



**A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS SOB O PRISMA DO ACESSO À JUSTIÇA E
SEGURANÇA JURÍDICA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A APROXIMAÇÃO POR HIBRIDEZ
ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW***

Letícia Franchin

Thaís Felix

Resumo

A constitucionalização do direito processual civil trouxe a necessidade de ampliação da função exercida pelo Judiciário, impactando diretamente nas próprias fontes do direito brasileiro. Considerando que tal ampliação representa riscos consideráveis à isonomia e à segurança jurídica, o sistema processual pátrio incorporou, a partir do processo de aproximação de culturas jurídicas, o sistema de precedentes como forma de controle de decisões judiciais, o qual será brevemente analisado no presente trabalho.

Abstract

The constitutionalization of the civil procedural law brought the need to expand the role exercised by the Judiciary, directly impacting the sources of Brazilian law. Considering that such expansion represents considerable risks to isonomy and legal security, the national procedural system incorporated, from the process of approximation of legal cultures, the system of precedents as a way of controlling judicial decisions, which will be briefly analyzed in the present work.

Palavras chaves

Precedentes vinculantes; Common Law; Civil Law; uniformização jurisprudencial; constitucionalização; acesso à justiça; isonomia; segurança jurídica.

Keywords

Binding precedents; Common Law; Civil Law; jurisprudential uniformity; constitutionalization; access to justice; isonomy; legal certainty.



Sumário

1. Constitucionalização do sistema processual e o acesso à justiça; 2. Precedentes judiciais como instrumento de igualdade e segurança jurídica; 2.1 Objetivos e benefícios da técnica do *stare decisis*; 2.2 Distinção dos precedentes entre os sistemas do *civil law* e do *common law*; 2.3 Lei como fonte da vinculação dos precedentes no ordenamento brasileiro.

Introdução

A busca por um sistema mais célere, isonômico e resguardado pela segurança jurídica é um desafio vivenciado há décadas pelos operadores do direito pátrio. A uniformização da jurisprudência passou a ser perseguida pela legislação processual civil como promessa de assegurar os valores acima mencionados.

O uso da técnica legislativa de valorização dos precedentes como meio de nivelamento da jurisprudência se intensifica a cada alteração normativa. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o legislador buscou sistematizar essa técnica, conforme exposto no item 2.3. Diante desse cenário, muito se especula sobre o uso dos precedentes no *civil law* e a aproximação com o *common law*.

O presente artigo visa identificar a razão da incorporação dos precedentes no ordenamento jurídico pátrio e sua compatibilidade sistêmica com a realidade vivenciada pelo judiciário brasileiro em confronto com sua razão de existência no *common law*. Para tanto, realizou-se uma breve análise acerca das causas precursoras das adversidades enfrentadas, seguida por breve exposição da técnica de vinculação dos precedentes; prosseguindo, expôs-se os pontos divergentes e os convergentes entre os sistemas jurídicos, bem como os instrumentos processuais atinentes ao tema. Por fim, constam breves considerações acerca da aproximação e aculturação jurídica entre os sistemas em enfoque.

1. Constitucionalização do sistema processual e o acesso à justiça

É notória a maior relevância e atenção conferida às disposições constitucionais a partir de 1988, sendo possível a constatação de um movimento de centralização do direito brasileiro a partir do texto constitucional, ênfase antes atribuída ao Código Civil sob uma ótica privatista.



Assim, nas últimas décadas, a Constituição Federal se tornou uma espécie de filtro, uma base, através e sob a qual se deve ler todo o ordenamento jurídico¹.

Destarte, nas últimas décadas seguimos a tendência moderna de sistematizar os requisitos para obtenção de uma tutela adequada do ponto de vista do acesso à justiça sob as premissas constitucionais, metodologia que Luigi Paolo Comoglio denominou de fase do direito processual constitucional².

Neste contexto constitucionalizado, o processo civil deve ser observado sob o prisma da democracia, vertente que lhe confere a legitimidade necessária à efetivação do acesso à justiça, garantia inerente à pessoa humana. A ciência jurídica processual, portanto, representa verdadeiro meio de comunicação entre o poder público, prestador do serviço, e a sociedade, objetivando a entrega da tutela jurisdicional^{3,4}.

No caso do Brasil, o acesso à justiça, assim entendido como direito humano, foi incorporado à ordem jurídica a partir de sua codificação no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, tornando-se também direito fundamental, enfatizando a necessidade de que o jurisdicionado, além de conhecer o seu direito, conheça os métodos disponíveis para sua concretização.

¹ BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**, p. 09. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf. Acesso em 23 de dezembro de 2020.

² COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e giusto processo* apud MELO, Gustavo de Medeiros. *O Acesso Adequado à Justiça na Perspectiva do Justo Processo*, p. 19. Texto publicado na seguinte coletânea: LUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil* apud MELO, Gustavo de Medeiros. **O Acesso Adequado à Justiça na Perspectiva do Justo Processo**. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, coord: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2006, p. 25.

⁴Tal faceta do processo civil decorreu da crescente preocupação acerca dos direitos humanos promovida no Estado Social de Direito. A partir da convalidação da antiga conformação do estado essencialmente assentada no liberalismo para o Social de Direito, emergiram questões envolvendo o dever prestacional do Estado em relação a efetivação de direitos humanos, o que pode ser entendido, na visão de Vojin Dimitrijevic, como um conjunto de valores instrumentais que possibilita e assegura outros valores mais profundos e preciosos ao desenvolvimento da pessoa humana, como a dignidade humana. DIMITRIJEVIC, Vojin. *Os direitos humanos e a paz. Direitos Humanos: novas dimensões e desafios* / Janusz Symonides. – Brasília: **UNESCO Brasil**, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003 p. 82. Os direitos humanos, contudo, não se confundem com o conceito de direitos fundamentais, previstos modernamente no artigo 5º da Constituição Federal. Neste sentido, Ana Maria D’ávila Lopes ressalta os direitos humanos como “princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos”. Por outro lado, direitos fundamentais podem ser traduzidos como direitos constitucionalmente garantidos às pessoas físicas e jurídicas, limitados espacial e temporalmente. LOPES, Ana Maria D’ávila. *A era de direitos de Bobbio*. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 7-19, out./dez. 2011. p. 11.



Não por outro motivo a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê em seu artigo 10º o direito inerente da pessoa humana à jurisdição, pacto este abraçado pela Constituição brasileira por força do artigo 5º, §2º. Considerando a extrema importância do acesso à justiça na efetivação dos direitos humanos e a responsabilidade dos Estados em relação à sua promoção e preservação, prevê o artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos o direito de todo ser humano de ser ouvido judicialmente, garantindo-se todos os meios previstos, dentro de um prazo razoável e segundo os ditames da imparcialidade⁵.

