

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

GISELA MARIA BESTER

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama, Gisela Maria Bester – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-548-5

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

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos Sociais. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, na esteira da tradição já consagrada na área da pesquisa e da Pós-Graduação em Direito, trouxe para a cidade de São Luís – Maranhão, o mais amplo espaço para apresentação dos estudos produzidos na área jurídica, nesta versão sob o tema “Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça”.

Realizado entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, com a parceria da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, o evento viabilizou o debate sobre os estudos apresentados, proporcionando o compartilhamento de experiências e conhecimento sobre os temas tratados.

Nesta obra, congregam-se os estudos de vinte trabalhos que formaram o GT (Grupo de Trabalho) PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I, assim sintetizados:

Sob o título OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA: DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO AO PROCEDIMENTO COMO CAMPO FÉRTIL À PARTICIPAÇÃO ATIVA DAS PARTES, Hélintha Coeto Neitzke e Celso Hiroshi Iocohama destacam os efeitos do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 para o processo judicial, na medida do fortalecimento da atividade das partes em decorrência da possibilidade das convenções processuais, retratando suas consequências para a garantia do acesso à justiça.

Thiago Alves Feio e Alyne Azevedo Marchiori, por sua vez, partem da insegurança jurídica vivenciada pelo direito brasileiro para analisar a aplicação do sistema de precedentes para além do processo civil. Assim, com o título A APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES DO CPC DE 2015 NO PROCESSO DO TRABALHO, trazem seu estudo voltado aos princípios norteadores do processo do trabalho, promovendo críticas e análise para a aplicação dos precedentes aos processos nesse sistema processual especializado.

Com o trabalho A AUDIÊNCIA PÚBLICA JURISDICIONAL COMO FATOR DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS, Julianna Moreira Reis e Alice Pompeu Viana registram sua preocupação em fazer com que a Constituição seja um efetivo instrumento de vontade nacional e popular, na medida em que se constata a incapacidade do Poder Legislativo e do

Poder Executivo em efetivar as promessas constitucionalmente previstas, provocando-se o deslocamento do debate político para a judicialização, exigindo-se práticas democráticas para a intervenção em políticas públicas, das quais destacam a audiência, que é o tema principal do estudo.

Também preocupado com a efetivação da Constituição Federal por mecanismos democráticos, Daniel Gomes de Souza Ramos apresenta o trabalho sob o título A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA – A DEFENSORIA PÚBLICA E A JUSTIÇA ITINERANTE COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DESTE DIREITO, cotejando indicadores dessa prática para a realização da justiça em atenção à universalização de oportunidades e à inafastabilidade jurisdicional.

Com o estudo A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NAS CAUSAS EM QUE É PARTE A FAZENDA PÚBLICA, Daniela Lacerda Chaves e Valter de Souza Lobato analisam as bases da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, sua inversão e a teoria da carga dinâmica do ônus probante, a fim de contextualizá-las nas causas envolvendo a Fazenda Pública, ponderando a relação entre o princípio da isonomia processual e o da supremacia do interesse público sobre o privado.

Bárbara Altoé Puppín e Rodrigo Maia Bachour também contribuem para com o tema do ônus da prova com o trabalho intitulado A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Partindo do método hipotético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica, anotam as implicações práticas decorrentes do tratamento dado ao ônus da prova pelo novo Código de Processo Civil.

Por seu turno, o estudo intitulado A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, de Tatiane Cardozo Lima, resgata dados da história do Direito Processual Civil como ponto de partida para a análise da autonomia concedida pelo legislador às partes, tratando do princípio da cooperação e da efetividade, bem como das intercorrências provocadas em diversos elementos do processo judicial, em busca de sua harmonização e aplicação.

Tadeu Saint Clair Cardoso Batista e Alisson Alves Pinto fazem uma análise crítica da legislação, doutrina e jurisprudência, para o tratamento dos sistemas de legitimação ativa, com o trabalho intitulado A LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA – PERSPECTIVA RESTRITIVISTA QUE MERECE SER SUPERADA. Partindo de um raciocínio hipotético-dedutivo, o estudo apresenta as perspectivas entre a

busca efetiva dos direitos coletivos pelos interessados ou a existência de um modelo de exclusão da participação processual da coletividade.

Fernanda Claudia Araujo da Silva e Inês Maria de Oliveira Reis, por meio de seu estudo intitulado A TRANSPARÊNCIA DO JUDICIÁRIO E O TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 2/2017: UMA VISÃO SOB A ÓTICA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA-CNJ, correlacionam a ética e o estado democrático para tratar da transparência dos atos administrativos públicos, dos princípios constitucionais e da aplicação da Lei Anticorrupção, invocando a proposta do Conselho Nacional de Justiça para atender às regras de transparência internacional.

O estudo intitulado BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA, de Yasmin Juventino Alves Arbex e Alessandro Aparecido Feitosa de Rezende, verifica as alterações promovidas pelo novo Código de Processo Civil em atenção à tendência de evolução do Direito Jurisprudencial, diante do sistema de precedentes e do escopo de redução do excesso de demandas.

Atento às questões éticas e o comportamento das partes diante do processo judicial, Luiz de Franca Belchior Silva demonstra seus estudos por meio do trabalho DESOBEDIÊNCIA JUDICIAL: APLICAÇÃO DO CONTEMPT OF COURT NO DIREITO BRASILEIRO. Com a análise do descumprimento das ordens judiciais, o autor demonstra a afronta à Lei Penal e a desestabilização da Administração Pública, indicando o problema do fenômeno da impunidade como objeto de preocupação e intervenção do Poder Judiciário.

No tratamento do direito constitucional à saúde e diante do problema de como efetivá-lo, Juliana de Oliveira apresenta seu trabalho sob o título DIREITO À SAÚDE: JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO SUS, colocando sob foco as políticas públicas envolvendo o direito à saúde e a sua judicialização, apresentando, para tanto, levantamento e análise dos dados do Conselho Nacional de Justiça obtidos em 2016, acrescentando a posição de suspensão da tramitação dos processos sobre o tema em decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em 2017 .

Indicando a economia redacional de diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, o estudo de Bruna Berbieri Waquim, sob o título EMBARGANDO DE DECLARAÇÃO O NOVO CPC: ALGUNS QUESTIONAMENTOS PRÁTICOS, transita sobre questões polêmicas envolvendo a audiência de conciliação/mediação nas ações de família, aborda a figura do especialista prevista no art. 699, trata da intimação prevista no

parágrafo único do art. 932 (que regula a inadmissibilidade dos recursos e o prazo para a manifestação do recorrente) e aborda a decisão que analisa o pedido de efeito suspensivo à apelação.

