmo assunto que foi superado perante o Poder Judiciário. Entretanto, se outros interessados entrarem discutindo em uma nova lide sobre uma Lei “Z” de mesmo conteúdo material à “Y”, nada garante que eles terão o mesmo resultado, pois o princípio do livre convencimento do juiz não o vinculará a dar a mesma decisão para este novo incidente constitucional, apesar de se tratar do mesmo assunto. Este tipo de situação enfraquece o princípio da segurança jurídica e o princípio da isonomia.

Da mesma forma, uma situação de um recurso extraordinário admitido como de repercussão geral, ao chegar através de morosos caminhos ao Supremo Tribunal Federal, vai ser julgado na forma definitiva, porém vai produzir apenas efeitos *inter partes* e vinculará apenas o dispositivo da sentença. A decisão apenas passará a ter efeitos *erga omnes* caso seja enviada ao Senado Federal e este determine a revogação do diploma legal via resolução interna, de acordo com o art. 52, inciso X, da Constituição Federal. E, mesmo no caso do Senado Federal realizar a retirada do diploma

legal do ordenamento jurídico, nada impede que outro diploma legal de conteúdo material análogo seja produzido ou permaneça convivendo até que se proponha um outro controle constitucional (LENZA, 2008, p. 150-151).

### **5.3 Transcendência dos motivos determinantes: efeito vinculante da *ratio decidendi***

Para um melhor entendimento em torno do tema, deve-se primeiro compreender o significado da expressão “transcendência dos motivos determinantes”. Transcendência deriva do verbo *transcender*, que quer dizer: passar além de, ultrapassar algo, ir além. Os motivos determinantes nada mais são que o fundamento, a razão que determinou algo, a causa ou justificativa principal que levou à consequência de alguma coisa. Dentro desta perspectiva semântica, a expressão jurídica sugere que o motivo, a razão, o fundamento que determinou o resultado da decisão proferida vá além do caso solucionado. Ele vai transcender para os demais casos idênticos, similares e análogos. Neste contexto, a razão de decidir (*ratio decidendi*) será extraída do caso que foi examinado e será usada como precedente paradigma para solucionar questões semelhantes de outros processos levados ao Poder Judiciário (MELLO, 2008, p. 146-149).

O sistema jurídico brasileiro tem ao longo do tempo se aproximado das tradições jurídicas do *common law*, pois vem gradativamente introduzindo institutos largamente utilizados neste países, reconhecendo assim a importância de utilizar de alguma forma o precedente vinculante ao nosso sistema. Pode-se citar como exemplos desta aproximação ao *common law* a introdução do instituto da repercussão geral e a do julgamento de recursos repetitivos (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 4-5).

O direito brasileiro, que foi criado e desenvolvido nos princípios do *civil law*, tem a decisão judicial dividida em três partes: o relatório, o fundamento jurídico e o dispositivo. Destes três elementos da sentença apenas o dispositivo faz coisa julgada e vincula as partes envolvidas no processo. Diferentemente do *common law*, onde, ao proferir a sentença, o órgão julgador vai identificar a “*ratio decidendi*”, que nada mais é do que a tese jurídica extraída do caso concreto que vai produzir o precedente judicial. O

precedente judicial, ancorado na razão de decidir, vai vincular os demais órgãos inferiores a seguir o mesmo entendimento da tese jurídica e assim produzir segurança jurídica e a isonomia aos jurisdicionados.

O art. 469 do CPC, em seu inciso primeiro, dispõe: Não fazem coisa julgada: I) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; [...] criando assim um entendimento de parte da doutrina dos limites subjetivos da coisa julgada às partes que litigam no processo e o efeito vinculante restrito à parte dispositiva da sentença.

Entretanto alguns importantes doutrinadores têm se posicionado em outro sentido. Afirmando que seria desejável que nas decisões proferidas pelo STF o fundamento da decisão tivesse o mesmo efeito vinculante da parte dispositiva. Como exemplo, pode-se citar as esclarecedoras palavras de Barroso (2007, p. 184-185) sobre o assunto:

Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal tem estendido os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando *transcendência dos motivos determinantes*. Por essa linha de entendimento, tem sido reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatar-se não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir [...].