Assim incorporou-se, tanto na ordem jurídica internacional quanto na brasileira, o acesso à justiça como garantia fundamental do ser humano na medida em que este permite a veiculação de pretensões reparatórias ou preventivas perante o judiciário, evitando lesões ou pleiteando direitos, segundo ordenamento vigente.

A ênfase que se atribui ao acesso à justiça na ordem constitucional moderna é inegável e inerente ao seu próprio conceito, o qual Mauro Cappelletti e Bryant Garth resumiram como “o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos”⁶.

Segundo as conclusões de Cappelletti e Garth, a evolução do instituto do acesso à justiça pode ser observada por meio de três ondas renovatórias que tratam de reformas visando a efetivação de tal direito. A primeira delas considerou os elevados custos da demanda que comprometeram especialmente as pequenas causas, o que resultou na implantação de isenção de custas aos hipossuficientes⁷. A segunda onda de acesso considerou a problemática da representação processual em juízo de interesses de natureza coletiva, assim entendidos atualmente como os direitos difusos, o que resultou na defesa de um sistema adequado à tutela de interesses coletivos em juízo⁸. Por fim, a terceira onda renovatória introduziu um sistema de assistência jurídica aos incapacitados de custear a atuação de um advogado, democratizando o acesso técnico aos tribunais e a paridade de armas⁹.

Atualmente admite-se a ampliação do conceito acima mencionado, devendo o acesso à justiça ser considerado como ponto central do processo civil, cabendo ao estudioso

⁵ Destaca-se que a Convenção Americana se integrou ao ordenamento jurídico brasileiro através do decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, com status de Emenda Constitucional, pois aprovado sob o rito estabelecido pelo art. 5º, §3º, da Constituição Federal.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2015. p. 12

⁷ Ibid. p. 32.

⁸ Ibid. p. 42

⁹ Ibid. p. 68.



da área analisá-lo sob prismas diversos que não só o jurídico, mas também o sociológico, econômico, psicológico e político, para concretização de seus objetivos¹⁰

Neste contexto, Antônio Herman V. Benjamin conceitua o acesso à justiça sob três prismas distintos. Por um viés mais restritivo, significa o acesso ao judiciário e à tutela jurisdicional e, em sentido amplo, traduz o respeito à tutela de direitos e interesses violados, seja ou não pela via judicial. Por fim, em sentido integral, o conceito vincula a possibilidade de o jurisdicionado acessar a jurisdição com todos os meios e instrumentos inerentes ao seu exercício, quer sejam judiciais ou não, estando seus titulares aptos de todas as formas a exercer tal direito¹¹.

Adriana Goulart de Sena ressalta que o acesso à justiça pode ser abordado por várias perspectivas. Para o jurisdicionado, o instituto trata do direito de ter sua demanda apreciada e influenciar ativamente nesse processo através do pronunciamento de suas razões nos autos. Já para a sociedade, traduz-se na obtenção de uma tutela efetiva e eficaz, considerando o exercício da jurisdição como um serviço público.¹²

Já Gustavo Medeiros de Melo ressalta que o estudo do acesso à justiça sob o prisma único e exclusivo da efetividade e adequação reduz a análise a ser feita, eis que a tutela jurisdicional deve ser analisada sob critérios mais amplos, devendo nos ater também aos conceitos de legitimidade, tempestividade e efetividade.¹³

Também com vistas à modernização e adequação do conceito desenvolvido por Cappelletti, Kim Economides reforça a necessidade de encontrarmos meios adequados para efetivação dos direitos já previstos. Neste íterim, o jurista sugere a existência de uma quarta onda renovatória do acesso à justiça ligada ao acesso do próprio profissional do direito. Este tema é afeto à qualidade da justiça e preocupa-se precipuamente com o oferecimento de níveis mínimos de profissionalização e controle da admissão nas carreiras jurídicas pelas faculdades de direito e organismos profissionais, que devem pautar-se, sobretudo, no respeito aos direitos humanos.¹⁴

Foi, a propósito, o resultado do próprio processo de constitucionalização do processo civil e a ampliação qualitativa da garantia do acesso à justiça que acabou por alterar

¹⁰ Ibid. p. 13

¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 07

¹² SENA, Adriana Goulart de. Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v.46, n.76, p.93-114, jul./dez. 2007. p. 111

¹³ MELO, Gustavo de Medeiros. A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004. **Revista do Processo**, São Paulo, n. 124, junho. 2005. p. 124

¹⁴ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? Cidadania, justiça e violência. **Ed. Fundação Getúlio Vargas**, Rio de Janeiro, 1999. p. 73.



significativamente as próprias fontes do direito brasileiro. A partir da fixação de parâmetros mínimos de respeito aos direitos fundamentais e humanos previstos na Carta Constitucional, a lei codificada perdeu a importância originária como fonte do direito, ensejando considerável inovação na função judicial a fim de garantir um provimento efetivo ao jurisdicionado. Os juízes, portanto, deixaram de apenas declarar o conteúdo da lei, passando a exercer papel extremamente relevante na interpretação da vontade legislativa¹⁵.

Contudo, apesar de representar grande ruptura no paradigma processual antes vigente, garantindo maior efetividade ao direito humano internacionalmente reconhecido ao acesso à justiça, a função interpretativa do juiz, em certo grau, propicia a obtenção de provimentos distintos, o que em nada colabora com a manutenção da segurança jurídica que deve vigor no estado democrático de direito.

A segurança jurídica pode ser analisada sob duas óticas distintas, uma subjetiva e outra objetiva. Sua vertente objetiva diz respeito à irretroatividade dos atos praticados pelo Estado, ainda que de natureza legislativa, preservando direitos adquiridos, conforme previsto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. De outro lado, sua natureza subjetiva diz respeito à confiabilidade do direito e aos atos do Estado de maneira geral.¹⁶

Assim, a segurança jurídica relaciona-se intrinsecamente com o próprio acesso à justiça na medida em que permite um provimento, além de célere e adequado, igualitário. Isto significa dizer que o jurisdicionado não pode sofrer tratamento desigual diante de demandas de cunho semelhante, sob pena de caracterizar-se efetiva violação ao preceituado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Sobre a necessidade de previsibilidade no Direito, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas afirmam que “o risco de que as decisões judiciais sejam arbitrárias aumenta consideravelmente num contexto em que, se sabe, a letra da lei não é, muitas vezes, a base das decisões judiciais”¹⁷. Assim, a instabilidade das sociedades transmutou a significação do

¹⁵ LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, SACONATO, Thais Estevão. A teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro: segurança jurídica e acesso à justiça. **Acesso à justiça II** (Recurso eletrônico on-line) organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom. Helder Câmara; coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, José Querino Tavares Neto, Camila Silva Nicácio -Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/368>. Acesso em 24 de dezembro de 2020. p. 219

¹⁶ SILVA, Almiro do Couto. O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular Seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, p. 271-315, Jul./Set. 2004. p. 274

¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso-Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. p. 29



princípio da segurança jurídica, que não mais se refere à manutenção do *status quo*, mas sim com a previsibilidade na aplicação do Direito¹⁸

As decisões judiciais devem, portanto, seguir um padrão e não meramente o texto da lei, aspecto que lhe confere previsibilidade, protegendo o jurisdicionado de decisões arbitrárias em respeito ao Estado de Direito¹⁹. É através da preservação da segurança jurídica que supre-se a necessidade de garantir o exercício jurisdicional de modo justo e igualitário, evitando-se a prolação de decisões conflitantes em todo o território nacional.

