I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

MAGNO FEDERICI GOMES

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

P963

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

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama

Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-072-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

A edição do I Encontro Virtual do CONPEDI é uma importante demonstração de que bons esforços, compartilhados por meio da dedicação de líderes e colaboradores, podem superar muitas dificuldades e produzir resultados que representam uma grande contribuição para toda comunidade, mesmo diante do assombro da pandemia.

Neste ano de 2020, diante da necessidade de se buscar um processo de adaptação que pudesse garantir a qualidade dos tantos eventos já realizados pelo CONPEDI, e oportunizar à comunidade acadêmica um ambiente para troca de experiências e conhecimento, as atividades presenciais do Rio de Janeiro foram transformadas em ações remotas. Pesquisadores da Pós-Graduação "Stricto Sensu", de todas as regiões do Brasil e de Programas de Mestrado e Doutorado em Direito, inscreveram-se e participaram de palestras, painéis, fóruns, pôsteres e grupos de trabalho, entre os dias 23 a 30 de junho.

Para esta obra, estão reservados os trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetivação da Justiça II. Dezesseis trabalhos foram apresentados, distribuídos em temáticas voltadas à atuação jurisdicional, prova, responsabilidade processual e poderes das partes, além da proteção das garantias fundamentais e de formas adequadas de solução.

Inicia-se esta obra pela exposição do estudo sob o título PROVIMENTO JUDICIAL EM CASOS COMPLEXOS: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO JULGADOR POR MEIO DAS DECISÕES ESTRUTURAIS, de autoria de Kenia Rodrigues de Oliveira, que partiu do questionamento sobre quais critérios são utilizados para a extração das fontes do Direito, tendo-se por base autores como Dworkin, Barroso, Arenhart e Puga.

Na sequência, com o trabalho UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COMO MODELO DE PROCESSO COLETIVO: UM ESTUDO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO LEGISLAR E A PROBLEMÁTICA DA FORMAÇÃO PARTICIPADA DO MÉRITO PROCESSUAL, de Fabrício Veiga Costa, Graciane Rafisa Saliba e Daniele Aparecida Gonçalves Diniz Mares, tratou-se de analisar as alterações promovidas no Código de Processo Civil de 2015, para a busca de estabilidade nas interpretações jurisdicionais e a valorização do princípio do contraditório.

Por sua vez, com o estudo intitulado TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Karina Gularte Peres analisa julgamentos da Corte Superior, investigando casos em que a teoria foi empregada e quais foram os critérios utilizados, sob o olhar da segurança jurídica.

Com o trabalho TEORIA DO ABUSO DO DIREITO: RESPONSABILIDADE DAS PARTES POR DANO PROCESSUAL, Kathia França Silva, Giovanni Galvão Vilaca Gregorio e Adriano da Silva Ribeiro trazem ao debate a importância da boa-fé e o papel do Poder Judiciário na atribuição de sanções à litigância abusiva.

Na sequência dos debates, o estudo Rayara Fiterman Rodrigues e Delmo Mattos da Silva, com o trabalho ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E A ATUAÇÃO DOS JUÍZES NO ESPAÇO JURÍDICO BRASILEIRO: O NOVO PAPEL DO JUIZ DENTRO DO SISTEMA DE PRECEDENTES, analisa a evolução dos sistemas do "Civil Law" e "Common Law" e a importância de suas implicações no papel do juiz.

Atentos à importância do tratamento isonômico das partes, o artigo SISTEMA DE PROVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ, de Kelly Cardoso, Francisco Romero Junior e Miriam Fecchio Chueiri, busca analisar a importância da atuação jurisdicional na produção de provas de ofício, em prol de uma decisão mais justa.

Ao tratar da amplitude viabilizada pelo Código de Processo Civil, o trabalho AUTONOMIA PROCESSUAL: O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O PACTO DE NON PETENDO, de Kelly Cardoso, Miriam Fecchio Chueiri e Edivan Jose Cunico, analisa as possibilidade da pactuação para o não ajuizamento de ações.

Na sequência, Flávia Moreira Guimarães Pessoa e Willde Pereira Sobral estudam a importância de medidas judiciais isonômicas para a abordagem judicial da saúde, trazendo à lume dados do Conselho Nacional de Justiça sobre o tema, com o seu trabalho EM BUSCA DA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL: PRIMAZIA DA TUTELA COLETIVA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL.