O trabalho FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: ANÁLISE DO ASPECTO HISTÓRICO E AS INOVAÇÕES ADVINDAS COM O CPC DE 2015, de Luis Augusto Bezerra Mattos, procura realizar um levantamento histórico envolvendo a fundamentação das decisões judiciais, para, num segundo momento, analisar a atuação do magistrado diante do ato de decidir, finalizando com o tratamento dado ao tema pelo novo Código de Processo Civil.

Com o estudo GRANDES PODERES, GRANDES RESPONSABILIDADES: A APLICAÇÃO DO ART. 139, IV DO CPC, Gabriel de Carvalho Pinto analisa as possibilidades atribuídas ao juiz para a adoção de medidas atípicas sub-rogatórias, indutivas, coercitivas e mandamentais na execução por quantia certa que tenha por objeto obrigação pecuniária.

Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres e Kadmo Silva Ribeiro demonstram a evolução do sistema processual, que, inicialmente estruturado na civil Law, permite o desenvolvimento de outras ferramentas para a vinculação das decisões judiciais e a garantia da efetividade e segurança processual, sob o título HISTORICIDADE DO DIREITO PROCESSUAL: UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

Por meio do trabalho sob o título O JUDICIALISMO RADICAL NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO, Fabiana Coelho Simoes e Lorraine Rodrigues Campos Silva demonstram as divergências teóricas envolvendo a temática da inversão do ônus da prova no direito do consumidor e a distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Civil e a necessidade de critérios democráticos para o afastamento de decisões subjetivas sobre o assunto.

Dias Andrade apresenta seu estudo com o título O JUIZ HÉRCULES NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 523 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À EXECUÇÃO TRABALHISTA, por meio do qual trata da discussão sobre as lacunas no ordenamento trabalhista e o tratamento do conceito de casos difíceis, fundando-se no pensamento de Ronald Dworkin para embasar as reflexões acerca da aplicação do cumprimento de sentença previsto na legislação processual civil.

O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL é estudo por Mariana Bisol Grangeiro e Camila Victorazzi Martta, em especial pela retirada da expressão “livremente” nos dispositivos do novo Código de Processo Civil quando do tema da valoração da prova e seus impactos na atividade judicial.

Francisca das Chagas Lemos finaliza a presente obra com o trabalho RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO E DO AGENTE PÚBLICO POR DANOS. Criticando as práticas adotadas pela Administração Fazendária, aborda a responsabilidade civil do Estado para a reparação do dano causado a terceiros pelos agentes, destacando o conflito das orientações jurisprudenciais decorrentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I registram, por fim, seus agradecimentos e cumprimentos a toda organização do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI – São Luís – Maranhão, parabenizando os participantes pelo comprometimento e dedicação para com o estudo do Direito e sua efetividade.

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR

Profa. Dra. Gisela Maria Bester – UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

HISTORICIDADE DO DIREITO PROCESSUAL: UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

HISTORICITY OF PROCEDURAL LAW: USE OF JUDICIAL PRECEDENTS.

**Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres
Kadmo Silva Ribeiro**

Resumo

Sistemas judiciais ocidentais forma-se de derivações de ordenamentos do civil law, ou do common law, que surgiram em ocasiões politico-culturais distintas. A estruturação do sistema pátrio ocorreu tendo por base pilares estruturais civil law, onde temos premissa que a norma teria suficiente estrutura para reta e justa aplicação do Direito; contudo se verifica que apenas a lei não tinha o condão de ensejar fiel aplicação do Direito, verificando depois que a norma não era suficiente, o que impele os magistrados interpretar e inovar juridicamente, desenvolvendo assim outras ferramentas que por meio da vinculação decisória garantem efetividade e segurança processual

Palavras-chave: Common law, Civil law. precedente obrigatório, Vinculação

Abstract/Resumen/Résumé

Western judicial systems are derived from civil law, or common law, orders that have emerged on distinct political-cultural occasions. The structure of the country system took place on the basis of structural pillars civil law, where we have premise that the norm would have enough structure for straight and just application of the law; However, it is verified that only the law was not able to provide a faithful application of the law, after which the rule was not enough, which compels magistrates to interpret and innovate legally, thus developing other tools that, through decision-making, guarantee effectiveness and Procedural security

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Common law, Civil law, Linking

INTRODUÇÃO

No mundo ocidental a tradição jurídica teve sua gênese partindo de dois macrossistemas processuais, os quais, embora se desenvolveram e ocasiões político-culturais distintas. No transcorrer do tempo integraram importantes elementos de formas recíproca.

O common law se desenvolve a partir de um direito primitivo, gerando a segurança jurídica aos que estão sob sua égide jurisdicional em razão da proteção as decisões anteriores, o que se dá por meio da força vinculante que se atribui as mesmas. O civil law a seu turno surge sob ideais revolucionários da Revolução Francesa, organizando a lei de forma codificada com o condão de não se permitir interpretações ou criações que a modifique.

Tais sistemas contudo, passo a passo se molda a demanda de neo instrumentos que se tornem necessários a efetivação da tutela do Direito. Dessa feita, o common law não se constituiu de puramente jurisprudencial, assim também, como nos países de tradição do civil law há interpretação e criação, assim como decisões vinculadas se aplicam como forma indispensável de recurso nos tribunais.

1.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

O ordenamento jurídico brasileiro se desenvolve sob a estrutura do civil law. Assim, para que tenhamos uma compreensão de maior efetividade sobre a compreensão da vinculação dos precedentes judiciais, inerentes ao common law, é indispensável a análise e a formação histórica de ambos os sistemas jurídicos que se encontram protagonizados no mundo ocidental, se observando a forma que a vinculação das decisões judiciais tiveram desenvolvimento em cada um deles.

1.1. Modelo Romano-Germânico (*Civil Law*)

A *Civil law* sistema jurídico que tem a Lei como principal fonte do direito, também chamado do direito de família romano-germanica se desenvolveu principalmente na Europa Continental e, em virtude da colonização, espalhou-se pelos demais povos.

Sua formação advém, em especial, do Direito Romano que nos séculos XII e XIII passaram a ser estudados nas Universidades. Tal renascimento do Direito Romano seria, para muitos, o marco inicial do direito romano-germânico enquanto ciência jurídica. Nesse toar,

A época em que surge, do ponto de vista científico, o sistema de direito romano-germânico é o século XIII. Até esta época existem, sem dúvida alguma, elementos com a ajuda dos quais o sistema será constituído; mas parece prematuro falar em sistema, e talvez mesmo em direito (DAVID, 2002).

Em meados do século XII a sociedade exige que chegue ao fim as anarquias e o arbítrio do rei para que as relações sociais sejam regidas por meio de Lei fundada na justiça e na razão, com o intuito atribuir maior seguranças aos cidadãos.