Com base em tal constatação é forçoso admitir a criação de impactos indesejáveis a partir da ampliação do conteúdo do acesso à justiça. Ainda que não restem dúvidas que o acesso à justiça, efetivado através da interação de outras garantias fundamentais, traduz-se em verdadeiro respeito à dignidade humana, é necessário ressaltar que a incorporação do instituto como direito amplamente garantido também ocasionou reflexos preocupantes no sistema jurídico.

Isto porque, ao passo em que o movimento de reconhecimento de direitos materiais e do próprio direito de litigar ampliou os horizontes de atuação de parcela da população, tornaram-se necessários maiores esforços do Poder Judiciário a fim de conter tal demanda, oferecendo provimentos isonômicos, efetivos e céleres.

Cientes de possíveis problemáticas, Mauro Cappelletti e Bryan Garth afirmam que as ondas de reforma do acesso à justiça resultaram no aumento drástico da pressão exercida sobre o judiciário, reconhecendo os “perigos em introduzir ou mesmo propor reformas imaginativas de acesso à justiça”²⁰. Destarte, importante considerar não somente as benesses decorrentes da evolução e ampliação do acesso à justiça, mas também a necessidade de analisar amplamente suas consequências, ainda que indesejadas, repensando o direito processual no sistema jurídico e o modo de litigar²¹.

Resta, portanto, caracterizado um dos principais desafios a ser vencido pela sistemática processual moderna, o de se garantir a isonomia perante o Judiciário em território nacional, que conta atualmente com 14.792 unidades judiciárias apenas em primeira instância.²²

2. Precedentes judiciais como instrumento de igualdade e segurança jurídica

¹⁸ Ibid. p. 46.

¹⁹ Ibid. p. 31.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2015. p. 164

²¹ PORTO, Sérgio Gilberto. **Processo Civil Contemporâneo: Elementos, ideologia e perspectivas**, Bahia: Editora Jus Podium. 2018. p. 110

²² Dados disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf> Acesso em 23 de Setembro de 2020.



A exposição da problemática acima leva à inafastável conclusão de que o sistema judiciário brasileiro pode falhar na missão de assegurar o devido e amplo acesso à justiça em sua vertente da isonomia ao não garantir ao jurisdicionado de maneira eficaz o direito a um provimento judicial igualitário. Neste contexto, decisões conflitantes sobre demandas semelhantes são rotineiramente vivenciadas pelos operadores do direito.

As causas que levam a esse resultado são diversas, podendo ser relacionadas, inclusive, à fonte em que o sistema do *civil law* busca segurança jurídica e igualdade: o direito codificado e pretensiosamente completo.

Tal tradição, amplamente influenciada de modo político e cultural pela Revolução Francesa, assentou-se, inicialmente, na criação de um ordenamento no qual a função do Poder Judiciário se restringia a aplicar a lei. Imaginou-se, à época, que a legislação seria suficientemente clara e completa, afastando-se a possibilidade de interpretação pelo magistrado e, conseqüentemente, o cometimento de arbitrariedades²³.

Contudo, o objetivo de garantir isonomia aos jurisdicionados e previsibilidade das decisões a partir da aplicação pura da lei ao caso concreto encontrou dificuldade em se manter após o neoconstitucionalismo. Tal fenômeno acarretou a necessidade de interpretar-se a lei em conformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição²⁴ e, como resultado, o papel do Poder Judiciário foi alterado, cabendo-lhe assegurar os direitos humanos ao exercer a jurisdição²⁵.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. A aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.497, p.2119-5648, 2009. p.35.

²⁴ “A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.” MARINONI, Luiz Guilherme. A aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.497, p.2119-5648, 2009. p.38.

²⁵ QUEIROZ, Estefânia Maria de. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica reflexões críticas a partir da 2011 aproximação dos sistemas de common law e civil law**. Orientadora: Katya Kozicki. 2011. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. p.179.



Inegável, portanto, que o juiz em exercício no sistema do *civil law* não mais detém a única e exclusiva missão de aplicar a lei escrita, mas sim de interpretar o direito, o que pode ocasionar certa imprevisibilidade das decisões proferidas em território nacional.

Assim, o contexto atual vivenciado pelo Judiciário pátrio acarreta certas instabilidades aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, tais como a segurança jurídica, legalidade e isonomia, os quais se relacionam intrinsecamente, resultando na necessidade de evitar discrepâncias no tratamento conferido aos casos submetidos à avaliação judicial. Trata-se, portanto, da necessidade de uniformizar os entendimentos judiciais, o que pode ocorrer por meio de vários instrumentos, entre eles o sistema de precedentes²⁶, conforme será demonstrado adiante.

2.1 Objetivos e benefícios da técnica do *stare decisis*

O *stare decisis* é uma doutrina moderna²⁷ que estuda o uso dos precedentes, amplamente difundida nos países anglo-saxões seguidores do sistema jurídico *common law*²⁸. A nomenclatura completa é “*stare decisis et quieta non movere*”, podendo ser traduzida como “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”²⁹.

A referida doutrina preconiza que um determinado precedente judicial deve ser seguido em demandas futuras caso as causas guardem compatibilidade entre os fatos

²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso-Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 3ª ed, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. p. 122.

²⁷ A referida doutrina possui duas vertentes de aplicação: a vertical e a horizontal. Enquanto no sentido vertical exige-se que os tribunais inferiores observem os precedentes das cortes superiores, no horizontal há observância do tribunal sobre suas próprias decisões. DENCZUK, Tatiana e PETRY, Lucas. Precedentes Judiciais: uso e evolução do direito brasileiro. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região, v. 7, n. 70, jul. 2018. p.135. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/146694>. Acesso em 29 de agosto de 2020.

