

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

ACESSO À JUSTIÇA II

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

CAMILA SILVA NICÁCIO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A174

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.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-076-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. 3. Direito processual. 4. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (Artigo 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica).

O acesso à justiça foi inserido no texto constitucional de 1946, através do art. 141, 4º, o, nestes termos: "A lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário, qualquer lesão de direito individual. Trata-se do princípio da ubiquidade da justiça ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, também denominado direito de ação, ou princípio do livre acesso ao judiciário. Previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, de 1988 nos seguintes termos: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. , cuida-se de um direito fundamental.

Os juristas em geral e processualistas de modo particular são concordes que o acesso à justiça pode ser arrostado como condição fundamental o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que almeje garantir, e não somente proclamar, os direitos das pessoas humanas. No entanto, contraditoriamente, historicamente não se tem percebido por parte, seja do ensino jurídico, das práticas judiciais, da práxis profissional, da pesquisa e teorias jurídicas, e mesmo na prestação de serviços legais uma efetiva preocupação com a temática "acesso à justiça" em sua necessária amplitude. Muitas vezes o "acesso à justiça" é confundido com o acesso ao Judiciário.

Ora, se essa afirmação sobre o acesso à justiça, na tipologia tradicional, é confundida com acesso aos tribunais, o que deve ser entendido, como acesso à justiça? A resposta para tal questão passa necessariamente por uma reflexão a respeito do entendimento que se tem consagrado a respeito do que objetivamente significa o acesso à Justiça e de como nossos tribunais vêm encarando esse direito que está incorporado ao rol dos direitos fundamentais do cidadão.

Cuida-se aqui de uma questão de garantia de direito, não simplesmente na tipologia tradicional de peticionar. Se assim fosse, a norma constitucional seria inócua. Bastaria tão somente peticionar e a garantia, preconizada no artigo 5º, XXXV, estaria atingida; teria, a norma, obtido seu propósito.

Não parece ser esse o melhor entendimento. Interpretando o direito em sua inteireza, o que se pretende refletir à luz dos trabalhos apresentados no GT de ACESSO À JUSTIÇA II, nesse XXIV CONGRESSO NACIONAL do CONPEDI é que a garantia constitucional somente se realizará se, além de não haver exclusão legal da apreciação judicial, isto é, se além da garantia objetiva ao Judiciário não ser excluído da apreciação de lesão a direito ou de ameaça a direito, vincular e garantir a real reparação do direito lesionado, ou impedir, preventivamente, que a ameaça a direito se concretize - isto é, haja eficácia não somente formal, mas também social da decisão judicial.

É nesse campo de questões que hoje é próprio da área de acesso ao direito no Brasil - como ramos do saber em fase de consolidação - que os textos que compõem a presente obra devem ser analisados.

Utilizando diversas metodologias - algumas mais críticas, outras não - os artigos que compõem o presente livro podem fomentar, ainda mais, o debate sobre a urgente e necessária reflexão sobre o direito fundamental ao acesso à justiça.

Discutindo os mecanismos de acesso à justiça pelos cidadãos, nos estados democráticos, Lademir José Cremonini e Patrícia de Lima Felix abrem essa obra com o título: A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA E DO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O acesso à justiça como um direito fundamental e humano, seus instrumentos processuais e humanos de realização são abordados por Edinildon Donisete Machado e Sílvia Leiko Nomizo no artigo A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA, por Simone Pereira de Oliveira e Mônica Bonetti Couto em O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA, A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A CELERIDADE PROCESSUAL: O REDIMENSIONAMENTO DO FATOR TEMPO NA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS, por Ursula Spisso Monteiro em O ACESSO À JUSTIÇA E O PROGRAMAM NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, por Leandro Finelli Horta Vianna e Pedro Donizete Biazotto em O DIREITO DO IDOSO DE ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL E A

DURAÇÃO RAZOÁVEL E EFETIVA COMO GARANTIA DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS E HUMANOS, por Carlos Augusto Alcântara Machado e Gustavo Dantas Carvalho em O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS e por Simone Pereira de Oliveira e Mônica Bonetti Couto em O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA, A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A CELERIDADE PROCESSUAL: O REDIMENSIONAMENTO DO FATOR TEMPO NA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS.

A questão das formas adequadas de acesso à justiça para a solução dos conflitos foi objeto de análise de Deilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins, no artigo intitulado POTENCIALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS, como também de Leonardo Sette Abrantes Fioravante, em A ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO E EFETIVO DE ACESSO À JUSTIÇA, bem como foi abordado por Janaina Franco de Andrade em A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DOS NOVOS CONFLITOS: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO DIGITAL E A RELAÇÃO DE CONSUMO; assim também Gabriela Gomes Costa e Melissa Ourives Veiga, no artigo intitulado UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Nesse mesmo tom, mas no campo dos conflitos laborais, Marcelino Meleu e Alessandro Langlois Massaro apresentaram o trabalho intitulado AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA TRABALHISTAS COMO LOCUS PRIVILEGIADO PARA O TRATAMENTO DOS CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO E EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.

Os aspectos processuais pertinentes à questão do acesso à justiça, inclusive a partir de uma leitura do novo Diploma Processual Civil, foram alvo das reflexões de Natan Franciella de Oliveira e Luciano Souto Dias em A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIA DE UM PROCESSO JUSTO: ANÁLISE DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL FACE À NECESSIDADE DE UM RÁPIDO PRONUNCIAMENTO DECISÓRIO, por Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior e Thais Estevão Saconato em A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: SEGURANÇA JURÍDICA E ACESSO À JUSTIÇA, por Alex Maia Esmeraldo de Oliveira e Fátia Moreira Guimarães Pessoa em ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E SUAS IMPLICAÇÕES COM O PROCESSO COLETIVO: SEU REDIMENSIONAMENTO COMO FORMA DE RESGATAR A EFETIVIDADE, por Marcos Vinicius Lipiensi em O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PROCESSO COLETIVO e por Ana Paula Duarte Ferreira em PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE

ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA À LUS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Questões referentes à legitimação da defensoria pública quanto à tutela do meio ambiente foram abordadas por Nayara de Lima Moreita e Stéfano Guimarães no artigo intitulado TUTELA DO MEIO AMBIENTE E DEFENSORIA PÚBLICA: LEGITIMIDADE PARA ATUAÇÃO COLETIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL.