Nas Universidades o direito estudado não é destinado aos práticos tampouco ao contencioso. Nelas se inicia um estudo do direito relacionado à teologia, a filosofia, fundado em princípios morais em busca de regras que devem balizar o comportamento dos homens justos. Aqui não se preocupa com o meio através da qual essas decisões “justas” serão postas em prática (DAVID, 2002).

Em razão das regras então vigentes serem eminentemente locais e, muitas vezes, bárbaras as Universidades basearam seus estudos do Direito Romano, que ao largo do seu franco desenvolvimento estava “esquecido” pelos Europeus. Com feito, os compilados de legislação de origem romana, em especial, o Código de Justiniano passaram a ser estudada em toda Europa universalizando, desta forma, os estudos do direito.

Com efeito, as ciências do direito entram em evolução acentuada e entre os séculos XVII e XVIII surge a dita Escola de Direito Natural que retira a idéia que o direito parte do divino, colocando o ser humano no centro do universo e revelando os direitos naturais do homem derivados exclusivamente de sua personalidade.

O direito natural pressupõe, assim, o que é certo e justo declarando a existência de um direito universal e dotado de imutabilidade, comum a todos os homens e a todos os tempos.

Em que pese as acirradas discussões existente à época entra as correntes do direito natural e do direito positivo, é certo que suas bases doutrinárias em conjunto com o fortalecimento do Estado permitiram o movimento para as codificações. Para Renné David,

A codificação é a técnica que vi permitir a realização da ambição da escola de direito natural, expondo de modo metódico, longe do caos das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequencia, ser aplicado nos tribunais (DAVID, 2002).

As codificações, por seu turno, são as grandes responsáveis pela difusão do sistema romano-germânico pelo mundo. Todavia, tendo em vista o crescente nacionalismo dos países o direito positivado tornou-se cada vez mais o objeto de estudo das Universidades deixando de lado a ideia pregada pelo jusnaturalismo de um direito universal e comum a todos (DAVID, 2002).

Com efeito, a fonte primária do direito no sistema jurídico da *Civil Law* tornou-se produto de uma atividade legislativa, imposta pelo Estado – soberano – em substituição ao povo visando à regulação social e o bem comum.

Sendo um modelo jurídico que busca nas Leis a resolução de todos os conflitos e tendo em vista o frenético crescimento social e as possibilidades de lides existentes, poderá o julgador deparar com situações não sistematizadas impondo-lhe suprir tais lacunas através da jurisprudência, costumes e da doutrina denominadas de fontes secundárias do direito.

Quer dizer, pela estrutura do sistema romano-germânico ao jurista só é dado socorrer-se as fontes secundárias quando a Lei imposta não resolver a lide em questão. Tem tais fontes caráter subsidiário encontrando-se na Legislação a fonte primordial do direito e da justiça.

1.2. Modelo Anglo-Saxão (*Common Law*)

A *Common Law* do ponto de vista histórico-geográfico advém de países denominados de origens anglo-saxônicas, em especial a Inglaterra, onde ao longo da história foram firmadas as bases teóricas e procedimentais do aludido Sistema Jurídico (FILHO, 1999).

Entendida como sistema onde as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores terão força vinculante, obrigando os juízes posteriores a decidirem a causa em congruência com o juízo de valor já proferido. Faz-se mister salientar que o termo *Law* deve ser entendido como Direito. Isto porque, a Lei como nós a concebemos, advindas de um processo legislativo, será indicada através dos termos *acts* ou *statutes*. Assim, o direito das leis (*Statutes Law*), destinado a regulação de situações abstratas se distingue do direito criado através das decisões dos Tribunais em casos concretos (*Common Law*).

O sistema ora estudado formou-se precipuamente no direito inglês. Tendo em vista a forte influência das bases históricas em sua atual sistematização, imprescindível, para sua correta compreensão alguns apontamentos históricos.

Inicialmente destaca-se que por se desenvolver numa ilha o direito inglês sofreu pouca influência das bases jurídicas advindas do continente europeu, fortemente influenciado pelo direito francês oriundo da família romano-germânica.

Com a conversão inglesa aos ensinamentos cristãos as leis passaram a ser redigidas na língua falada pelos anglo-saxões e não em latim como nos demais países do continente europeu. Tais leis – em razão das influências oriundas dos povos bárbaros - apresentam nítido caráter analítico, regulando aspectos reduzidos das relações sociais do país (DAVID, 2002).

Quatro séculos mais tarde observa-se o início da feudalização do reino com diversos territórios governados por senhores feudais e leis eminentemente locais, pois ainda neste período não havia um direito comum a toda Inglaterra.

Apenas após a conquista normanda (1066) que a *Cammow Law* se forma. Guilherme, O Conquistador, Duque de Normandia (ligada a França) invade a Inglaterra e instaura o feudalismo com características que lhe são peculiares, pois no território insular os senhores feudais submetiam-se ao poder real centralizado e soberano (FILHO, 1999).

Os feudos não possuíam grande extensão territorial de modo que nenhum barão pudesse rivalizar poder com o rei, além de ser proibida a subfeudação deixando os senhores de terra totalmente dependentes do poder real (DAVID, 2002).

Assim conforme aponta Renné David “este caráter militar organizado do feudalismo inglês é um dos elementos que vai permitir, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento da *Cammow Law*” (DAVID, 2002).

Com efeito, a *Cammow Law* através do Tribunal de Westminster que inicialmente era a “alta justiça” se tornou a única a administrar a poder jurisdicional de modo que implicou na necessidade de criar mecanismos para socorrer-se à sua jurisdição, iniciando-se com isso a aplicação das denominadas *writs* (DAVID, 2002).

Tal técnica (dos *writs*) tornou a *Cammow Law* um procedimento extremamente formalista e insuficiente para resolver todos os conflitos existentes na sociedade. Assim os cidadãos passaram a recorrer diretamente à intervenção do rei – através de seu Chanceler – que dirimia as lides propostas com base na Equity.

Tendo em vista a amplitude de casos submetidos à Equity, o fato de ser um procedimento escrito e o reduzido grau de formalidade em seu procedimento, a jurisdição de

Equity passou a ser largamente utilizada pelos cidadãos, ao passo que a *Cammow Law* foi sendo abandonada correndo o risco de quedar-se no desuso.

Todavia, a má organização dos Tribunais do Chanceler, sua morosidade implicou o apoio dos parlamentares a permanência da *Cammow Law* resultou num compromisso pela subsistência equilibrada de ambas a jurisdições.