Esta parte da doutrina defende o uso da teoria da transcendência dos motivos determinantes para que as decisões do STF possam produzir uma maior unificação dos entendimentos constitucionais, evitando assim a necessidade de se pronunciar sobre o mesmo assunto por mais de uma vez.

Como exemplo hipotético referente ao problema da não uniformização das decisões, pode-se imaginar um caso de um incidente constitucional ter chegado via caminho recursal ao STF (por meio de um Recurso Extraordinário). O motivo seria de uma norma estadual de Pernambuco que estaria em desacordo com a Constituição Federal. Caso o Supremo decida a inconstitucionalidade,

dade da norma, nada impede que, amanhã, o Estado da Paraíba produza uma norma materialmente semelhante à de Pernambuco e que para ser banida do sistema precise fazer o mesmo caminho o qual fez a primeira. Este problema pode ocorrer em virtude dos efeitos *inter partes* da decisão, abrindo assim espaço para uma nova discussão sobre o mesmo assunto já discutido. Neste caso hipotético mencionado, os princípios da economia processual, da celeridade e da isonomia estariam sendo afetados.

Além disso, a segurança jurídica ficaria inteiramente em risco, pois na hipótese acima as normas congêneres poderiam ser decididas de forma diferente, pois nada impede que um juiz de primeiro grau tenha entendimento diferente sobre pleito idêntico. Ocorrendo este problema, estaria ferindo novamente o princípio da isonomia.

A adoção da transcendência dos motivos determinantes sobre as decisões do STF, apesar de não ser unânime entre os doutrinadores, traz muitos benefícios na consecução dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da celeridade processual. É inquestionável que, com a ampliação dos efeitos vinculantes da decisão, os princípios citados seriam mais facilmente alcançados, e neste contexto se coadunam as palavras de Mello (2008, p. 162):

[...] os principais argumentos em defesa da eficácia transcendente da motivação se ligam a uma abordagem teleológica e sistemática do fenômeno. Em primeiro lugar, no que respeita a seus aspectos finalísticos, a adoção de precedentes normativos se justifica na medida em que se busca promover alguns valores que lhe são correlatos, a saber: a segurança e a previsibilidade jurídica; a uniformidade do direito e a isonomia entre os cidadãos; a credibilidade das cortes; a redução de litígios; e a preservação da força normativa da Constituição, em virtude do respeito à autoridade da exegese produzida pelo STF.

Nos EUA, local de origem do controle difuso, é utilizado tal controle de constitucionalidade sem que se precise enfrentar os mesmos problemas brasileiros, pois lá o sistema de precedentes vinculantes é utilizado. No sistema jurídico americano, a razão de decidir (*ratio decidendi*) vai ancorar a tese jurídica que vinculará os demais julgados similares que venham a partir deste precedente

paradigma. Apesar da decisão produzir efeitos *inter partes* no caso concreto, o motivo determinante ou a tese jurídica produzida vai transcender e vincular as decisões futuras das cortes inferiores.

Portanto, a exemplo do sistema americano, deve-se perceber a importância de se extrair a tese jurídica do caso concreto (*ratio decidendi*), que será transportada para o precedente, o qual irá produzir efeitos vinculantes aos demais tribunais e juízes. A partir desta situação, o sistema produz uma uniformização dos entendimentos jurídicos, alcançando como consequência a segurança jurídica e a isonomia nas decisões.

#### **5.4 A reclamação**

A reclamação é o instrumento constitucional adequado para garantir a autoridade da decisão proferida pelo STF. Ela está estabelecida no artigo 102 da Constituição Federal (competência originária), em seu inciso I, alínea “I”: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originalmente: I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

O objetivo da reclamação pode ser bem esclarecido no trecho do voto do Ministro Nelson Jobim como relator (BRASIL, STF - Rcl 909AgR,09.09.2004):

A reclamação visa preservar a competência do STF e garantir a autoridade de suas decisões, motivo pelo qual a decisão proferida em reclamação não substitui a decisão recorrida como nos recursos, mas apenas cassa o ato atacado. A reclamação tem natureza de remédio processual correicional, de função corregeadora. Ademais, o STF somente admite a reclamação nos casos de processos sem trânsito em julgado, ou seja, com recurso ainda pendente.