²⁸ QUEIROZ, Estefânia Maria de. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica reflexões críticas a partir da 2011 aproximação dos sistemas de common law e civil law**. Orientadora: Katya Kozicki. 2011. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. p.168.

²⁹ DENCZUK, Tatiana e PETRY, Lucas. Precedentes Judiciais: uso e evolução do direito brasileiro. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região, v. 7, n. 70, jul. 2018. p.140. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/146694>. Acesso em 29 de agosto de 2020.



materiais e o resultado de uma lide anterior. Assim, “o precedente obrigatório deve ser observado independentemente de o aplicador reputá-lo bom ou ruim, justo ou injusto”³⁰.

O fundamento de criação e utilização do *stare decisis* é a materialização da segurança jurídica e a manutenção da coerência do sistema jurídico de modo geral. Não se trata, portanto, apenas de uma relação hierárquica entre Cortes³¹, visando ao jurisdicionado isonomia e previsibilidade. A adoção da uniformização da aplicação do direito por meio do respeito aos precedentes objetiva benefícios práticos como a eficiência da justiça e a manutenção da confiabilidade ao Poder Judiciário, além de evitar litígios desnecessários³².

Especificamente no caso do do sistema judicial brasileiro, a função uniformizadora é exercida pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, aos quais compete o zelo pela legislação federal e pelo texto constitucional, respectivamente. Tanto assim que Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ressaltam que a função exercida tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal, ao definir o correto sentido do direito constitucional ou federal aplicável a cada caso concreto, faz nascer um provimento jurisdicional com caráter de norma jurídica dotada de autonomia em face da lei, evitando a desigualdade do jurisdicionado frente às interpretações divergentes de controvérsias semelhantes perante tribunais locais.³³

É evidente, portanto, que o pronunciamento das Cortes faz surgir uma norma jurídica, o que enfatiza a necessidade de sua uniformização a fim de resguardar a segurança jurídica e a aplicação isonômica do ordenamento, que não se restringe ao direito codificado, o que pode ser viabilizado pela incorporação do sistema de precedentes.

2.2 Distinção dos precedentes entre os sistemas do *civil law* e do *common law*

³⁰SANTOS, Ramon Ouais. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. **Revista de Processo Online**, São Paulo, v. 42, n. 272, out., 2017. p. 6.

³¹ Ibid. p. 4.

³² QUEIROZ, Estefânia Maria de. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica reflexões críticas a partir da 2011 aproximação dos sistemas de common law e civil law**. Orientadora: Katya Kozicki. 2011. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. p.180.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Cultura religiosa, previsibilidade e unidade do direito pelo precedente**. Annual Conference of International Association of Procedural Law. Seoul: IAPL. 2015. p. 49-66.



A utilização de precedentes judiciais está presente tanto no *civil law* quanto no *common law*, sua aplicabilidade, entretanto, é distinta na medida da importância que assume em cada sistema. Saber o motivo que leva a observar um precedente elucida a questão.

Aos signatários do *common law*, os precedentes, através da utilização do *stare decisis*, têm força coercitiva devido às normas de prática chamadas de normas do precedente ou “rules of precedent”, as quais buscam tornar efetiva a norma fundamental.³⁴

Contudo, o sistema jurídico pautado no *common law* e o *stare decisis* não se confundem, tratando este último de uma doutrina voltada ao estudo e aplicação dos precedentes, como exposto no ponto 2.1. Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni pontua que o *common law* existiu por vários séculos sem a presença do *stare decisis*, sendo esta apenas um elemento moderno deste sistema, uma ferramenta utilizada para intensificar a harmonização do sistema³⁵.

No caso do *common law* britânica, que teve seus domínios expandidos às colônias, estudiosos afirmam que o estabelecimento da força vinculante do precedente como hoje

³⁴ Estefânia pontua que há distinção de aplicação dos precedentes entre os seguidores do *common law*, entretanto ambos as decisões passadas são observadas para assegurar a segurança jurídica: “a doutrina inglesa do precedente está em constante mutação. Não obstante, devem-se observar algumas premissas relacionadas ao respeito de uma única decisão de uma Corte superior. Primeiro, a decisão de determinada Corte é um precedente persuasivo para as Cortes superiores aquela na qual foi emanada a decisão. Em segundo lugar, uma única decisão é sempre um precedente vinculante em relação a Cortes inferiores àquela da qual o precedente foi emanado. Por fim, todas as Cortes estão vinculadas a suas prévias decisões, com exceção da House of Lords. (...) nos EUA, a doutrina do precedente foi construída pelo reconhecimento de que decisões judiciais têm força de lei e devem ser respeitadas, não apenas pelas partes envolvidas no caso em particular, mas também pelo governo, pelo público, por advogados e pelos próprios tribunais. uso do precedente pelos tribunais americanos deve ser considerado, segundo SELLERS, muito mais como uma tradição ou prática, do que efetivamente como uma doutrina jurídica, uma vez que está tão enraizado na cultura jurídica, que é aplicado sem muita reflexão pelos juízes.”. QUEIROZ, Estefânia Maria de. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica reflexões críticas a partir da 2011 aproximação dos sistemas de common law e civil law**. Orientadora: Katya Kozicki. 2011. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. p.172-173.

³⁵ O autor pontua que “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, constitui o cume de uma evolução em direção à vinculação da House of Lords às suas próprias decisões, pois o conceito de rules of precedent e a ideia de vinculação (binding) foram consolidados no período entre 1862 e 1900”. MARINONI, Luiz Guilherme. A aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.497, p.2119-5648, 2009. p.16.



conhecemos solidificou-se no século XIX, até então o que observava-se era meramente o reporte de casos anteriores como forma de orientar e persuadir o magistrado³⁶.

No período compreendido entre o século XIII e século XVI, vigeu a noção de que apenas um caso não constitui um precedente com força obrigatória. Por outro lado, os costumes amplamente reconhecidos e aceitos pela sociedade possuíam uma grande força persuasiva. Foi apenas no século XVII que reconheceu-se pela primeira vez a força vinculante de uma decisão, incorporando a ideia de que um caso único pode sim ser a fonte normativa para o julgamento de casos sucessores.³⁷ Foi desenvolvida desde muito cedo, portanto, a ideia de que as fontes normativas não advém, necessariamente, do comando estatal, como é o caso dos costumes e do respeito às decisões anteriores.