A especificidade dos problemas envolvendo o acesso à justiça em decorrência de legislação estadual foi o tema do artigo OS IMPACTOS DA LEI ESTADUAL 15.838 DE 2015, NA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO CEARÁ, ATRAVÉS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO, da autoria de José Diego de Oliveira e Silva e Mariana Luz Zonari.

O direito comparado também se faz presente nessa obra, com um cotejo entre a legislação brasileira e a italiana, em matéria tributária, no que diz respeito à organização judiciária, através do trabalho de Frederico Menezes Beyner intitulado ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: COMPARAÇÃO ENTRE ITÁLIA E BRASIL.

Esperamos que essa obra contribua para superação da reducionista concepção de acesso à justiça à realidade formal judicante, e, sobretudo, como reflexo extensivo do espaço acadêmico inquieto e dialético, típico de eventos da natureza do CONPEDI, cumpra-se o papel de dizer não apenas o que é de direito, por que isso já se faz por demais, mas, o que é o direito.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto UFG/PUC-PR

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann UNESA/RJ

Profa. Dra. Camila Silva Nicácio UFMG/MG

**A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO: SEGURANÇA JURÍDICA E ACESSO À JUSTIÇA.**

**THE THEORY OF THE JUDICIAL PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN
JURIDICAL SYSTEM: JURIDICAL SAFETY AND ACCESS TO THE JUSTICE.**

**Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior
Thais Estevão Saconato**

Resumo

O presente trabalho é fruto de pesquisa bibliográfica relacionada à teoria dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, mais especificamente da importância dos precedentes para a garantia da segurança jurídica, acesso à justiça e estabilidade das decisões judiciais. Enfoca os dois sistemas jurídicos existentes que podem regulamentar a ordem jurídica de um Estado, quais sejam, civil law e common law, a respeito dos quais se faz rápida abordagem histórica e suas diferenças. Na sequência, aborda a aproximação entre os dois sistemas, a valorização dos princípios fundamentais e da jurisprudência como fonte do Direito, e a necessidade da adoção do sistema de precedentes como ferramenta de segurança jurídica na resolução de conflitos no atual cenário jurídico do país, com a promessa de ser consolidada com o Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016.

Palavras-chave: Precedentes judiciais, Segurança jurídica, Acesso à justiça, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This work is the result of bibliographic research related to the previous theory in the Brazilian legal system, specifically the importance of precedent for the guarantee of legal certainty, access to justice and stability of judgments. Focuses on the legal systems that can regulate the laws of a State, namely civil law and common law in respect of which it is quick historical approach and their differences. Following addresses the rapprochement between the two systems, the appreciation of the fundamental principles and jurisprudence as a source of law, and the need to adopt the previous system as a legal security tool in conflict resolution in the current legal scenario of the country, the promise of being consolidated with the new Civil procedure Code, which will come into force in March 2016.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial precedents, Juridical safety, Access to the justice, Fundamental rights

INTRODUÇÃO

O precedente judicial é fruto do empenho na atividade jurisdicional, cujas decisões direcionam-se a possibilitar a produção de modelos de solução de conflitos visando julgamento de casos futuros.

No sistema jurídico brasileiro atual, há crises diversas, dentre as quais aquela decorrente do excessivo número de demandas processuais e que dão origem a enorme quantidade de recursos para os tribunais superiores, com resoluções judiciais distintas para casos até muito assemelhados. Há, desse modo, uma situação de imprecisão a causar incerteza, imprevisibilidade e insegurança do direito.

Numa visão panorâmica dessa realidade instável, foram frustradas as tentativas de prever o futuro por meio da visualização de imagens a gerar cenários alternativos, com o propósito de enquadrar a um resultado que se imagina possa acontecer. Daí ser oportuno pensar sobre a importância do aprimoramento das normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro e a vinculação de soluções aos precedentes dos Tribunais Superiores, com o fito da uniformização das decisões judiciais.

A atual ordem constitucional tem dado ênfase aos princípios fundamentais do Direito. O sistema *civil law*, de origem romano-germânica, adotado pelo direito brasileiro, por ter se aproximado ao sistema *common law*, de origem anglo-saxônica, numa revisão proativa, passou a reconhecer o intenso valor de que é dotada a jurisprudência como fonte do Direito.

Apesar de certa contrariedade existente, a utilização dos precedentes judiciais no Brasil tem crescido diariamente, não se podendo mais ignorar tal realidade.

Fundamentam a vinculação dos precedentes tanto à justiça como a igualdade, por permitirem que casos semelhantes sejam julgados de forma igual ou ao menos semelhante, com escopo de evitar a injustiça e a insegurança jurídica que permeiam muitas decisões judiciais.

Desse modo, a igualdade de decisões em casos iguais e a desigualdade em casos desiguais, defendida por Aristóteles, ao enxergar o juiz como o guardião da igualdade e da justiça, corrobora a doutrina do precedente.

Por isso, mostra-se proveitoso compreender o significado do precedente judicial no direito brasileiro, bem assim entender as técnicas de julgamento baseadas na aplicação dos precedentes, as quais estão expressamente previstas no ordenamento jurídico e constitucional.