Sobre o aspecto da legitimidade são esclarecedoras as palavras de Pedro Lenza (2008, p. 207-208):

[...] o STF, por maioria dos votos, após o julgamento de questão de ordem em agravo regimental, declarou constitucional o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9868/99, passando a considerar, como parte legítima para a propo-

situra de reclamação, todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade.

No caso da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes em sede das decisões proferidas pelo STF, a reclamação é o instrumento adequado para fazer valer o efeito vinculante dos fundamentos das decisões produzidas. Uma vez que tal instituto faz com que um jurisdicionado possa encaminhar ao STF a decisão desobedecida por um órgão judicial de instância inferior. A reclamação poderia ser utilizada, de maneira célere, por qualquer pessoa interessada que houvesse sido prejudicada por uma decisão judicial contrária a um precedente vinculante originário da mais alta corte.

Todavia uma das razões para a relutância do STF em admitir o uso da teoria da transcendência dos motivos determinantes é o provável grande número de reclamações. Temor apresentado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto em julgamento da reclamação 1.987, onde confidenciou que, admitindo esta mudança de entendimento, a corte deixaria de julgar milhares de recursos extraordinários para julgar milhares de reclamações (BRASIL, STF, Rcl 1.987 – DF/MC, 01.10.2003).

Este problema mencionado pelo Ministro Marco Aurélio poderia ser resolvido através da implementação e desenvolvimento de uma maior cultura de respeito dos juízes aos precedentes emanados pelos órgãos superiores.

### **5.5 Jurisprudências sobre o assunto**

O julgamento da liminar referente à Reclamação 2.291 é um claro exemplo do uso da teoria da transcendência dos motivos determinantes pelo STF. Tratava-se de Reclamação, com pedido de medida liminar, onde o DETRAN/RJ pedia para que fosse cassada ordem de sequestro determinada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por descumprimento de prazo para o pagamento de precatório trabalhista. O relator Ministro Gilmar Mendes evidenciou a importância da eficácia vinculante transcender o dispositivo da decisão. Ele trouxe como argumento os motivos determinantes proferidos na ADI 1662 para decidir este caso, apesar de ter apre-

sentado objeto distinto, como pode-se verificar em parte de seu voto (STF):

No caso, muito embora o ato impugnado não guarde identidade absoluta com o tema central da decisão desta Corte na ADI 1.662, Relator o Min. Maurício Corrêa, vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados fundamentos determinantes (BRASIL, STF, Rcl 2291-RJ/MC, 27.03.2003).

No julgamento da Reclamação nº 1.987, vale destacar a parte do voto, onde o ministro Gilmar Mendes reforça novamente o seu entendimento sobre o aludido tema: “[...] Vale salientar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à parte dispositiva, devendo também considerar os chamados fundamentos determinantes” (STF, Rcl1. 987 DF/MC,01.10.2003).

O caso acima tratou da hipótese legal que poderia motivar o sequestro de verbas do Poder Público, em razão da mora dos precatórios. A hipótese foi retirada também da tese jurídica da decisão em sede da ADI 1662. A *ratio decidendi* extraída da ADI 1662 foi que apenas a preterição ao direito à ordem cronológica do pagamento poderia justificar o sequestro de verbas do Poder Público, e não em razão apenas da mora em se pagar os precatórios. Na Reclamação nº 1.987, o STF cassou a decisão do TRT, pois o tribunal procedeu fora da hipótese legal. A corte assim utilizou a teoria da transcendência dos motivos determinantes para decidir o caso.