Assim, pode-se afirmar que, no sistema do *common law*, a força normativa de uma regra baseia-se na noção de que sua influência não se restringe aos comandos estabelecidos pelo Estado, em grande medida a força de um comando encontra-se estabelecida no próprio costume ou modo de agir.³⁸

Não significa, contudo, dizer que tal sistema baseia-se exclusivamente na força sócio normativa emanada de um costume amplamente adotado ou de uma decisão emanada pela autoridade competente. Quando tratamos especificamente do sistema inglês, as fontes

³⁶ "Precedent emerges late in the history of the common law – it would take until the nineteenth century for the courts to become properly equipped to develop the common law according to the principle that like cases should be treated alike. Before then, a case (or line of cases) would typically be treated as persuasive rather than as binding authority – as something which judges might recognise as venerable legal opinion, and which a lawyer might rely on in court because it provided evidence of what the common law was rather than because it was itself common law." DUXBURY, Neil (2017) Custom as law in English law. **Cambridge Law Journal**. p. 06.

³⁷"In fact, a description of the value of precedent in England during the "Year Book" period, from approximately the thirteenth century to the sixteenth century, sounds like a description of the doctrine of jurisprudence constante: "A single case was not a binding authority, but a well-established custom (proved by a more or less casual citing of cases) was undoubtedly regarded as strongly persuasive. 30 However, in the seventeenth century, the binding force of a decision of the Exchequer Chamber was recognized.3 Referring to the seventeenth century, Plucknett notes, 'Here we find for the first time the principle that a single case may be a binding precedent, but such high authority attaches only to decisions of the Exchequer Chamber.'"ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation, **Louisiana Law Review**. 2005. p. 784.

³⁸ "On the view put here, the rule of law cannot be limited to the rule of state law. If the law of a state is largely disregarded because subjects consider it to be an alien element enjoining them to flout their own sense of right, but general rules expressed in a customary law are largely observed, the conditions for the rule of law would appear to be present." GORDON, R. Woodman. **Customary Law in Common Law Systems**. IDS Bulletin. Vol 32. n. 1, 2001. p. 31.



primárias do direito incluem os precedentes e a legislação, como os estatutos ou Atos do Parlamento, leis escritas aprovadas a partir do trâmite legislativo adequado³⁹. Ocorre que a legitimação dos precedentes como fonte do direito independe da legislação, figurando ambas em igualdade como sustentáculo do sistema jurídico.

Já no *civil law*, em especial no sistema brasileiro, os precedentes em regra não são de observância obrigatória, sendo conferida aos juízes a faculdade de decidir de modo distinto em casos semelhantes, desde que de modo fundamentado. Assim o papel inicial dos precedentes é meramente persuasivo, de modo muito semelhante aos estágios de desenvolvimento inicial do *common law*.

Isto porque a tradição do sistema *civil law* enfatiza a lei escrita como ponto central do sistema jurídico. Essa tendência remonta à Revolução Francesa, quando os conhecidos atritos vividos em meados do século XVIII apresentaram ao mundo um sistema rígido de separação de poderes. Neste contexto, o Poder Judiciário sofreu notáveis impactos, sendo os juízes limitados à mera aplicação da lei, que deveria ser clara e precisa.⁴⁰

A lei escrita surgiu, portanto, como uma garantia do Estado de Direito, sendo a atuação do magistrado extremamente limitada como forma de fazer prevalecer a soberania legislativa. Tais concepções, como já sinalizado acima, evoluíram com o passar do tempo e hoje, diante das dificuldades apresentadas na administração da justiça, vivencia-se uma tendência de criação de mecanismos de unificação da jurisprudência, valorizando-se a eficácia do precedente.

Como consequência, mediante expressa disposição normativa, o ordenamento brasileiro passou a prever, tanto na Constituição quanto em disposições infraconstitucionais, instrumentos que conferem efeito vinculante a determinados precedentes judiciais, os quais serão abordados no item 2.3.

³⁹ Disponível em: <<https://www.iclr.co.uk/knowledge/topics/the-english-legal-system/>> Acesso em 24 de Outubro de 2020.

⁴⁰ Como dito, a Revolução Francesa pretendeu proibir o juiz de interpretar a lei. Imaginava-se que, com uma legislação clara e completa, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei, e, desta maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar o alcance da lei e sem nunca se deparar com a sua ausência ou mesmo com conflito entre as normas. Na excepcionalidade de conflito, obscuridade ou falta de lei, o juiz obrigatoriamente deveria apresentar a questão ao Legislativo para a realização da “interpretação autorizada”. MARINONI, Luiz Guilherme. A aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009, p. 31.



Neste ponto é que reside a maior diferença entre a adoção dos precedentes em ambas as culturas jurídicas. Enquanto no *common law* a observância dos precedentes decorre de uma tradição que visa evitar decisões inconsistentes e instáveis, no sistema do *civil law* a vinculação emana da lei. Há uma inviabilidade aparente entre as culturas jurídicas que impede a simples importação das ferramentas utilizadas no *common law*, levando à conclusão de que a doutrina do *stare decisis*, como uma teoria autônoma, pode ser utilizado no Brasil⁴¹, entretanto deve ser adaptado à realidade pátria.

2.3 Lei como fonte da vinculação dos precedentes no ordenamento brasileiro

A busca pela uniformização da jurisprudência nacional acompanha as reformas legislativas e, com elas, a valorização dos precedentes é intensificada. Como exposto nos tópicos antecedentes, a vinculação dos precedentes no ordenamento pátrio decorre de previsão normativa, constitucional ou infraconstitucional⁴², acompanhada de travas processuais que direcionam a observância da tese pré-fixada.

Em sede constitucional, as teses que possuem vinculação sobre os demais órgãos judiciais e administrativos são: controle de constitucionalidade⁴³ e súmula vinculante⁴⁵. Já

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009. p.19.

⁴²Há doutrinadores que levam à inconstitucionalidade do efeito vinculante previsto exclusivamente em lei infraconstitucional, por entenderem que somente a Constituição Federal pode prever tal obrigatoriedade, sob pena de ferir a separação de poderes. Nesse sentido: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 15a ed. São Paulo: RT, 2015. p.370. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **O regime do precedente judicial no novo CPC**. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 454

⁴³ O controle de constitucionalidade brasileiro é classificado como misto, por prever forma concentrada e difusa. Somente o Supremo Tribunal Federal (STF) atua em ação concentrada (Art. 102, § 2º da CF/88.), gerando decisões de efeito erga omnes, ex tunc e vinculantes à administração pública de todas as esferas federativas e aos órgãos do poder judiciário, com ressalva da própria corte superior. Já a via difusa pode ser utilizada por todos os magistrados, em qualquer instância, sendo aplicada em regra somente no caso concreto, conquanto há novo entendimento que atribui os mesmos efeitos do controle concentrado à via difusa quando emanada decisão pelo STF, sendo chamada de abstrativização do controle difuso, passando a ter força vinculante e eficácia contra todos.