Por fim, no período de 1873 à 1875 com os *Judicanture Acts* chega ao fim a distinção formal existente entre os Tribunais da *Equity* e os da *Cammow Law* permitindo-se a aplicação das regras provenientes de qualquer tribunal a situação *sub iudice* (DAVID, 2002).

Hoje entende-se a *cammow law* como um sistema de direito eminentemente jurisprudencial onde suas regras são retiradas da *ratio decendi* dos pronunciamentos dos Tribunais Superiores. Trata-se de um “sistema aberto” que possui um método próprio de solução de litígios sem, contudo, recorrer a regras postas capazes de regular qualquer circunstância em abstrato.

Tendo a jurisprudência – *case law* – como a principal fonte do direito da Inglaterra, relega-se à segundo plano as Leis (*statutes*) e as demais fontes, como o costume, a doutrina e a razão. Que, em regra, só passam a ser utilizadas pelos juristas após os tribunais a utilizarem.

Usa-se a técnica dos precedentes, onde as decisões proferidas pela “alta justiça” compostas pelos Tribunais Superiores (atualmente Supreme Court of Judicature) irão vincular os julgamentos oriundos da chamada “baixa justiça”. Destacando-se, por oportuno, que a Comissão de Apelo da Corte dos Lords poderá, em situações excepcionais, exercer controle das decisões da Supreme Court. (DAVID, 2002).

Ressalta-se, todavia que a vinculação advém da *ratio decendi*, ou seja, do fundamento jurídico incidente sobre o caso específico (razões de decidir). Não vinculará os juízos posteriores o denominado *obiter dictum* que são as explicações e motivações que se encontram no corpo da decisão haja vista sua utilidade para a correta compreensão do julgado sem integrar o seu fundamento (TARUFFO, SD).

Partindo da correta distinção entre *ratio decendi* e *obiter dictum* facilmente compreende-se a teoria do *stare decisis et non quieta moveres* largamente utilizada pelos ingleses onde determina-se a obrigatoriedade de a decisão em uma lide semelhante e posterior estar em consonância com o juízo proferido anteriormente, especificamente com sua *ratio*

decendi que para MacCarmick seria uma regra de direito extraída das motivações das sentenças judiciais (MACCORMICK, 2005) .

Com efeito, na sistemática atual do direito inglês, baseado nas construções da *Cammow Law* as decisões proferidas por uma Corte vinculará as decisões dos juízos a ela inferiores. Nesse diapasão, as decisões proferidas pela Comissão de Apelo da Camara dos Lordes vincularão todas as jurisdições do País, inclusive a Supreme Court, porém não estará a ela vinculado, já que lhe é permitido rever seu próprio entendimento.

Assim, os juízes posteriores deverão averiguar a analogia entre o litígio analisado com e aqueles já proferidos para que, encontrando uma semelhança entre eles, aplicar as regras de direito anteriormente posta pelos Tribunais Superiores. E verificando que não se trata de caso análogo com qualquer outro já decidido, deverá dirimir a lide aplicando a justiça àquele caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, a apresentação, por parte de um jurista inglês de decisões proferidas por juízos do mesmo “escalão” daquele que proferirá a decisão terá eficácia meramente persuasiva posto inexistir obrigatoriedade de seguir a *ratio decendi* ali imposta. Todavia, apresentando decisão da Corte imediatamente superior ao juízo da causa, esta já apresenta eficácia vinculativa obrigando o juiz, se verificada a identidade de situações fáticas, apresentarem a mesma resolução jurídica.

1.3. O Modelo Brasileiro

O direito brasileiro advindo do sistema da *Civil Law* encontra na Lei sua principal fonte. É através das determinações impostas pelo dito Poder Legislativo que há regulação das relações sociais no país.

Arraigada nas ideias oriundas dos pensadores do século XVIII, os juristas concebem a Lei – advinda de um processo legislativo – como vontade soberana do povo criada por delegação, devendo todos a ela ser submetidos visando à preservação da paz e da ordem social.

Com efeito, nesse modelo tradicionalíssimo do direito brasileiro e da *civil law*, ao poder judicante é atribuída função de aplicar, quase que mecanicamente, o direito positivado expondo a norma posta, servindo de verdadeira *bouche de la loi*¹

¹ Em tradução livre: “boca da lei”. Expressão utilizada na França em meados da Revolução Francesa.

Entretanto, tendo em vista a impossibilidade de previsão de todas as possíveis lides que surgissem para a composição judicial os juízes vão adquirindo uma função interpretar a lei tendo, inclusive, que sanar suas possíveis lacunas através das ditas fontes secundárias, quais sejam, a jurisprudência, os costumes e a doutrina.

Nesse diapasão, tendo em vista a maior importância que passou a ser atribuída ao órgão julgador e em função do crescente processo de globalização – com as devidas influências recíprocas entre as sociedades – as fontes consideradas secundárias, em especial a jurisprudência, alcançaram papel de destaque entre os juristas nacionais ao ponto de promoverem mudanças nos paradigmas processuais aqui utilizados.

Isto porque, haja vista a nítida influência do direito inglês e americano (ambos com sistemas oriundos da *common law*) o modelo adotado no Brasil passou a se flexibilizar passando a admitir vinculação as decisões judiciais através das Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal, previstas no artigo 103-A da Constituição Federal.

Após o passo inicial da Sumula Vinculante diversas alterações legislativas foram promovidas no Código de Processo Civil até então vigente no sentido de promover uma maior vinculação das decisões dos Tribunais Superiores adotando, em destaque, denominados Recursos Repetitivos e as Causas de Repercussão Geral.

Por fim, o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil prevê o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas atribuindo competência para que os “Tribunais de Apelação” possam decidir uma determinada questão jurídica vinculando todos os demais juízos que estiverem sob sua jurisdição.

Diante de tais pontuações sobre as origens, a atual configuração e as mudanças que estão por vim, podemos afirmar que o direito brasileiro tem introduzidos regras precipuamente observadas no direito inglês adotando, atribuindo ao judiciário papel primordial na resolução dos conflitos, visando a unificação das decisões provenientes do jurisdicionado contribuindo para um relevo na segurança jurídica deferida aos cidadãos.

2. A EFICÁCIA VINCULANTE DO SISTEMA DA CAMMOW LAW E O EFEITO PERSUASIVO DOS PRECEDENTES NO SISTEMA JURÍDICA DA FAMÍLIA DA CIVIL LAW.

Os precedentes judiciais desde os primórdios do que podemos denominar ordenamento jurídico são utilizados como fonte do direito. Em maior ou menor grau de relevância a atividade judicante sempre foi considerada na formação da ciência jurídica em determinado meio social. Quer dizer, o resultado da atividade jurisdicional influenciou diretamente o *modus operandi* dos sistemas jurídicos, seja na *Cammow Law* ou na *Civil Law*.