No caso tratado pela Reclamação nº 4.387, o STF aplicou também a teoria da transcendência dos motivos determinantes. A decisão reclamada do Tribunal de Justiça do Piauí tratava da concessão de equiparação entre os subsídios do defensor público e do promotor através de liminar. O STF julgou que tal decisão teria desrespeitado os motivos determinantes da ADC 4 e das ADI’s 514 PI, 465 PB, 774 RS, entre outras, que vedaram a equiparação de subsídios por meio de medida liminar em afronta à Lei nº 9.494/97. Desta forma, o STF deferiu a medida liminar para suspender a eficácia da decisão reclamada, em virtude da transcendência dos efeitos vinculantes dos fundamentos da decisão. Reforçando mais

uma vez o entendimento e aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Outro exemplo da postura do STF em atribuir o efeito vinculante não somente à sentença, mas também aos fundamentos determinantes da decisão, gerando efeito *erga omnes*, foi o julgamento do RE 197.917, pelo qual o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela. Neste julgamento específico, o tribunal determinou a modulação dos efeitos da decisão, mesmo em sede de controle difuso. Os efeitos da decisão apenas passaram a valer na legislatura seguinte, para evitar assim um caos jurídico, resultante de sua consequência fática no mundo real.

Não se pode deixar de citar o caso emblemático do HC 82959/SP, onde o STF declarou inconstitucional a expressão “integralmente fechado”, expressa na Lei 8.072/90, afastando a vedação à possibilidade de progressão do regime de cumprimento das penas nos crimes hediondos. Todavia, a decisão no primeiro momento, apenas contemplou os efeitos *inter partes*, pois havia sido realizada em sede de controle difuso de constitucionalidade. Este detalhe ensejou uma Reclamação ajuizada pela Defensoria Pública da União (Rcl 4335). Na ação, a Defensoria contestou a decisão da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (Acre), que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de dez condenados. O relator da Reclamação, Ministro Gilmar Mendes, deferiu o pedido de liminar, para que fosse afastada a vedação legal de progressão de regime, cabendo ao juiz de primeiro grau avaliar no caso concreto os requisitos para gozo do referido benefício. Surgindo assim, uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo STF.

Entretanto, em 2007, o STF voltou atrás no entendimento sobre o assunto, quando, na Reclamação 2475, o relator Ministro Carlos Velloso negou o provimento do agravo, afirmando que o efeito vinculante seria para o que foi efetivamente decidido na corte, restringindo-se ao que constava na parte dispositiva da decisão. Segue parte de seu voto: [...] “Tais afirmativas, entretanto, constituem fundamentos dos votos, os seus motivos. No que me concerne, *obiter dictum*. De um modo ou de outro – fundamento ou *obiter dictum* – não integram o dispositivo da decisão”. No caso em

tela, a decisão reclamada concedia às Sociedades Civis o não recolhimento da COFINS. A União, em face do que havia o STF decidido em sede da ADC 1/DF, pedia a cassação da decisão do STJ em favor do não recolhimento da COFINS pelas Sociedades Civis.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Depois de se efetuar o estudo das duas famílias do Direito sobre sua formação e gradual desenvolvimento, pode-se concluir como os fatores históricos marcaram suas trajetórias evolutivas e as levaram a trilhar caminhos distintos.

No caso do *civil law*, fica claro como fator preponderante a desconfiança no papel do juiz na sociedade. A desconfiança foi gerada em virtude de sua relação próxima com a aristocracia e sua total falta de compromisso com os princípios revolucionários. Por conta deste problema, foi necessário criar um sistema onde os magistrados ficassem presos à lei e não pudessem desviar suas decisões aos interesses liberais. Como consequência destes fatores, o *civil law* produziu e desenvolveu sua tradição jurídica baseada na supremacia da lei. A busca da segurança jurídica seria alcançada no cumprimento estrito do texto de lei e na separação dos poderes.

No *common law*, de forma antagônica ao *civil law*, os ingleses não tiveram qualquer motivo para desconfiar dos juízes. Ao contrário, eles historicamente lutaram ao lado da sociedade contra os poderes do rei e do absolutismo. Dentro deste cenário, foi bastante natural o papel do juiz em analisar e interpretar os casos concretos para a partir daí extrair as teses jurídicas que viriam a pacificar as relações sociais.