⁴⁴ Houve mutação constitucional da interpretação dada ao artigo 52, X, da CF 88. A teoria da abstrativização do controle difuso traz aplicação dos efeitos do controle concentrado ao controle difuso, assim ao declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo pelo STF, em controle difuso, a decisão terá efeito vinculante e “erga omnes”, cabendo à corte somente e o STF apenas comunicar ao Senado a fim de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido. STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 (Info 886).



sob previsão infraconstitucional os enunciados de súmula emitidos pelo STF e STJ^{46,47} os recursos extraordinário e especial repetitivos⁴⁸, o incidente de assunção de competência (IAC)⁴⁹ e o recente incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR)⁵⁰. São institutos de fixação de tese de direito de competência exclusiva de tribunais superiores, com ressalva ao IRDR⁵¹ e IAC.

Assim, ao adotar o sistema de precedentes, o sistema pátrio rompe com a tradicional forma desenvolvida nos sistemas baseados no *civil law*, nos quais o precedente é extraído

⁴⁵ Inserida no ordenamento brasileiro via emenda constitucional (Emenda Constitucional 45/ 2004, incluiu artigo 103-A na CF88), a súmula vinculante, regulamentada pela Lei nº 11.417/2006, representa decisões reiteradas do STF sobre matéria constitucional sedimentas em um enunciado, este geral e abstrato, desvinculado de contextos fáticos, que após aprovação por dois terços dos membros, tem efeito vinculante sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública federal, estadual e municipal, não se aplica efeito vinculativo à própria corte superior e ao Poder Legislativo.

⁴⁶ Ao STF, além da emissão de súmulas vinculantes, cabe publicações de enunciados de súmula sobre matéria constitucional. A interpretação de lei infraconstitucional é atribuição do Superior Tribunal de Justiça, sendo facultada a emissão de enunciados de súmulas, representantes da jurisprudência sobre o tema. Em ambos os casos era atribuído apenas efeito persuasivo, entretanto com o advento do CPC/15 passou a ter consequências a não observância, conforme será desenvolvido adiante.

⁴⁷ Foi acrescentado no CPC/73 nos arts. 543-B e 543-C ao Código de Processo Civil de 1973. O art. 543-B tratava dos Recursos Extraordinários Repetitivos e o art. 543-C dispôs sobre a tramitação dos Recursos Especiais Repetitivo. O novo Código aprimorou a regulamentação existente e tratou de forma unificada a tramitação desses dois recursos excepcionais nos arts. 1.036 a 1.041. Sobre o tema: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/195/edicao-1/recurso-extraordinario-e-recurso-especial-repetitivos>. Acesso em 02 de setembro de 2020.

⁴⁸ Recurso repetitivo, representa uma forma de julgamento, na qual havendo multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito escolherá processos paradigmas da controvérsia para afetação pelo Tribunal Superior competente, que fixará tese de aplicação imediata a todos os processos com questão idêntica.

⁴⁹ O IAC (Art. 947, CPC) é instrumento de prevenção de casos repetitivos, tendo cabimento em duas hipóteses: a) em questão quando do julgamento de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária, envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos; b) ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Podendo ser utilizado pelos tribunais de segunda instância, bem como os superiores.

⁵⁰ O IRDR é inovação do CPC/15, consistindo em um incidente processual que visa fixar tese de direito a ser observado nos casos presentes e futuros sobre a controvérsia. Tendo como requisitos: efetiva repetição de demandas processuais que contenham divergência sobre a mesma questão de direito; e oferecer risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. É instrumento voltado, em regra, aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, tendo em vista a aplicação dos recursos repetitivos aos tribunais superiores.

⁵¹ Por ausência de previsão legal, o IRDR somente caberia diretamente no tribunal superior se for o caso de competência originária ou competência recursal ordinária. Sobre o tema: o STJ entendeu pela aplicação nas demandas originárias, AgInt na PETIÇÃO Nº 11.838 - MS (2016/0330305-6), Relatora Ministra Laurita Vaz, R. p/acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Restou vencida a Ministra relatora, por entender que o IRDR somente seria cabível aos tribunais de segunda instância. Já o STF se posicionou contrário à aplicação do incidente na corte, se limitando aos tribunais de segunda instância, Petição (PET) 1.738, de relatoria do ministro Celso de Mello.



exclusivamente a partir de um conjunto de decisões orientadas no mesmo sentido, destacando-se um caso específico que é escolhido para servir de linha mestra e guia aos casos sucessores. O enfoque atribuído ao precedente é o de caráter preventivo, ou seja, a primeira decisão proferida é a uniformizadora e será aplicada aos demais casos.⁵²

Atualmente inexistente sanção direta ao magistrado que deixa de observar o precedente pertinente ao caso, apesar da existência de mecanismos de readequação e reforma da decisão judicial. Dentre as reformas legislativas, o Código de Processo Civil⁵³ se destaca ao buscar sistematizar os precedentes de observância obrigatória (art. 927) e as decorrentes travas processuais que direcionam aplicação aos casos análogos⁵⁴, prevendo como diretriz aos tribunais o dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926).

As consequências processuais que recaem sobre o desrespeito aos precedentes vinculantes são: imposição de improcedência liminar do pedido⁵⁵; dispensa de caução em execução provisória⁵⁶; dispensa de reexame quando a sentença prolatada em face do Poder Público⁵⁷; cabimento de embargos de declaração com omissão presumida⁵⁸; possibilidade de tutela de evidência⁵⁹; poder do relator em negar ou dar provimento a recurso monocraticamente⁶⁰; presunção de repercussão geral⁶¹; cabimento de reclamação⁶²;

⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso-Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. p. 127.

⁵³ A nova legislação evidenciou a configuração de três graus distintos de obrigatoriedade: fraca, quando a obrigatoriedade é apenas cultural, ou seja, segue o bom senso na prolação de decisões para que estas não conflitem com entendimentos anteriormente firmados pelo mesmo magistrado; média, quando a não observância pode ensejar medida corretiva por meio especificamente previsto para este fim, por exemplo, a não observância à decisão previamente proferida pelo STJ em caso idêntico que enseja a interposição de Recurso Especial; forte, quando trata-se de decisão de observância obrigatória, por exemplo, as decisões proferidas em recursos repetitivos. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso-Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. p.279.

⁵⁴ Sobre o tema Erik Navarro Wolkart: em meio às reformas do processo, cujo momento de *radicalização* aproxima-se com a aprovação do novo Código de Processo Civil – NCPC – revela-se claro o esforço legislativo pela introdução no processo pátrio de um sistema de precedentes judiciais ou, ao menos, de mecanismos que potencializam a força normativa e a obrigatoriedade do respeito aos precedentes”. WOLKART, Erik Navarro. Precedentes no Brasil e cultura - Um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 243, Maio 2015.