A teoria dos precedentes judiciais ganhou maior destaque com a inclusão do tema no então projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n.º 8.046/2010), atualmente a

Lei 13.105/2015. Apesar de terem sido retirados do texto da nova lei os artigos que tratavam específica e expressamente os precedentes, o instituto se acha presente de forma esparsa no novo Código de Processo Civil.

Assim, a adoção do sistema de precedentes como ferramenta de segurança jurídica na resolução de conflitos no atual cenário jurídico do país será consolidada com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, em março de 2016.

1. CIVIL LAW E COMMON LAW: PARTICULARIDADES E A APROXIMAÇÃO DOS DOIS SISTEMAS

1.1. Civil law e common law

Os dois principais sistemas jurídicos, adotados para regulamentar a ordem jurídica de um Estado, são o *civil law* e o *common law*.

A diferença entre ambos, desde a origem de cada um, é importante para a compreensão dos precedentes. Oportuno observar que, apesar das diferenças entre os sistemas, ambos remontam a uma base comum: a origem europeia.

No *civil Law*, o direito é escrito, codificado, e a jurisdição estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo. O juiz, nesse sistema, é considerado *bouche de la loi* (boca da lei), para justificar a ideia de que seus poderes decorrem da lei, as decisões dele sempre subordinadas a algo “maior”, ou seja, a lei. A segurança jurídica está nos textos da lei. Sua origem advém da Revolução Francesa quando, no século XIX, com a passagem do poder do monarca para a Nação nasceu o raciocínio jurídico do sistema *civil law*.

A ideia de que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo, foi uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Consequentemente, os juízes tinham de obedecer à lei, tinham de decidir os casos precisamente de acordo com a lei, sendo, suas decisões sempre fundamentadas, devendo ser feita expressa referência à lei em que se baseavam as decisões. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem ‘a boca da lei’. As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais com se elas fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei + fatos = decisão. (WAMBIER, 2009, p. 121).

Entendia-se que o juiz não podia interpretar a lei, devendo limitar-se a aplicá-la aos casos, evitando, assim, a distorção dos textos legais. Tais fatos eram indispensáveis à concretização da liberdade, igualdade e certeza jurídica da época. O princípio da igualdade no

sistema *civil law* estava associado à aplicação da letra da lei, o que ocasionou a codificação do direito.

Os juízes estavam presos à lei porque ela é que dizia como o julgador deveria proceder. O *Codex* devia ser concebido em primeiro lugar e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado. A interpretação doutrinária, a jurisprudência e o costume encontravam-se subordinados à autoridade do estatuto. (NOGUEIRA, 2013, p. 42).

Assim, no *civil law* a decisão é formada com base em um raciocínio voltado à formação da convicção, em conjunto com o enquadramento dos fatos nos moldes delineados pela norma jurídica. O juiz é obrigado a narrar os fatos e os fundamentos jurídicos, o conteúdo da defesa e as provas requeridas e produzidas. (MARINONI, 2013, p. 217).

De acordo com Danilo Rinaldi dos Santos Junior e Luís Henrique Barbante Franzé, “no *civil law* as regras jurídicas sempre foram procuradas em um corpo de normas preestabelecidas: a) antigamente, o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano; b) depois, os códigos; c) hoje, as constituições e todo o conjunto de normas infraconstitucionais”. (SANTOS JR.; FRANZÉ, 2014, p. 11)

Já o sistema do *common Law*, ao contrário, adota um direito costumeiro, pautado na jurisprudência, onde, no modelo de justiça, prepondera a visão de pacificação dos litigantes. Neste sistema há respeito obrigatório aos precedentes.

Para Gustavo Santana Nogueira, o *common law* pode ser definido como o sistema jurídico baseado nos precedentes judiciais:

Originária das leis não escritas da Inglaterra, a *common law* é derivada mais de princípios do que de regras (*rules*), e não consiste em regras absolutas, rígidas e inflexíveis, mas sim em amplos e abrangentes princípios baseados na justiça, na razão e no senso comum, que foram determinados pelas necessidades sociais da comunidade e que mudaram com a modificação dessas necessidades. (NOGUEIRA, 2013, p. 34-35).

A *common law* formou-se no período entre o ano 1.066, quando ocorreu a Conquista Normanda, até o início da dinastia Tudor, em 1485, ou seja, quando se firma um novo sistema jurídico frente aos costumes locais, na Inglaterra.

A Conquista Normanda foi um grande acontecimento na história do direito inglês, pois trouxe para a Inglaterra um poder forte e centralizado, ocorrendo a instalação do feudalismo no país. Este feudalismo se caracterizava pela organização, pelo caráter militar, elementos que permitiram o desenvolvimento da *common law*, direito comum a toda a Inglaterra. (DAVID, 2002, p. 357-359).

“Apesar da conquista Normanda foram preservados os Tribunais, os direitos e os impostos saxônicos, enfim, as instituições saxônicas, para benefício das rendas normandas.” (NOGUEIRA, 2013, p. 32).

Naquela época, o sistema da *common law* era considerado adequado às necessidades e estava bem inserido na realidade social de seu tempo. Os primeiros juizes deste sistema aplicavam regras de origem germânica.

A interpretação da lei não se subordinava a qualquer critério mais rígido, pois o rei era o natural intérprete da lei, cabendo aos juizes a tarefa de procurar a *ratio decidendi* para adaptá-la ao caso concreto, não estando submissos a qualquer texto legal escrito. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 152).

“Essa concepção de organização judiciária centralizada, possibilitando a todos os homens livres o acesso à justiça, contribuiu sobremaneira para infundir nos súditos o conhecimento do direito em vigor.” (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 152). Na obra dos primeiros comentadores da *common law* já se manifesta preocupação com o problema de julgamentos contraditórios. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 153).