Apesar das famílias do Direito terem se desenvolvido sobre circunstâncias distintas, fatores históricos levaram a uma aproximação inevitável. Dentre elas, pode-se citar o advento do constitucionalismo, a busca pelo Estado social e a necessidade de criação das cláusulas gerais. Esta última ganhou muito espaço em virtude do alto grau de complexidade das relações sociais atuais onde é impossível se prever antecipadamente todas as hipóteses fáticas.

Hoje, os fatores históricos citados nos levaram a perceber que apenas a supremacia do texto de lei, dogma do *civil law*, não é suficiente para se alcançar a previsibilidade e uniformidade das decisões do Poder Judiciário. Este novo contexto histórico tem feito com que o papel exercido pelo juiz oriundo do *civil law* se aproxime bastante do juiz da tradição jurídica do *common law*. Em consequência, se faz necessário que institutos criados e desenvolvidos na tradição jurídica do *common law* sejam incorporados ao *civil law* com o objetivo de atingir uma maior segurança jurídica e isonomia nas decisões provenientes do Judiciário.

O paradigma da rigidez do sistema jurídico consuetudinário não pode prosperar, impedindo a absorção dos institutos do *common law*. Técnicas de aplicação, afastamento e superação dos precedentes (*ratio decidendi*, *distinguish* e *overruling*) atuam de forma a dar uniformidade, estabilidade e flexibilidade ao sistema jurídico.

Tem-se hoje, no Brasil, dois sistemas de controle constitucional funcionando ao mesmo tempo, o concentrado e o difuso. No modelo concentrado, o STF produz decisões terminativas com eficácia *erga omnes* e efeito vinculativo. Entretanto, no modelo difuso, o STF só produz decisões com eficácia *inter partes* e não vinculantes. Consequentemente, pode-se haver a hipótese de que algum juiz declare a constitucionalidade de uma lei à qual o STF declarou sua inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, o que seria, em meu entendimento, racionalmente inconcebível.

Além disso, em ambos os controles, apenas a parte dispositiva da decisão terá eficácia vinculante.

Por estas razões, a teoria da transcendência dos motivos determinantes defende que a vinculação alcance os fundamentos da decisão, juntamente com a parte dispositiva. A aceitação do uso da teoria representaria para o sistema jurídico brasileiro uma forma de lidar com a normatividade dos precedentes judiciais. A técnica de extração da tese jurídica da decisão e sua vinculação aos órgãos julgadores de instância inferior contribuem com a busca de uniformização do sistema jurídico brasileiro. O uso dos precedentes com a vinculação da *ratio decidendi* auxiliaria a efetivação dos princípios constitucionais: o princípio da isonomia, pelo qual todos

os cidadãos devem receber o mesmo tratamento do Poder Judiciário, e o princípio da segurança jurídica, pelo qual os jurisdicionados devem ter a oportunidade de ter acesso aos seus direitos e deveres, bem como a maneira de aplicação das leis pelo ente público.

Por fim, é bastante possível a obtenção de maior uniformidade, previsibilidade e isonomia na realização do direito no sistema brasileiro. Para tanto, é imprescindível que haja uma maior cultura na utilização dos institutos oriundos do *common law*.

### REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Judith Martins. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. Publ. 2012. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/345-artigos-dez-2011/8363-o-recurso-extraordinario-e-a-transformacao-do-controle-difuso-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria dos precedentes, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

\_\_\_\_\_. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 3.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Problemas da filosofia do direito**: ensaios sobre a teoria do direito e filosofia. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 34, n. 172, p. 175-232, 2009.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário jurídico**. 6. ed. Lisboa: Pergaminho, 1994.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes - o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, nº103, p. 88, 2006.

MERRYMAN, John Henry. **La traducción romano-canónica**. Tradução de Carlos Sierra. 2. ed. México: FCE, 1989.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

## **Jurisprudência**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº1.987. Relator Maurício Corrêa. Disponível em : <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2977597/reclamacao-rcl-1987-df-stf>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Reclamação nº 2.291. Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14809560/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-2291-rj-stf>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Reclamação nº4.387. Relator Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779302/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-4387-pi-stf>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Reclamação nº2.475. Relator Carlos Vellozo. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506563>>. Acesso em: 30 mar. 2012.