⁵⁵ Art. 332, inc. III, CPC.

⁵⁶ Art. 521, inc. IV, CPC.

⁵⁷ Art. 946, §3º, inc. III, CPC.

⁵⁸ Art.1.022, § único, I, CPC.

⁵⁹ Art. 311, II, CPC.

⁶⁰ Art. 932, incisos IV e V, do CPC.



cabimento de ação rescisória⁶³; sobrestamento dos feitos enquanto elabora a tese a ser fixada⁶⁴.

Neste contexto, nota-se uma preocupação legislativa em prever meios que evitem o desrespeito a norma que impõem a observância, são desestímulos aos sujeitos do processo⁶⁵. O escopo da norma é que os precedentes se consolidem e sejam seguidos pelo judiciário brasileiro e a elevada quantidade de medidas processuais para esse fim decorrem da resistência já existente no judiciário, tanto nas instâncias ordinárias quanto nas cortes superiores.

Como consequência da adoção do sistema de precedentes, é possível visualizar o efeito vertical e horizontal da vinculação das decisões judiciais. Verticalmente, os tribunais possuem dever legal de manter coerência e harmonização dos seus julgados. Já horizontalmente, aos magistrados de nível hierárquico inferior cabe observar e aplicar as teses pré-fixadas, a inobservância somente é possível mediante fundamentação da distinção.

Diante de tais constatações, é inapropriado dizer que o sistema do *civil law* desenvolvido no Brasil converge para um sistema baseado no *common law* em seus moldes tradicionais. Isto porque a observância dos precedentes no Brasil não decorre de costume, mas sim de uma imposição normativa que traz consequências práticas, demonstrando relutância dos operadores do direito em seguir precedentes. Entretanto, tal constatação não afasta a possibilidade de utilização dos precedentes como forma de uniformização jurisprudencial, a fim de perseguir a segurança jurídica e isonomia.

⁶¹ Art. 1.035, § 3º, do CPC.

⁶² Art. 988, do CPC.

⁶³ Art. 966, § 5º, do CPC.

⁶⁴ Art. 1.035, § 5º; Art. 1.036, § 1º; Art. 982, inciso I, ambos dispostos no CPC.

⁶⁵ Ramon Ousais Santos ressalta que o valor de precedente tem sido pensado no Brasil a partir do resultado da demanda, e não da argumentação que embasa o julgamento, levantando críticas ao sistema pátrio ao dar pouca ênfase à correlação dos fatos com a argumentação jurídica, mas sim à conclusão alcançada, que é convertida em um arranjo de palavras na forma de uma “tese” jurídica abstrata, gerando espaço para incoerências. Afastando assim o objetivo de harmonização do sistema jurídico. “A “doutrina brasileira do precedente” está mais comprometida com a solução de conflitos massificados e com a gestão dos processos do que com a exigência de que o direito produzido pelas Cortes seja racional. Por ora, trata-se de um microsistema de decisões cujos resultados vinculam a partir de um critério formal legalmente estabelecido”. Em que pese sinalize ser um avanço no sistema pátrio, o mesmo não pode afirmar seguir uma sistemática de precedentes. SANTOS, Ramon Ouais. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. **Revista de Processo Online**, São Paulo, v. 42, n. 272, out., 2017. p.6.



O sistema de precedentes pátrio, para parte da doutrina, “está mais comprometida com a solução de conflitos massificados e com a gestão dos processos do que com a exigência de que o direito produzido pelas Cortes seja racional”⁶⁶, nesse ponto se afasta da estrutura do *common law*, por não dar prioridade à harmonização do sistema, deixando em segundo plano a importância com a fundamentação e a coerência entre as decisões.

Diante de suas especificidades técnicas e culturais, é inviável sobrepor completamente as duas culturas jurídicas. Entretanto, não é impossível a sua aproximação, como restou demonstrado.

Importante destacar que a aproximação entre os dois maiores sistemas jurídicos do mundo é um fenômeno que decorre naturalmente do processo de globalização. Neste sentido, Guy Canivet afirma que as culturas jurídicas não são estáticas e fechadas, ao contrário, elas contribuem e influenciam mutuamente nos processos de transformação umas das outras a partir de um processo de aculturação. Destaca-se, contudo, que a evolução de um sistema a partir da abertura à outra tradição jurídica, por óbvio, ocasiona alguns problemas de receptividade.⁶⁷

Há de se destacar duas espécies distintas de aproximação: aquela que se dá por convergência e a aproximação por hibridiz. No primeiro, os problemas enfrentados por ambos os sistemas são idênticos, o que leva à incorporação natural e sem resistência de institutos jurídicos do sistema distinto. Por outro lado, a hibridiz decorre da incorporação de institutos por motivos distintos. Isto é, os problemas que motivam a aplicação de determinado conceito ou técnica jurídica são divergentes, mas a mesma solução parece atraente para ambos os sistemas.⁶⁸

⁶⁶SANTOS, Ramon Ouais; PUGLIESE, William Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. **Revista de Processo Online**, São Paulo, v. 42, n. 272, out., 2017.

⁶⁷ Now, the process of globalization is so powerful that, by now, all lawyers have the feeling of living a sort of generalized legal acculturation due to the competition legal systems engage in. The reason is that, whatever their national and identity force, the two great legal cultures are certainly not monolithic and closed; they mutually define and influence themselves; they assert themselves in confrontation and comparison much more than in withdrawal and the illusory protection of legal "sovereignism." Culture is not an intangible and frozen dogma, it is not a denial of renewal; it is a dynamic, interactive, and living reality. Since it is peculiar to a legal culture to evolve, and to evolve by opening to other legal traditions, the problem of the receptivity of each legal culture to the others is inevitably raised. CANIVET, Guy. **The Interrelationship Between Common Law and Civil Law**, Louisiana Law Review. 2003. p. 938. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol63/iss4/3>. Acesso em 18 de Outubro de 2020.

⁶⁸ In this case, the differences between the Anglo-American and the Continental legal cultures are not to be overlooked: they are influenced by the solutions that seem attractive in the other system. The outcome is a



No caso do sistema de precedentes adotado no Brasil, pode-se afirmar que a incorporação do *stare decisis* decorre da aproximação por hibridez na medida em que esta origina-se, não da tradição jurídica cultivada ao longo de anos, mas da própria vontade legislativa. Por outro lado, os objetivos perseguidos pelos dois sistemas são semelhantes, qual seja, a previsibilidade e isonomia na aplicação da norma.