Na *cammow law* a atividade judicante tem como função precípua “a paz entre os litigantes” (LOURENCO, 2011). Nele os precedentes judiciais, desde sua origem, aparecem como figura central, por possuírem caráter vinculante e são as verdadeiras e primeiras fontes do direito porque jurisdiciza os costumes desenvolvidos no âmbito da sociedade.

Nessa linha, para países como Inglaterra e Estados Unidos o pronunciamento de uma corte superior hierarquicamente tem o condão de obrigar os magistrados de grau de jurisdição inferior a adotar a mesma resolução de conflitos por ele apontada.

Nesse toar, a utilização do precedente baliza-se, em suma, pelo cotejo entre à jurisprudência do tribunal superior e o caso concreto, justificando sua utilização ou não. Tal análise deve levar em conta a *ratio decendi* da decisão paradigma para ampliá-la ou restringi-la no intuito de melhor decidir o caso em análise (TUCCI, 2004).²

Contudo, essa liberdade na aplicação do precedente sofre as limitações advindas do dever jurídico de motivar suas decisões e dos costumes existentes na sociedade ordenada. Nos dizeres de Tucci “Essa aparente discricionariedade das cortes inglesas vem delimitada pelo substrato cultural latente de seus componentes e pelo dever de justificar as razões de aplicação ou rejeição de um certo precedente”(TUCCI, 2004)

O sistema romano-germânico, por sua vez, aponta a Lei como principal fonte do direito. Tal primazia atribuída a legislação pauta-se na filosofia democrática de que cabe ao

² Nesse sentido, Tucci afirma não existir uma submissão “cega” a anteriores decisões, podendo o magistrado interpretar de modo ampliativo ou restritivo com o intuito de chegar ao resultado mais pertinente. Explica, ainda, as ampliações e restrições inerentes a técnica de utilização dos precedentes permite a flexibilidade do ordenamento jurídico da *cammow law*, posto que indispensável a evolução e progresso do direito

povo, através do poder legiferante, limitar suas liberdades. Dessa forma, o juiz, inicialmente é visto como mero reprodutor do texto da Lei, não podendo emitir qualquer juízo de valor em suas razões.

Todavia, com o desenvolvimento das sociedades e o conhecimento dos sistemas normativos, observou-se a impossibilidade das normas positivadas alcançarem todas as situações fáticas possíveis. Assim, diante das lacunas da norma, indispensável que o poder judicante encontre, através das regras da hermenêutica, a solução para a lide apresentada porque ao juiz não é dada a faculdade de não resolver um litígio pela ausência de previsão legal.

Nos modelos jurídicos lastreados na *Civil Law* em função da hermenêutica jurídica os precedentes judiciais voltaram a figurar como fonte do direito, entretanto, aparece, num primeiro momento, apenas para influenciar as decisões futuras posto ser vista como uma fonte secundária.

Com o desenvolvimento da ciência jurídica, os operadores do direito nos países seguidores da *civil law* passaram a enxergar a uniformização da interpretação do direito incidente sobre uma determinada situação fática como condição fundamental à segurança jurídica.

Isto porque, a partir do momento que o poder judiciário passou a sanar as lacunas e antinomias das normas jurídicas, tornou-se corriqueira a divergência entre resolução apontada pelos diferentes magistrados para situações jurídicas semelhantes gerando ao jurisdicionado nítida insegurança quanto ao resultado de um litígio apresentado em juízo.

Tais incertezas além de afrontar ao princípio constitucional da Segurança Jurídica e da igualdade contrariam os ideais do Estado Democrático de Direito, na medida em que, a solução de uma lide, não mais estará definida pelos ditames legais – já que impossível prever todas as lides que se apresentariam ao poder judicante – mais ficará ao arbítrio do juiz-intérprete.

Todavia, nos sistema oriundos da *civil law*, em especial pelas suas bases filosóficas, as decisões judiciais, apesar de terem almejado um maior reconhecimento, são dotadas de força meramente persuasiva pelo que não obrigam os juízos posteriores a aplicar o entendimento perfilhado em julgamentos anteriores.

2.1. Os precedentes judiciais como fonte do direito no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, com a instituição do regime republicano os assentos³ foram extintos do ordenamento jurídico brasileiro dando lugar ao dito prejudgado⁴ que, figurou em nossa processualística até meados da edição do Código de Processo Civil de 1939, embora não tenha apresentado, em nenhuma das suas anteriores previsões, tampouco no *Codex de 1939*, efeitos vinculativos .

É certo que, a ordem jurídica pátria, a doutrina tradicionalista não acatou o esquema de precedente vinculante já que, para eles, não se afigura possível ao Poder Judiciário proferir normas de caráter geral e abstrato, interferindo na atividade legiferante (TUCCI, 2004).⁵

Com o desenvolvimento da sociedade brasileira o poder judicante passou a enfrentar um sem número de dificuldades no desenvolvimento de suas atividades, destacando-se o elevado número de demandas que em conjunto com o baixo efetivo de servidores e magistrados tornou o acesso ao judiciário caótico e moroso; e o volume de decisões díspares quando a mesma situação fática era analisada por juízos diversos.

Diante de tal cenário, não restou alternativa ordenamento jurídico pátrio senão buscar mecanismos processuais (e institucionais) que alberguem valores como a celeridade e a unicidade da prestação jurisdicional, pelo que se voltaram aos preceitos do direito comparado e passaram a adaptar ao sistema jurídico vigente ao modelo seguido pela *commow law*.

Assim, os julgados que até então tinham efeitos meramente persuasivos passaram a dotar-se de efeitos impeditivos de revisão das decisões e, em alguns casos, efeitos vinculantes.

Todavia, tal persuasão advinha, em regra, da reiteração de decisões de uma determinada corte, ou seja, para efetivamente influenciar o julgamento de uma lide futura indispensável formação de jurisprudência.

³ Até 1850 o Brasil não possuía leis processuais nem organizações judiciais próprias. Assim, eram utilizados os ditos *assentos*, sendo assim considerados os pronunciamentos oriundos do sistema português ou da corte de cassação brasileira acerca das leis civis, penais e comerciais, que possuíam caráter vinculante. Tucci. José Rogério Cruz. Precedente judicial como fonte do direito, São Paulo: RT, 2004, pag. 233

⁴ definido pelo artigo 103, §1º, do Decreto 16.273 como “norma aconselhável para o caso futuro

⁵ Tucci defende que a criação de normas gerais pelo judiciário seria possível com a previsão constitucional Tucci. José Rogério Cruz. Precedente judicial como fonte do direito, São Paulo: RT, 2004, pag. 233

Para o Ilustre Miguel Reale a jurisprudência é uma fonte do direito e ela deve ser entendida como “forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais” (REALE, 1999).