A ideologia da *common law* favorecia a que, cada vez mais, os operadores do direito invocassem os precedentes judiciais, apesar das transformações e adaptações sofridas ao longo dos séculos, o *common law* manteve intacto seu ponto central, que consiste na utilização de casos concretos como fonte de direito.

Deste modo, na análise e solução de casos concretos, uma relevante diferenciação entre os dois sistemas é o fato de que, na *civil law* parte-se do geral para o particular, ou seja, a premissa maior é a lei, a premissa menor é o caso concreto e a conclusão é a solução almejada. A este fator dá-se o nome de método dedutivo. Já na *comom law*, parte-se do particular para o geral, ou seja, há a interpretação de um caso concreto e a extração da regra jurídica a ser aplicada, sendo que a decisão será voltada para julgados de casos semelhantes ou análogos – método indutivo.

No Brasil, com sua tradição romano-germânica, sempre vigorou o sistema do *civil law*, já que a lei sempre foi a fonte primária do direito, com fundamento no positivismo jurídico, conforme expressamente disposto no artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A partir de tais influências construiu-se um sistema todo escrito.

Ocorre que nos países que empregam o *common law* (Inglaterra e Estados Unidos) foi desenvolvida a doutrina dos precedentes judiciais, que, em regra, possuem força vinculante (*binding authority*). É o *judge-made law*, que se funda no princípio do *stare*

decisis. Ou seja, no *stare decisis* há a atribuição de força vinculante das decisões proferidas pelos tribunais superiores aos tribunais inferiores quando se tratar de casos análogos.

No sistema *civil Law*, o precedente judicial, em geral, tem cunho persuasivo, de valor moral (*persuasive authority*). Neste sistema a jurisprudência possui apenas a função de orientar e direcionar a interpretação da lei pelos magistrados, sem, contudo, ser obrigatória.

O *common law* costuma ser visto, em boa parte dos países de *civil law*, como um sistema jurídico diferente, complexo e, sobretudo, completamente desinteressante para os juristas, especialmente para os processualistas. Há, inclusive, no Brasil, certo preconceito em relação a esse sistema, numa tentativa frustrada de colocar a lei e o positivismo jurídico acima de qualquer precedente jurídico ou instituto semelhante, tentando-se negar a importância dos institutos de *common law*.

1.2. A aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no direito brasileiro

Com o passar do tempo, a tradição do *civil law*, com raízes na Revolução Francesa, passou por transformações. O juiz, que antes era proibido de interpretar a lei, passou a interpretá-la.

Com o advento da Constituição de 1988, a lei perdeu o seu posto de supremacia, passando a ser subordinada a ela:

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 vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. (MARINONI, 2013, p. 65).

Assim, a aproximação dos dois sistemas no Brasil ocorreu devido à constitucionalização do Direito. A partir de então a teoria dos precedentes ganhou importância para a garantia da segurança jurídica, da previsibilidade e da isonomia.

Nota-se, portanto, que a jurisdição do *civil law* teve a sua natureza transformada, tendo o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo) inegavelmente aproximado o sistema do *civil law* ao do *common law*.

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (1999, p. 165-166), os sistemas jurídicos que iniciaram em diferentes pontos na história do direito, agora caminham na mesma direção, com objetivos compartilhados.

O fato é que os países de origem *civil law* estão empregando aos poucos e de diversas maneiras o sistema dos precedentes judiciais em suas jurisdições. Assim, com essa aproximação, o precedente tornou-se uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, seja do *civil law* ou do *common law*, variando, somente, o grau de eficácia que possui.

Com a aproximação do sistema *civil law* ao sistema *common law* houve a valorização da jurisprudência como fonte do direito. Assim, o judiciário brasileiro passou a usar, ainda que de maneira tímida, a figura de precedentes, que são decisões judiciais tomadas à luz de um caso concreto, cuja essência pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

A lei e sua visão codificada perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

A função dos juízes também passou por transformações, deixando de apenas declarar a vontade concreta da lei, para atuar ativamente ante as interpretações normativas e as situações omissas da lei.

Deve-se deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto, exercendo a verdadeira arte do direito, consolidando sua verdadeira finalidade.

Assim, constrói-se, por meio de uma atividade criativa, a decisão de acordo com o convencimento do magistrado, procurando no legislativo, fundamentos para ela. Em outras palavras, inicialmente o magistrado decide o caso e, em seguida, busca no sistema amparo para motivar sua decisão. A adoção do sistema de precedentes auxilia na construção do ordenamento jurídico.

Oportuno ressaltar que o sistema brasileiro já adota o precedente vinculante desde 1993, quando fora inserido o § 2.º ao artigo 102 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 3, de 1993 (posteriormente alterado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

A Lei n.º 13.105/15 – novo Código de Processo Civil – traz institutos que valorizam os precedentes no nosso sistema jurídico brasileiro. Por conta desses instrumentos há expectativa de que se consiga alcançar o primado constitucional do acesso à justiça.

2. A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

O significado de precedente decorre da consideração dos seus conteúdos, especialmente das partes internas que identificam o que o tribunal realmente pensa acerca de determinada questão jurídica. Precedente não se confunde com decisão judicial. Só se fala em precedente quando se tem uma decisão dotada, basicamente, da potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e magistrados. (MARINONI, 2013, p. 212-213). O precedente constitui decisão acerca de matéria de direito e não de matéria de fato.

Neste sentido:

Para constituir precedente não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. É possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina. (MARINONI, 2013, p. 214).

De acordo com o entendimento de Rupert Cross e J.W. Harris (apud WAMBIER, 2009, p. 121), “entende-se que um precedente é um pronunciamento do juiz sobre o direito e que as questões de fato não integram o precedente. Mas é extremamente importante se dizer que as decisões devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos.”

Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2009, p. 381), precedente judicial pode ser definido como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.” Logo, os precedentes judiciais estão relacionados aos casos concretos que os originaram, e não podem ser considerados fórmulas abstratas e genéricas.

O precedente orienta as pessoas e obriga os juízes, mas não tem a pretensão de engessar as relações sociais ou impedir a jurisdição de produzir um direito adequado com a realidade social, com a permissão de que o direito se desenvolva à medida que novas situações litigiosas surjam. (MARINONI, 2013, p. 212-213).

Neste sentido, as decisões devem acompanhar as transformações sociais e as exigências da sociedade, colaborando para o progresso e modernização do direito.

Por isso o precedente não é eterno, devendo sempre se adequar à realidade da sociedade, quebrando paradigmas.

Nesta esteira, Ovídio Baptista da Silva comenta:

Esse sentido transformador do precedente, através do qual a ordem jurídica se rejuvenesce, para acompanhar as exigências sociais, permite que as cortes supremas contribuam para o progresso e constante modernização do Direito, assegurando-lhe a unidade, função primordial e indispensável a ser exercida pelas supremas cortes e que as nossas dificilmente poderão exercer em sua plenitude, assoberbadas como

estão por um volume extraordinário, absolutamente despropositado, de recursos que os torna, por isso mesmo, questões do exclusivo interesse dos respectivos litigantes. (SILVA, 1999, p. 494).

A expressão em latim *stare decisis et non quieta movere* (mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido) revela a importância do respeito aos precedentes e é utilizada para dar nome a teoria do *stare decisis*, segundo a qual os juízes estão vinculados às decisões anteriores de casos análogos.

Desse modo, a teoria do *stare decisis* vincula o Judiciário a casos futuros, sem previsão normativa expressa acerca desse efeito vinculante (*binding effect*).

O *stare decisis* pode ser dividido em vertical e horizontal. *Stare decisis* vertical ocorre quando os órgãos do Judiciário estão em planos hierarquicamente distintos, de modo que um precedente da Suprema Corte é vinculante para as cortes inferiores, sendo que o contrário não ocorre, ou seja, os precedentes das cortes inferiores não vinculam a Suprema Corte. No plano horizontal, ocorre a força vinculante dos precedentes de uma corte para ela mesma, levando-se em consideração que a corte deve ser consistente em suas decisões, com o intuito de permitir que os cidadãos possam prever que a Corte não vai alterar frequentemente seus precedentes. (NOGUEIRA, 2013, p. 182).

Logo, o precedente judicial representa importante ferramenta garantidora da estabilidade e previsibilidade do Direito, e pode ser classificado como declarativo, criativo, vinculante, obstativo de recurso e persuasivo. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 387-390).

Declarativo ou declaratório é aquele precedente em que a decisão é fundamentada em um precedente anterior já consolidado. Tem a função de declarar o conteúdo anteriormente definido pelo Tribunal.

Precedente criativo supre a lacuna existente na lei. O magistrado, a partir de sua interpretação da lei, cria e aplica uma norma jurídica. Este precedente é típico do sistema anglo-americano. O precedente vinculante é fonte do direito, pois obriga os demais julgados de casos semelhantes que vierem posteriormente.

No ordenamento jurídico brasileiro, temos alguns exemplos de “precedentes” com força vinculante, quais sejam: a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, as Súmulas dos Tribunais e as decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle difuso de constitucionalidade.

Oportuno observar que os precedentes não podem ser confundidos com os efeitos das Súmulas Vinculantes, pois os precedentes são mais específicos, para casos semelhantes, não

podendo ser utilizado de forma genérica.

Precedente obstativo de recurso é aquele que evita revisão de decisão por instância superior. No atual Código de Processo Civil há alguns exemplos deste precedente: artigo 518, § 1.º, artigo 544, §§ 3.º e 4.º e artigo 557.

O precedente persuasivo é utilizado pelos juízes que usam a jurisprudência para fundamentar suas decisões, as quais não possuem força vinculante. As decisões são apenas fonte de orientação.

Quanto ao precedente vinculante, é oportuno ressaltar que os ingleses denominam a parte efetivamente vinculante de uma decisão de *ratio decidendi*, que pode ser considerada o núcleo do precedente, ou seja, a regra.

Luiz Guilherme Marinoni observa que, no *common law*, as razões de decidir são importantes porque a decisão, tida como precedente, não diz respeito apenas às partes, mas também aos juízes, cuja função é dar coerência à aplicação do direito, e aos jurisdicionados, que precisam de segurança jurídica e previsibilidade. Prossegue: “o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo.” (MARINONI, 2013, p. 219).

Com relação à *ratio decidendi* no processo civil brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni dispõe que:

É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. (MARINONI, 2013, p. 220).

É oportuno anotar que, no *common law*, a *ratio decidendi* é a porção do precedente que tem efeito vinculante, ou seja, obriga os juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores. (MARINONI, 2013, p. 220).

Para a identificação da *ratio decidendi*, há dois métodos utilizados, quais sejam: o teste de Wambaugh e o método de Goodhart.

Para Wambaugh a *ratio decidendi* é uma regra geral e, caso ela venha a faltar o caso é decidido de outra forma. Ou seja, a *ratio decidendi* deve ser uma regra geral, sem a qual o caso tem de ser decidido de outra maneira:

Diante do teste de Wambaugh, invertendo-se o sentido da proposição tomada em conta pelo tribunal, a sua decisão não pode ser a mesma para que a proposição constitua *ratio decidendi*. A proposição com sentido invertido – portanto, outra

proposição – faria com que o caso fosse decidido de outra maneira. Se a nova proposição gera igual decisão, a proposição original, em vez de constituir *ratio decidendi*, representa *obiter dictum*. (MARINONI, 2013, p. 222).