Este é o caso, portanto, de abarcar em nosso sistema jurídico uma nova técnica advinda de outra tradição, o que não significa, contudo, a mera importação ou cópia de institutos mas a incorporação e harmonização para que os objetivos perseguidos. Para tanto espera-se colaboração dos operadores do direito em incorporar a nova técnica na prática forense, sem a aceitação cultural, a lei processual não bastará para solucionar os impasses apresentados.

Conclusão

A presente análise não pretende ser exaustiva, mas apenas apontar de modo sucinto alguns pontos de conflito e convergência entre dois dos maiores sistemas jurídicos do mundo a fim de compreender a aproximação da cultura processual brasileira com aquela instituída pelo *common law*.

Realizou-se uma breve análise sobre a evolução do conceito de acesso à justiça e sua importância para o funcionamento democrático do sistema judiciário, além de destacar-se sua faceta mais relevante: a natureza de direito humano fundamental e internacionalmente reconhecido. Neste contexto, os profissionais do direito, em especial magistrados, não podem representar meros expectadores ou aplicadores mecânicos de uma norma escrita. Ao contrário, exige-se deles uma postura ativa com o fito de resguardar a dignidade do jurisdicionado.

Apesar da qualitativa e quantitativa ampliação da tutela jurisdicional, a atuação dos magistrados pode vir a conflitar com outros princípios basilares do sistema processual

procedural or substantive hybridization that results in an original construction mixing elements of both great families of legal systems. CANIVET, Guy. **The Interrelationship Between Common Law and Civil Law**, Louisiana Law Review. 2003. p. 943. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol63/iss4/3>. Acesso em 18 de Outubro de 2020.



constitucional, em especial com a segurança jurídica. Fomentando-se o papel de intérprete da lei, abre-se caminho para prolação de decisões completamente distintas apesar de atinentes à mesma situação de fato e de direito.

Não se põe em descrédito a importância e eficácia do papel interpretativo do poder judiciário, em especial como forma de resguardar direitos humanos e a dignidade daquele que o provoca, mas impõe-se a necessidade de controle mínimo de tais decisões, evitando a criação de desigualdades. Surgem, portanto, os precedentes como técnica utilizada para conferir maior previsibilidade e segurança aos provimentos.

Apesar de incorporados à ordem jurídica pátria com vistas à utilização evidenciada no sistema do *common law*, o sistema de precedentes aqui adotado se distingue deste último, tratando-se de um processo de aculturação jurídica cuja aproximação ocorre por hibridez. Isto importa dizer que o sistema jurídico brasileiro se abre à nova tradição, adaptando à realidade local as técnicas de desenvolvimento processual já existentes em outro ordenamento.

Não importa, contudo, dizer que as razões para adoção de tais técnicas sejam isonômicas ou mesmo parecidas. A cultura dos precedentes no *common law*, em especial na inglesa, decorre de uma longa evolução institucional e comportamental da própria sociedade, daí advindo sua legitimidade. Por outro lado, o sistema de precedentes no Brasil advém de expressa previsão legal, o que não importa a criação de uma cultura de respeito e cultivo de tais técnicas.

Pode-se afirmar, portanto, que a adoção das técnicas de uniformização no direito brasileiro não conflitam, de todo, com sua tradição assentada no *civil law* ao passo em que sua legitimidade é extraída da própria vontade legislativa como forma de privilegiar a segurança jurídica, princípio basilar do estado democrático de direito que se relaciona intimamente com o próprio acesso à justiça. Por outro lado, errôneo afirmar que a simples disposição legal acarreta a criação de uma nova cultura voltada à valorização do precedente.

A incorporação de tais técnicas trata, sobretudo, da mutação do sistema a partir do processo de aproximação com uma tradição distinta o que, por certo, acarreta a criação de um sistema completamente novo e híbrido e que não desrespeita nem se restringe ao sistema do *common law* nem exclusivamente ao *civil law*.

Bibliografia



ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**, 2005.

Assembleia Geral da ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto, p. 09. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf. Acesso em 23/12/2020.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL, Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

CANIVET, Guy. The Interrelationship Between Common Law and Civil Law. **Louisiana Law Review**, 2003. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol63/iss4/3>. Acesso em 18 de Outubro de 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e giusto processo apud MELO, Gustavo de Medeiros. O Acesso Adequado à Justiça na Perspectiva do Justo Processo, p. 19. Texto publicado na seguinte coletânea: LUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf> Acesso em 23 de Setembro de 2020.



DENCZUK, Tatiana e PETRY, Lucas. Precedentes Judiciais: uso e evolução do direito brasileiro. **REVISTA ELETRÔNICA [DO] TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO**. Curitiba: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região, v. 7, n. 70, jul. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/146694>. Acesso em 29 de agosto de 2020.

DIMITRIJEVIC, Vojin. Os direitos humanos e a paz, p. 82. Direitos Humanos: novas dimensões e desafios / Janusz Symonides. – Brasília: **UNESCO Brasil**, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

DUXBURY, Neil. Custom as law in English law. **Cambridge Law Journal**, 2017.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?** In Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

GORDON, R. Woodman. Customary Law in Common Law Systems. **IDS Bulletin**. v. 32. n. 1, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Cultura religiosa, previsibilidade e unidade do direito pelo precedente**. In: Annual Conference of International Association of Procedural Law. Seoul: IAPL. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. A aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.497, 2009.

MELO, Gustavo de Medeiros. A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004. In **Revista de Processo**, São Paulo, n. 124, junho. 2005.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 15a ed. São Paulo: RT, 2015. p.370. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **O regime do precedente judicial no novo CPC**. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, SACONATO, Thais Estevão. A teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro: segurança jurídica e acesso à justiça.



Acesso à justiça II (Recurso eletrônico on-line) organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom. Helder Câmara; coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, José Querino Tavares Neto, Camila Silva Nicácio -Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/368>. Acesso em 24/12/2020.

LOPES, Ana Maria D'ávila. A era de direitos de Bobbio. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 7-19, out./dez. 2011.

Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Processo Civil Contemporâneo: Elementos, ideologia e perspectivas**. Bahia: Editora Jus Podium. 2018.

QUEIROZ, Estefânia Maria de. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica reflexões críticas a partir da 2011 aproximação dos sistemas de common law e civil law**. Orientadora: Katya Kozicki. 2011. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

SANTOS, Ramon Ouais. PUGLIESE, William Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. **Revista de Processo Online**, São Paulo, v. 42, n. 272, out., 2017.

SENA, Adriana Goulart de. **Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça** in Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, v.46, n.76, p.93-114, jul./dez. 2007

SILVA, Almiro do Couto. O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular Seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99) in **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, p. 271-315, Jul./Set. 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso-Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p.279.

WOLKART, Erik Navarro. Precedentes no Brasil e cultura - Um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 243, Maio 2015.