Daniélle Dornelles e Fernando Cézar Lopes Cassionato abordam o fenômeno da judicialização e a implementação de novos valores normativos e principiológicos do texto constitucional, com o seu trabalho CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A

RELEVÂNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO E SEUS APORTES À EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Com o artigo sob o título A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de Mirela Guimarães Gonçalves Couto, Davi Prado Maia Oliveira Campos e Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, verifica-se a atuação do Supremo Tribunal Federal no tratamento dos direitos fundamentais em conjunto com a análise dos "direitos fundamentais, as definicoes que lhes sao conferidas, suas caracteristicas intrinsecas e a visao que a Constituicao adota acerca destes e de sua natureza no Estado Democratico de Direito".

Ao interligar os conceitos de JURISDIÇÃO, DEMOCRACIA E FRATERNIDADE, Pedro Henrique Marangoni e Francisco Romero Junior demonstram seus efeitos para o desenvolvimento social cultural e a efetiva realização de um Estado Democrático de Direito.

Bruna Agra de Medeiros e José Serafim da Costa Neto, por sua parte, apresentam seus estudos sobre a adequação da Teoria da Justiça Multiportas para a proteção dos direitos, com o artigo A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA À LUZ DOS PRINCÍPIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO.

O trabalho de Luciane Mara Correa Gomes, intitulado UM ESTUDO SOBRE DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CÉLERE NO PROCESSO ELETRÔNICO, aponta as dificuldades enfrentadas pela política de acessibilidade, considerando os excluídos digitais no pais e os entraves de uniformização para o tratamento do tema.

Com o estudo CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ARBITRAGEM, Luiza de Araújo Guimarães analise o papel do árbitro no contexto da atividade jurisdicional, tratando de sua natureza jurídica e os poderes para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo sob sua apreciação, em controle difuso de constitucionalidade.

Fabrício Veiga Costa e Rayssa Rodrigues Meneghetti analisam a edição de Enunciados e sua aptidão para normatizar comportamentos jurídicos nos Juizados Especiais, com o estudo intitulado JUIZADOS ESPECIAIS CIVEIS ESTADUAIS E A LEGITIMIDADE JURÍDICA

DO PODER JUDICIÁRIO EDITAR FONAJES CONTRÁRIOS À LEI E À CONSTITUIÇÃO: APONTAMENTOS CRÍTICO-PRINCIPIOLÓGICOS DOS FONAJES 78, 85, 88, 89, 117 E125.

Finalizando esta obra, Francisco de Assis Diego Santos de Souza investiga a possibilidade de adoção, para o sistema brasileiro, das técnicas indicadas por seu artigo FORUM SHOPPING E FORUM NON CONVENIENS: QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE COMPETÊNCIA LIGADAS AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL, demonstrando os estudos sobre o foro concorrente em tema de competência internacional e no âmbito do Direito Internacional Privado.

Assim, apresentados e discutidos no Grupo de Trabalho, esses estudos puderam proporcionar importantes experiências interpretativas para o Direito brasileiro, garantindo uma profícua discussão entre os participantes e agora, por meio desta obra, estendendo seus conhecimentos para a comunidade acadêmica em geral.

Mais uma vez, parabenizamos todos os participantes do GT e aos membros da Diretoria e funcionários do CONPEDI, que empreenderam todos os atos necessários para que o evento se realizasse com plena competência e organização.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Universidade Paranaense (UNIPAR)

Prof. Dr. Magno Federici Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E A ATUAÇÃO DOS JUÍZES NO ESPAÇO JURÍDICO BRASILEIRO: O NOVO PAPEL DO JUIZ DENTRO DO SISTEMA DE PRECEDENTES

ACCESS TO JUSTICE AND THE PERFORMANCE OF JUDGES IN THE BRAZILIAN LEGAL SPACE: THE NEW ROLE OF THE JUDGE INSIDE THE PRECEDENT SYSTEM

Rayara Fiterman Rodrigues
Delmo Mattos da Silva

Resumo

O presente trabalho objetiva a análise da atuação dos juízes no espaço jurídico brasileiro devido à instituição dos precedentes no Brasil. Estudou-se a evolução dos sistemas do civil law e common law, para identificar as razões que estruturaram a atuação dos juízes no sistema brasileiro. Analisou-se as regras de aplicação dos precedentes judiciais, examinando-se de que forma a utilização pode mudar o papel do juiz. Discute-se o acesso à ordem jurídica justa, em perspectiva de garantia da tutela jurisdicional célere e efetiva, frente às problemáticas da estrutura processual, identificando as contribuições do sistema de precedentes para a consecução desse acesso.