O método de Goodhart dá maior ênfase aos fatos e propõe que a *ratio* seja determinada através da verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz (MARINONI, 2013, p. 223).

Ou seja:

Para Goodhart é necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir. Mas, para a *ratio*, além dos fatos que o juiz considerou materiais, também seria importante a decisão que neles se fundou. (MARINONI, 2013, p. 224).

Por fim, Luiz Guilherme Marinoni aponta o problema de se saber quem define a *ratio decidendi*, se o órgão que institui o precedente ou aquele que analisa se o precedente deve ser aplicado ao caso que está para julgamento: “Não há dúvida que, mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isso não isentará os juízes de, no futuro, compreendê-la diante dos novos casos sob julgamento.” (MARINONI, 2013, p. 228-229).

Com relação ao *obiter dictum*, pode-se defini-lo como sendo as proposições da decisão que não fazem parte da *ratio decidendi*. Desempenha papel persuasivo e argumentativo fundamental, podendo ser relevante o seu uso para fundamentação de situações similares.

É relevante mencionar que os efeitos do precedente judicial são extraídos da razão de decidir, e não de eventual *obiter dictum*, sendo, por isso, relevante a distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* de uma decisão.

3. OS PRECEDENTES COMO FERRAMENTA DE SEGURANÇA JURÍDICA NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO DO PAÍS

Conforme já mencionado, o sistema jurídico adotado pelo Brasil é o *civil law*, que adota a lei como fonte primordial em decisões judiciais. Porém, em um ordenamento no qual a igualdade é direito fundamental, não deve ser admitido que o mesmo tribunal decida de maneira distinta casos iguais.

Assim, os precedentes, se bem empregados, podem solucionar o problema de decisões tão conflitantes em casos tão semelhantes, concretizando-se decisões mais céleres e

justas, transformando a jurisdição em uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto.

Lenio Luiz Streck (2014, apud SANTOS JR.; FRANZÉ, 2014, p. 10) assinala que no Brasil não há precedentes como ensinado na *common law*, sendo equívoco pensar que as súmulas são como os precedentes:

Não basta a edição de uma súmula, por exemplo, para falar-se que o sistema nacional se aproxima do sistema *common law*, porque a parte vital daquele sistema é que os tribunais não podem exarar regras gerais, em abstrato, mas apenas em função dos fatos da disputa que são trazidos a exame. (SANTOS JR.; FRANZÉ, 2014, p. 11-12).

Para Danilo Rinaldi dos Santos Jr. e Luís Henrique Barbante Franzé, o Brasil não tem a tradição de respeitar os precedentes, tratando-se, portanto, de uma questão cultural, tendo em vista que o próprio ensino jurídico brasileiro não valoriza as decisões dos tribunais, preferindo as regras à aplicação do direito em casos concretos. (SANTOS JR.; FRANZÉ, 2014, p. 14).

No atual direito brasileiro, a coisa julgada material incide apenas sobre o dispositivo da sentença, não abrangendo os fundamentos. Este limite da coisa julgada material é uma característica do *civil law*, onde os fundamentos têm importância apenas para as partes, ao contrário do que ocorre no *common law*, em que os fundamentos têm importância para os demais jurisdicionados.

Deste modo, a jurisprudência tem funções importantes no ordenamento jurídico brasileiro, dentre as quais interpretar e delimitar o alcance da lei e adequá-la no tempo, de acordo com as necessidades da realidade social no momento de aplicação da lei.

Ela é reflexo do sistema romano-germânico adotado pelo Brasil e, por isso, tem caráter complementar ao direito vigente, diferente do que ocorre em países de tradição anglo-saxônica, onde as decisões são fontes do direito, formando precedentes vinculantes.

A uniformização da jurisprudência pode originar súmulas, que são utilizadas apenas como orientação de interpretação, sem qualquer ligação com os casos e julgamentos que as originaram. Atuam somente como mecanismo de definição e sentido das leis.

A Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 criou as súmulas vinculantes, objetivando garantir a uniformidade da interpretação do texto constitucional ou legal e resolver a questão da insegurança jurídica.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, as súmulas fazem parte de uma linguagem que descreve as decisões. Porém, não possuem as mesmas garantias de um precedente, tendo

em vista que no procedimento de elaboração delas não estão presentes as partes que deram origem à formação da tese jurídica:

Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca de questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial, ou melhor, como um verdadeiro resultado do debate entre as partes. (MARINONI, 2013, p. 215).

É notório que a jurisprudência tem influenciado os operadores do direito e tem fundamentado sentenças dos magistrados brasileiros, consolidando posicionamentos e entendimentos.

Porém, ela não é uma manifestação da teoria dos precedentes vinculantes, e com eles não pode ser confundida, conforme dispõe o jurista Carlos Maximiliano: “Contribui como precedentes legislativos, para o Direito Consuetudinário; porém não se confunde com eles, nem com o uso.” (MAXIMILIANO, 1980, p. 187).

Quanto a esta diferença entre precedentes e jurisprudência, Michele Taruffo expressa que há uma distinção de caráter quantitativo:

Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente... nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas. (TARUFFO, 2014, p. 3).

Frequentemente as súmulas e jurisprudências são utilizadas sem uma análise comparativa dos casos, causando confusão entre o real significado da aplicação da jurisprudência e dos precedentes judiciais. Os trechos de decisões usados fora de contexto, sem qualquer relação com a situação fática originária, demonstra a crise do sistema jurídico atual. Já o precedente judicial está relacionado aos fatos de um determinado caso, o que impossibilita a sua aplicação em casos posteriores a partir da simples verificação da ementa do julgamento, pois se trata de uma questão jurídica, inseparável do caso que lhe deu origem. (RAMIRES, 2010, p. 68).

Assim, para que a decisão judicial seja fundamentada em um precedente deve-se analisar se existe analogia entre os casos.