Em virtude da liberdade hoje atribuída de decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento⁶ os precedentes judiciais quedam por renovar o ordenamento em determinado ponto ao interpretar sistemática ou isoladamente dois pontos isolados da Lei, criando uma nova regra aplicável a situação em análise que deverá ser reproduzida futuramente em casos análogos.

Nesta senda, a partir do ano de 1963, por força Emenda Constitucional, fruto do espírito inovador do então Ministro do STF Victor Nunes Leal (FIGUEIREDO, SD) foi instituída a denominada sumula de jurisprudência predominante, sendo esta escolhida por julgamento da maioria absoluta dos membros da corte (tucci, 2004).

Destaca-se que, a mesma regra que determinou a instituição das súmulas de jurisprudência dominante também apontava o meio por onde elas poderiam ser revogada ou alterada, entretanto, tal modificação de sumula editada resultaria de um labor mais acurado daquele que buscasse desconstituí-la.

Ao certo, essa sistemática das súmulas instituídas no regimento interno do STF, foi a primeira medida brasileira no sentido de dotar as decisões judiciais de obrigatoriedade. Em que pese a ausência de previsão acerca de seus efeitos vinculantes, decerto a maior rigidez para afastar sua aplicação ou modificá-la denota uma intenção daquela emenda constitucional em uniformizar a jurisprudência, com base nas decisões da Corte Suprema.

Esse nítido salto de importância atribuída a jurisprudência influenciou diretamente confecção do Código de Processo Civil de 1973 e suas alterações posteriores, a o constituinte originário de 1988, o constituinte reformado de 2006.

Iniciando da legislação pátria no que tange a regulação dos precedentes judiciais e sua regulação podemos citar os artigos 476 a 479 do CPC que regula a denominada uniformização de jurisprudência. Por meio deste procedimento, é possível que um tribunal, por provocação das partes ou do magistrado de segundo grau, conheça uma questão que apresente

⁶ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento, encontrado no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm, acessado em 05/04/2012

interpretação controvertida ou em que haja divergência entre os a decisão proferida nos autos do processo que suscitou o incidente e precedente de outra turma ou câmara cível.

Uma vez reconhecida a divergência, a controvérsia será analisada pelo Pleno do Tribunal e por decisão da maioria absoluta de seus membros firmará o entendimento a ser adotado no âmbito daquela Corte. De tal julgamento lavrar-se-á uma súmula que constituirá precedente de uniformização de jurisprudência.

Esse meio de pacificação de jurisprudência previsto no CPC é uma previsão, infraconstitucional e aplicável a todos os tribunais do país, da súmula de jurisprudência majoritária inserida no âmbito do STF por meio de emenda constitucional. Nesse ponto, é importante destacar que, a súmula do tribunal produz efeitos no âmbito da sua respectiva jurisdição. Logo, se a questão supostamente controvertida já foi pacificada pelo Supremo, não deve ser processado qualquer incidente de uniformização nos demais tribunais pátrios.

Enunciado 7 – “Não se justifica a instauração do incidente de uniformização de jurisprudência quando já existe pronunciamento do Plenário do STF sobre a tese de direito discutida (NEGRAO, 2016)”

Com efeito, mais uma vez, para afastar a incidência de uma decisão já pacificada pelo Tribunal necessária a comprovação da alteração do arcabouço fático-jurídico que resultou a decisão, nos moldes em que se encontra sumulado.

O artigo 557, caput e §1º do Código dos Ritos⁷, por sua vez, determina que o relator decidirá pela negativa de seguimento do recurso quando a decisão impugnada estiver conforme a jurisprudência do respectivo tribunal, do STJ ou do STF; bem como dará provimento ao recurso, quando a decisão recorrida confrontar súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior.

Neste mesmo sentido, prevê o artigo 518, §1º do Código dos Ritos⁸ que o juiz de primeiro grau não receberá recurso de apelação interposto contra sentença que julgou de acordo com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Nesses casos temos o reflexo da chamada eficácia impeditiva das súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais Superiores (TUCCI, 2004).

⁷ Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998

⁸ Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006

Nos institutos e dispositivos legais até então analisados, vê-se que o sistema brasileiro, em regra, atribui à jurisprudência e não aos precedentes a autoridade de influir em decisões futuras. Apesar do prestígio dado aos princípios da *stare decisis* ela ainda não reveste de autoridade uma única decisão proferida pelas Cortes, porque necessária sua repetição sistemática.

Com a emenda constitucional nº 03 de 1993 passou a vigor no Brasil, talvez, o primeiro instituto jurídico com força de precedente (única decisão) judicial com efeito vinculante. Aqui, de acordo com o que reza o artigo 102, §2º da CF em sua redação original a decisão definitiva do STF as decisões que declarassem constitucional alguma Lei ou ato normativo teria eficácia contra todos e efeitos vinculantes a todo o Poder Judiciário e Executivo (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Posteriormente, com a EC 45/2004, denominada de Reforma do Judiciário alterou texto do artigo 102, §2º da CRFB para, também atribuir às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes estendendo-os aos órgãos do judiciário e a administração pública direta ou indireta integrante de todos os entes da federação.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Nota-se, a vinculação ali expressa traduz-se na impossibilidade de as decisões transitadas em julgado no bojo do controle concentrado de constitucionalidade vir a ser, novamente, objeto de discussão já que irrecorrível e inatacável por ação rescisória. (inserir rodapé: art. 26, Lei 9868/99)

Também através da emenda constitucional adrede mencionada, foram instituídas no ordenamento jurídico brasileiro as denominadas súmulas vinculantes com finalidade de dirimir controvérsia no que diz respeito a validade, a interpretação e a eficácia das normas (art. 103-A, §1º CRFB) que, aprovadas por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, vinculará o Poder Judiciário, a Administração direta e indireta, nas esferas federais, estaduais e municipais (art. 103-A, caput, CRFB)

As súmulas vinculantes surgiram como um meio de conferir celeridade aos julgamentos, bem como para reduzir o número de ações propostas, tudo com base em matéria já pacificadas pela jurisprudência do STF.

Ora, uma vez sumulado pelo Excelso Pretório nos termos do art. 103-A da CRFB, estar-se-á evitando que processos fundados em mesma controvérsia prossigam, ou se iniciem, com o escopo de reduzir o gigantesco número de demandas em trâmite perante o judiciário.