Palavras-chave: Precedentes judiciais, Acesso à ordem jurídica justa, Civil law, Common law, Juízes

Abstract/Resumen/Résumé

It is analyzed the role of judges in Brazilian juridical space with institution of precedents in Brazil. The evolution of the systems of civil law and common law, trying to identify the reasons that structured the role of judges in Brazil. Therefore, the rules of judicial precedents are analyzed, examining the extent to which can change the role of judges. Discusses the access to a fair legal order, studied in a perspective of guarantee of a swift and effective judicial protection, in front of the problematics of Brazilian process structure, identifying contributions of the precedents system to reaching the access.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial precedents, Access to the fair legal order, Civil law, Common law, Judges

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário Brasileiro sofreu significativas transformações ao longo dos últimos anos, especialmente com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 e do Código de Processo Civil de 2015. O modo de organização do sistema judiciário tem evoluído no sentido de tornar-se mais ativo nas relações sociais, coibindo os excessos da Administração e se adequando às mudanças na sociedade.

Ao se reconhecer que as leis escritas no ordenamento jurídico brasileiro não são suficientes para assegurar a previsibilidade do direito, e tendo em vista a crescente produção normativa por parte do Poder Legislativo, faz-se necessário que o Poder Judiciário atue de forma estruturada, evitando que as várias interpretações do direito produzam os mais diferentes resultados, maculando a segurança jurídica daqueles que buscam o Judiciário para sanar violações aos seus direitos.

É nesse contexto que nasce a discussão sobre as repercussões da inserção do sistema de precedentes judiciais na consecução do acesso à ordem jurídica justa. Discute-se as contribuições e obstáculos da implementação da observância aos precedentes no ordenamento brasileiro, e se consequentemente, auxilia na produção de resultados mais céleres e efetivos, sem mitigar o direito das partes.

O estudo justifica-se pela própria relevância da constatação e análise da evolução de institutos de direito processual, devendo-se registrar as divergências nas construções doutrinárias atuais no tocante aos precedentes judiciais.

Para que se responda ao problema, o presente trabalho divide-se em três tópicos. No capítulo inaugural, será feita abordagem sobre a evolução histórica dos sistemas de *civil law* e *common law* quanto à forma de atuação dos juízes e a consequente aproximação dos sistemas.

Findadas tais considerações, adentra-se, no capítulo seguinte, na identificação dos corretos parâmetros de utilização dos precedentes nos sistemas, bem assim a atuação dos juízes no sistema brasileiro e a tendência de utilização desses institutos.

Por fim, no derradeiro capítulo, tomando-se por base os estudos abordados, enfrentar-se-á o problema acesso à justiça, de modo a reconhecer as contribuições do sistema de precedentes à consecução de uma ordem jurídica justa.

O procedimento desse trabalho deu-se com o levantamento bibliográfico de obras que tratam dos precedentes judiciais e dos sistemas de *civil law* e *common law*, com atenção especial voltada ao acesso à justiça e ao Código de Processo Civil de 2015.

2. A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

O Direito, para se adequar à sociedade na qual é aplicado, deve ser construído com fundamento na experiência. Seja alicerçado nos costumes, possuidor de leis que são elaboradas conforme à vivência social, ou sendo criado com base nas decisões anteriores, é certamente construído a partir de um olhar para trás, preocupado com o passado e o presente da sociedade na qual se insere (SCHAUER, 2012, p.16).

Antes de adentrar propriamente no tema de precedentes judiciais, é indispensável traçar um panorama histórico da sua origem, nas duas tradicionais concepções do direito: o *civil law* e o *common law*.