A liberdade de interpretação dos juízes, calcada no princípio do livre convencimento motivado do juiz, não pode desestruturar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais.

Neste sentido, Hans Kelsen destacou a necessidade de respeito aos precedentes: “A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada.” (KELSEN, 2006, p. 278).

A abordagem sobre o precedente judicial e sua influência no sistema jurídico é tema de grande relevância no direito processual, pois ele constitui uma das fontes do direito, ao lado da lei, do costume, da doutrina e dos princípios gerais.

3.1. Segurança jurídica, igualdade e acesso à justiça

Um dos direitos fundamentais do cidadão é a segurança, expressa no artigo 5.º da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3685/DF, firmou entendimento que a segurança jurídica é um direito fundamental.

Gustav Radbruch, filósofo alemão, citado por Gustavo Santana Nogueira, entende que a justiça, a utilidade e a segurança jurídica são elementos do direito. A justiça é a igualdade, como tratamento igual de homens e de relações iguais, enquanto que a utilidade é a adequação a um fim. A segurança jurídica “exige positividade do direito: se não se pode identificar o que é justo, então é necessário estabelecer o que deve ser jurídico, e de uma posição que esteja em condições de fazer cumprir aquilo que foi estabelecido.” (RADBRUCH, 2004, p. 108 apud NOGUEIRA, 2013, p. 55).

Ou seja,

A partir do momento em que não se pode estabelecer a justiça em cada caso concreto, pelo menos que se dê segurança ao que foi decidido, na presunção de que a decisão a ser protegida seja a mais justa. Servem as lições não só como base filosófica da coisa julgada como também como base para a teoria de vinculação de precedentes. (NOGUEIRA, 2013, p. 55).

A segurança jurídica está vinculada à existência de normas e à sua aplicação de forma estável e previsível. O conceito de justiça é algo que vem sendo objeto de estudo desde tempos remotos.

Entretanto, a teoria que se amolda à doutrina do *stare decisis* é aquela que vê a justiça como igualdade:

Com efeito, a partir do momento em que o Tribunal julga um caso comparando-o com um anterior para que tenham a mesma solução, nos parece que está tratando a justiça como igualdade, e quem primeiro expôs essa ideia foi Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*. (NOGUEIRA, 2013, p. 59-60).

Ou seja, quando a decisão de um caso é usada como parâmetro para a solução de outro caso análogo, para que ambos tenham a mesma solução, o juiz está aplicando a justiça com igualdade.

Neste sentido, Aristóteles, em sua obra “*Ética a Nicômaco*”, define justiça como:

A justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto. (ARISTÓTELES, 2001, p. 94).

E continua:

Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem as partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais). Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um”, pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em certo sentido, embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito. (ARISTÓTELES, 2001, p. 99-100).

Assim, para Aristóteles o justo é o meio-termo, é o proporcional, e o injusto é o que viola a proporção. Neste sentido, para ele a justiça pode ser distributiva e corretiva. A justiça distributiva é aquela que distribui os bens públicos, tendo como ideia fundamental a igualdade substancial. Cada um recebe aquilo que corresponde aos seus méritos. A justiça corretiva surge tanto nas transações voluntárias quanto nas involuntárias. Nesta espécie “a justiça que distribui bens públicos está sempre de acordo com a proporção. [...] Mas a justiça nas transações entre um homem e outro é efetivamente uma espécie de igualdade, e a injustiça nessas relações é uma espécie de desigualdade.” (ARISTÓTELES, 2001, p. 101):

Assim, o igual é intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e a perda são respectivamente menores e maiores de modos contrários: maior quantidade do bem e menor quantidade do mal são ganho, e o contrário é perda; o meio-termo entre os dois é, como já vimos, o igual, que chamamos de justo; portanto, a justiça corretiva será o meio-termo entre perda e ganho. (ARISTÓTELES, 2001, p. 101-102).

Deste modo, quando ocorrem disputas, as pessoas recorrem ao juiz. Recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois as pessoas veem o juiz como um intermediário, um mediador, certas de que se os litigantes conseguirem o meio-termo obterão o que é justo. “A natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada.” (ARISTÓTELES, 2001, p. 102).

Então, o papel do juiz é restabelecer a igualdade. O magistrado é um guardião da justiça e também guardião da igualdade.

Ao falar do papel da lei, Aristóteles estatui que,

A justiça existe apenas entre homens cujas relações mútuas são regidas pela lei, e a lei existe para os homens entre os quais pode haver injustiça, pois a justiça legal é a discriminação entre o que é justo e injusto. E, havendo injustiça entre homens, há também ações injustas (embora a ação injusta nem sempre resulte em injustiça), e estas consistem em atribuir demais a si mesmo as coisas boas em si, e muito pouco das coisas más em si. Eis porque não permitimos que um homem governe, mas sim a lei, visto que um homem pode governar em seu próprio interesse e tornar-se um tirano. (ARISTÓTELES, 2001, p. 107).

Assim, Aristóteles tratou com maestria da justiça e da igualdade, e essa igualdade é um dos fundamentos da vinculação dos precedentes, pois permite que casos semelhantes sejam julgados de forma semelhante, evitando que o magistrado dê tratamento diferente às partes e fomente a injustiça. (NOGUEIRA, 2013, p. 62):

Não se busca aqui demonstrar se a decisão utilizada como precedente é justa ou injusta, mas simplesmente partir de uma premissa inafastável, a saber, a de que existe um precedente que já julgou um caso anterior e que esse caso anterior guarda similitudes que justificam a aplicação da regra de direito deste precedente a casos futuros. (NOGUEIRA, 2013, p. 62).

Demandas iguais não podem ter soluções diferentes. Logo, a noção de justiça redonda em um critério de isonomia, no qual são ofertadas às partes igualdade de condições.