De outra banda, boa parte dos destemperos perpetrados no âmbito da administração pública, e que conseqüentemente geravam inúmeras demandas judiciais, estão sendo evitados. Pois, em diversos casos, de acordo com uma decisão vinculante do Supremo as entidades administrativas têm editado normas com o intuito de ajustar sua conduta aos comandos do judiciário.

Em alteração mais recente do CPC, no ano de 2008, o ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito da processualística, ganhou os institutos jurídicos da Repercussão Geral e do Recurso Repetitivo que apresentam por finalidade principal, evitar que processos que versem sobre idêntica questão de direito – originários das chamadas demandas em massa – cheguem individualmente nos Tribunais Superiores.

Com efeito, segundo reza o artigo 543-B, havendo recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, a repercussão geral será apreciada pelo STF, cabendo ao tribunal de origem selecionar um recurso que será enviado ao Pretório Excelso como representativo de controvérsia, sobrestando os demais.

Após devidamente processado, nos termos do Regimento Interno da Corte Suprema, o resultado alcançado por aquela corte será reproduzido nos processos que estarão suspensos. Assim, se reconhecida a repercussão geral, o Tribunal de origem deverá enquadrar a decisão ao pronunciamento daquela corte; se decidir-se pela ausência de repercussão geral, serão todos os processos inadmitidos.

Da mesma forma se processará os Recursos Repetitivos, sendo que aqui, a natureza da matéria discutida será infraconstitucional, ou seja, atacada via Recurso Especial, com competência para julgamento atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, uma vez julgado o Recurso Repetitivo, os demais recursos especiais sobrestados serão inadmitidos, se a decisão recorrida coincidir com o resultado proferido pelo

STJ ou serão submetidos a novo julgamento tribunal de origem que, se manter a posição divergente, deverá processar novo exame de admissibilidade.

Como se nota, os institutos processuais previstos nos art. 543-B e 543-C, assim como a súmula vinculante, demonstram a preocupação do legislador pátrio e de todos os operadores do direito em alcançar uma prestação jurisdicional mais célere e unificada. Célere, na medida em que reduz os meios protelatórios de cumprimento de uma decisão, e unificada porque exigirá dos magistrados a aplicação do posicionamento já adotado, efetivando, nesse ponto, o princípio basilar da segurança jurídica.

2.2. A eficácia persuasiva, impeditiva e vinculante dos precedentes judiciais.

Uma vez explanado os meios processuais que elevam os precedentes judiciais – singulares ou não – ao *status* de fonte do direito no ordenamento jurídico brasileiro, importante alguns apontamentos acerca de suas eficácias.

Em um primeiro momento vale relembrar que o modelo jurídico brasileiro (oriundo da *civil Law*) passou a atribuir aos precedentes judiciais uma importância que supera a visão do magistrado como “boca da Lei”⁹.

Como dito, através da hermenêutica jurídica – em especial pela enxurrada de conceitos vagos que surgiram nos textos legislativos – a função jurisdicional mais do que reproduzir as disposições legais em sua literalidade, passaram a ter função criadora do direito. Entretanto, destaca-se que essa inovação na ordem jurídica não se confunde com a atividade legiferante porque se “cria” o direito com base na interpretação conjunta ou isolada de normas jurídicas positivadas, através das regras da hermenêutica jurídica, que se diga, também previstas em Lei.¹⁰

Em segundo plano, percebe-se que é na atividade hermenêutica do órgão julgador que os conflitos já resolvidos irão influenciar o magistrado. Conforme extensamente demonstrado no presente estudo, essa “influência” nos países que se afiliam ao modelo jurídico proposto

⁹ Oriunda do bocardo francês *bouche de la loi*

¹⁰ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Lei de Introdução ao código Civil in, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm, acessado em 06/04/2017)

pela *stare decisis* é absoluta, já que os precedentes judiciais tem caráter vinculante sendo, indispensável sua análise para aplicá-lo ou afastá-los de aplicação no caso concreto.

E, por fim, a conclusão de que tal modelo se faz possível porque a atividade jurisdicional se efetiva através das decisões judiciais reproduzidas, em regra, na análise de casos concretos. Tais situações jurídicas apresentadas, por vezes, apresentam questões jurídicas idênticas porém a depender do órgão julgador, pela liberdade interpretativa ao juiz, diante da inafastabilidade do Poder Judiciário, garantia constitucional prevista no art. 5, XXXV da CRFB.

3. PRECEDENTES JUDICIAIS E O LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Os juízes trabalham e trabalham muito. O exercício da jurisdição (“*jurisdictio*”) que corresponde, em seu sentido mais denso, ao poder de julgar, exige o “*judicium*” como o resultado da melhor compreensão das questões controvertidas postas em julgamento e o juízo pertinente que amoldura a decisão respectiva pela qual é expresso aquele exercício. Julga-se a causa conforme o direito e o juízo tomado a respeito da questão, como exame judicial correto e adequado, deve servir de paradigma para situações idênticas ou assemelhadas.

Essa dicção do direito, como resposta à solução do conflito refletido no processo judicial, é um conhecimento, um resultado útil da prática de justiça ou fonte primária de manifestação, que serve à construção do direito interpretado. Vale dizer, conceito ou referência, que orienta o estudo do próprio direito em sua aplicação.

Um conjunto de dicções ou de respostas judiciais, no trato de determinado tema, vem significar a jurisprudência, como ciência do direito, em sua acepção clássica e, também, mais ampla, ou originariamente, como o Direito (“*jus*”) interpretado pelos jurisconsultos romanos (“*prudentes*”).

Atendido o conceito formulado por José Náfel, essa “interpretação que os tribunais dão às leis, adaptando-as a cada caso concreto submetido a seu julgamento”, é recebida como o efetivo pronunciamento jurisdicional sobre as lides e as relações jurídicas subjacentes, capaz de infundir as técnicas da decisão, as práticas dos princípios de direito e os resultados

desejados de justiça, servindo, de consequência, como instrumento eficaz ao desate dos processos.

Sobre esse tema, muitos formularam conceitos, diante de diversas perspectivas. No caso, sem perder de vista a certeza de que o nosso ordenamento jurídico pertence ao sistema da “civil Law”, e a admitir-se o elevado alcance da criação judicial do direito, não há duvidar-se que a jurisprudência é e deve ser forma de expressão do direito, representando a segunda grande fonte do direito.

O notável Carlos Maximiliano ponderou a jurisprudência como fator do progresso jurídico, apontando, com imensa lucidez, que ela “aperfeiçoa os textos quase imperceptivelmente, subordina a regra vetusta às ideias contemporâneas, areja o ambiente do foro, jorra sobre ele toda a luz da teoria, a água lustral da filosofia triunfante”.

De fato. Ela se apresenta como um elemento preponderante e disciplinador dos julgados, capaz, inclusive, de influir na norma jurídica, face à compreensão evolutiva da realidade.