Deste modo, a teoria aristotélica de justiça, que vê na figura do juiz o guardião da igualdade e da justiça, corrobora a doutrina do precedente, que é fundamentada na igualdade substancial, defendida pelo filósofo ao permitir que casos diferentes recebam soluções distintas. (NOGUEIRA, 2013, p. 63).

Portanto, o direito à igualdade deve ser efetivado pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tendo em vista que tal direito pode ser entendido como igualdade perante a lei e igualdade na aplicação da lei, e o sistema de precedentes judiciais é uma ferramenta importante na efetivação desse e de outros direitos fundamentais.

3.2. Breves considerações sobre os precedentes no Novo Código de Processo Civil

Conforme já anunciado, o judiciário brasileiro usa, ainda que de maneira tímida, a figura dos precedentes, o que deve mudar com a entrada em vigor do Novo Código de

Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Apesar de terem sido retirados do texto da nova lei os artigos que tratavam especificamente sobre o uso dos precedentes, o instituto se acha presente de forma esparsa no novo *codex*, e será aplicado em nosso sistema. Porém, ainda não há uma teoria consolidada sobre o uso deste instituto, o que deverá acontecer com o decorrer do tempo e sua utilização.

Além do mais, já se utiliza a decisão de outros magistrados como meio de influenciar decisões em casos idênticos. O Novo Código torna obrigatória decisão igual para casos iguais.

Tal uniformização trará maior segurança jurídica e previsibilidade nas decisões, fazendo com que um dos grandes problemas do judiciário nacional seja sanado, qual seja, o excesso de demandas.

Assim, é importante compreender o conceito de precedente judicial e as formas de reconhecimento dos precedentes previstas no direito brasileiro, bem como atentar para a necessidade de aperfeiçoamento dos institutos existentes e vinculação aos precedentes dos Tribunais Superiores, visando a necessidade de decisões judiciais mais uniformes e estáveis.

A preocupação do legislador é a de desafogar os tribunais, e a uniformização de entendimentos tem sido visada, mas somente na medida em que contribua para o descongestionamento da carga de trabalho dos tribunais.

Porém, a preocupação primordial deve ser a isonomia e a segurança jurídica, as quais só serão atingidas a partir da efetivação da teoria dos precedentes judiciais.

Por isso, o aperfeiçoamento dos institutos já existentes e a vinculação aos precedentes judiciais é uma urgência do Poder Judiciário, com o intuito de minimizar a crise no sistema jurídico brasileiro.

Deste modo, a garantia abrangente, que é a garantia do princípio da igualdade na solução de casos concretos, da efetividade da segurança jurídica e do acesso à justiça no cenário nacional só será concretizada com a efetivação da teoria dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Com a aproximação do sistema *civil law* ao sistema *commom Law*, foi revisitada a jurisprudência, e houve, no Brasil, o reconhecimento do intenso valor de que é dotada como fonte do direito brasileiro, ocorrendo a adoção de precedentes.

Porém, apesar da jurisprudência e dos precedentes desempenharem papel relevante no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não há proposições bem definidas, carecendo de alterações legislativas para que seja conferido tratamento sistemático e harmônico ao assunto.

É importante salientar que o poder judiciário não existe para satisfazer o ego pessoal de um ou outro jurista, mas sua finalidade precípua é fazer o bem social por meio da justiça na medida em que esta deve ser aplicada em cada caso conforme suas particularidades.

Daí a importância do sistema de precedentes, que se bem empregado poderá solucionar o problema de decisões tão divergentes em casos tão semelhantes.

Diante da nova realidade dos precedentes judiciais, com o advento do Novo *codex* processual civil, resta uma esperança para ver a justiça sendo efetivada por meio de uma concreta e devida aplicação do direito, com respeito às decisões já empregadas em casos solucionados, ressaltando a força vinculante destas para os juízes que irão se manifestar em casos semelhantes tendo tais decisões como parâmetros, concretizando-se decisões mais céleres e justas, sem que o Direito deixe de evoluir de modo construtivo.

Assim, compete ao legislador brasileiro acompanhar a evolução constante da sociedade e proporcionar meios necessários ao acesso à justiça e à isonomia. Compete, também, aos construtores do direito utilizar as ferramentas disponíveis para solucionar a crise de eficácia do direito brasileiro e garantir a valorização dos princípios fundamentais e da segurança jurídica.

Portanto, o que se visualiza é que o sistema de precedentes é uma poderosa ferramenta para equalizar as decisões judiciais em casos iguais e eliminar a insegurança jurídica que hoje permeia o sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Torrieri Guimarães. 6.^a ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 215, Jan. 2013, p. 207-248.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principalização da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 98, abr/jun 2000, p. 83-89.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O regime do precedente judicial no Novo CPC. In: **Revista do Advogado AASP**, v. 126. São Paulo: Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, 2015.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, n.º 75, abr. 2004, p. 73-77.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 2.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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 da Faculdade de Direito – UFPR**. n.47, 2008, p. 11-58.

_____. (Org.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O novo código de processo civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 22, n. 8, p. 185-210, out./dez. 2014.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS JR., Danilo Rinaldi dos; FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. A segurança jurídica e os precedentes da common law. *In*: LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa e KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos (Org.). **Diálogos (im)pertinentes – Juiz e Jurisdição**. Curitiba: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 226, Dez. 2013, p. 349.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. **Gênesis**: revista de direito processual civil. Curitiba, n. 13, v. 9, jul/set. 1999, p. 485-498.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003, p. 141-158.

_____. Icebergs do common law e civil law?: macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 181, v. 35, março 2010, p. 167-172.

_____. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 20.07.2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 172, Jun. 2009, p. 121.

_____. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 893, Mar. 2010, p. 33.