Esse direito vivo dos textos judiciais constitui, portanto, o direito em movimento, o que levou Jean Cruet a reconhecer que “uma compilação de arestos é uma coleção de experiências jurídicas, sem cessar renovadas, em que se pode colher ao vivo a reação dos fatos sobre as leis”.

3.1. O jurista moderno

Por identidade de razões, entende-se que a jurisprudência serve melhor ao jurista moderno, intérprete cada vez mais exigente no interesse de adequar a lei ao espírito social de justiça, por um compromisso sempre crescente com o relevante significado do direito. A ele não mais lhe bastam a doutrina, fonte estática na compreensão da lei ou a mera observação fenomênica da própria finalidade da lei. Cumpri-se, velar – é verdade – pelo esforço do direito concretizado.

Não obstante a lei represente a fonte imediata do direito, a jurisprudência é talvez a corrente mais rica da sua formação, por refletir a necessidade sentida ao contato da vida real, sendo um fator eficiente na fixação de princípios. Bem a propósito, exaltou Aníbal Freire que “a jurisprudência estratifica o direito e realiza a adaptação dos textos legais às tendências e aspirações das sociedades organizadas”.

Pois bem, essa obra de interpretação do direito carrega consigo todo o engenho de uma criação perfeita. O intérprete é o tradutor do seu tempo, pulsando, no movimento do direito, o sentimento da realidade. Mais ainda porque, verdadeiramente, o direito é sempre um sentimento palpitante de realidades.

A obra dos juízes é, por isso, a obra viva do direito, adaptado às necessidades emergentes de justiça e que seja condigno com a aspiração dos justos, a tanto que Georges Ripert em sua clássica obra “La règle morale dans les obligations civiles” houve de ressaltar: “quanto mais defende o poder do juiz e a autoridade da jurisprudência tanto mais se eleva o poder intelectual contra o poder político”.

Outro não é o sentir. Se a lei tem a necessidade de ser interpretada, cabe à jurisprudência fornecer-lhe o seu verdadeiro sentido, conduzindo a lei à afirmação do direito contemporaneamente exigido. A jurisprudência realiza a última etapa do processo de elaboração da lei. Muitas vezes caminha à frente do legislador, forçando-o a tomar conhecimento do fato social e da força a seus efeitos. Sem a jurisprudência, a lei é obra frusta e incompleta.

Assim, quando a jurisprudência exercita o seu contributo expressivo de criação do direito, inspirada, destarte nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, é extremamente importante que os arestos ganhem destaque, notadamente por sua reiteração, representando a verdadeira expressão da lei.

A jurisprudência ao tempo em que aperfeiçoa a lei, ou quando a admite precária e insuficiente, proclama a transcendência do direito como solução adequada às novas relações jurídicas ou a novos institutos insurgentes.

Tornamo-nos um país de muitas leis. Leis que nem sempre são elaboradas face à complexidade da vida moderna, ou ao surgimento de novos direitos (consumidor, meio ambiente), ou ao avanço tecnológico (internet, biotecnologia), mas que são ditadas por interesses políticos e econômicos efêmeros. As medidas provisórias representam esse viés nefasto do direito casuístico, verdadeiro pesadelo para advogados e juízes.

Nesse emaranhado de normas jurídicas, não podemos deixar de reconhecer na jurisprudência o papel fundamental para a segurança do Direito, pois as decisões dos Tribunais podem nem sempre alcançar a justiça, mas oferecem a certeza às relações jurídicas sobre as quais se pronunciam.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em teoria geral do processo aprendemos que a jurisprudência é fonte secundária do Direito, encontrando-se em patamar inferior à lei na ordem da gradação em questão.

Tal realidade é observada em sistemas como o nosso, originário do sistema romano-germânico, situação que não se repete nos sistemas apegados ao common Law, nos quais os julgados de hoje repetem o que há muito tempo se decide sobre as mais diversas matérias jurídicas, apenas modificando-se nomes – das partes – e números – de processos.

Inobstante o comentado ensinamento doutrinário, é sabido – pelo menos entre aqueles que militam diariamente nos diversos Fóruns do país – que a jurisprudência por vezes supera a lei, sem contudo negar a sua vigência. Supera porque a interpreta, a modela, aproximando seu comando do espírito de quem a criou.

Essa colocação não é pueril, apegando-se a dados objetivos. A jurisprudência é tão importante, que fez nascer, em nosso sistema jurídico, um dos maiores pilares da democracia deste país, um dos Órgãos de maior envergadura do nosso Poder Judiciário como tal o Superior Tribunal de Justiça.

Esse Tribunal não se constitui na 3ª Instância de nossa Justiça, não é ele um Órgão revisor de decisões monocráticas. Atua, seguindo seus princípios, como Órgão paradigmático em matéria infraconstitucional, apontando qual deve ser a interpretação a respeito de determinado dispositivo legal. e a jurisprudência por ele criada, por ele editada, passa a orientar as decisões dos demais Tribunais do país, não como demonstração de reverência, não porque suas decisões teriam o efeito vinculante que a elas alguns pretendem emprestar, mas sim por saber que casos semelhantes, quando conduzidos ao STJ através dos mecanismos processuais próprios, ali receberão o mesmo desate observado em decisões anteriores, logicamente respeitando-se a possibilidade de modificação do posicionamento assumido pelos componentes da declinada Corte de Justiça.

É exatamente essa ordem de coisas, o poder que se vê nas decisões pretorianas, que me levou à elaboração deste singelo trabalho.

Digo singelo pelo nosso labor, de mero partícipe, mas grande pela riqueza do material esposado no bojo das laudas manejadas.

REFERENCIAS

DAVID, Renné. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo. Ed: Martins Fontes, 2002.

FILHO, Antonio Pereira Madruga. *A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica*, Brasília, 1999

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005)

NEGRAO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 47a. ed., p. 5, 2016.

REALE, Miguel – *Lições Preliminares de Direito* – Ed. Saraiva – 19ª Edição, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

Constituição Federal, in, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art102§, acessado em 06/04/2017.

LOURENCO, Haroldo . *Precedente judicial como fonte do direito algumas consideracoes sob a otica do novo cpc*
<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>, acessado em 26/03/2017.

TARUFFO, Michele. *A eficácia do precedente judicial à luz da da teoria geral do precedente*, http://usp-br.academia.edu/RafaelZanatta/Papers/315325/A_eficacia_do_precedente_judicial_a_luz_da_da_teorias_geral_do_precedente_de_Michele_Taruffo, acessado em 15/02/2017.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As tendências brasileiras rumo a jurisprudência vinculante*, encontrado em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18390->