Primeiramente, o conceito da segurança jurídica pautada na lei, hoje propagado pelo *civil law*, teve suas origens nos estados absolutistas da Europa continental. A superação do modelo feudal, de cunho descentralizado, abriu espaço para monarcas concentrarem o poder nas mãos do Estado. O controle do poder realizou-se a partir do desenvolvimento de uma política de centralização não somente administrativa, mas também jurídica, caracterizada pela separação da igreja, submetendo, assim, todas as formas de poder à supremacia do Estado.

Nesse período, observa-se uma intensa preocupação com a sistematização e racionalização do Direito. Influenciados pelo direito romano ensinado nas grandes universidades e no estudo dos primeiros códigos (como o *Corpus Iuris Civilis*), o meio encontrado para alcançar a completude jurídica, resumiu-se ao direito escrito, limitando, assim, a atividade do juiz à aplicação do sentido puro da lei. Nesse sentido, Norberto Bobbio (BOBBIO, 1995, p.29):

> Enquanto, de fato, num período primitivo o Estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares, buscando a norma a aplicar ao caso sob exame tanto nos costumes quanto em critérios de equidade, e a seguir, adicionando à função judiciária aquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz, com a formação do Estado moderno é subtraída do juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito.

Iniciou-se, deste modo, um grande movimento de codificação da Europa continental, que se baseou na concepção de que a estabilidade e a segurança jurídica só poderiam ser alcançadas por meio da consolidação de leis escritas, as quais deveriam reger todos os aspectos da vida comum e seriam suficientes à concretização do Direito. Tal movimento teve início a partir da criação de leis por parte dos monarcas absolutistas, que objetivavam a superação do

direito baseado nos costumes e na religião para enfim atrelar norma à sua vontade. A consolidação do movimento somente ocorreu com o advento do Código de Napoleão, em 1804, o qual já teria sido criado dentro do contexto da Revolução Francesa.

> Em 1804, entrou em vigor, na França, o Código de Napoleão. Trata-se de um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo. Hoje estamos acostumados a pensar no direito em termos de codificação, como se ele devesse necessariamente estar encerrado num código. Isto é uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar. Com efeito, a idéia da codificação surgiu, por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII e atuou no século passado: portanto, há apenas dois séculos o direito se tornou direito codificado. Por outro lado, não se trata de uma condição comum a todo mundo e a todos os países civilizados. Basta pensar que a codificação não existe nos países anglo-saxônicos. Na realidade, a codificação representa uma experiência jurídica dos últimos dois séculos típica da Europa continental (BOBBIO, 1995, p.29).

Nesse contexto, ganhou espaço a Escola da Exegese, que tinha por característica precípua a crença na limitação do direito à lei e a visão do Estado como única fonte do Direito. Sobretudo, a hermenêutica exegética pregava a interpretação da lei acorrentada à vontade do legislador (BOBBIO, 1995, p.79).

Com a Revolução Francesa, há uma descrença da população no Poder Judiciário. Ocorre que muitos dos magistrados eram aliados das monarquias absolutistas e conservadores, contrários aos ideais propagados pela revolução. Ante a necessidade de coibir os excessos da Administração e do Poder Judiciário, surge o entendimento de que a lei deveria estar acima do judiciário, porquanto esta seria a expressão da vontade geral. A máxima dos ideais revolucionários se deu com a criação da Corte de Cassação Francesa, órgão do Poder Legislativo, que tinha por objetivo precípuo a fiscalização do Poder Judiciário, invalidando decisões judiciais que não obedecessem estritamente às leis escritas (WAMBIER, 2009, p.05).

Mais tarde, vale dizer, houve a compreensão de que a lei não seria suficiente para regular todas as relações sociais, sendo a Corte de Cassação incorporada ao Poder Judiciário, assumindo o status de órgão de cúpula, responsável pela uniformização jurisprudencial do Direito Francês (WAMBIER, 2009, p.06).

Tal conjuntura resultou na consolidação do *civil law* como sistema jurídico pautado no primado da lei, a qual seria capaz de conferir a mais alta certeza jurídica, afastando a atuação positiva dos juízes, conferindo aos mesmos a mera atribuição de aplicadores da lei. Nas lições de Luiz Guilherme Marinoni (2015, p.144):

> A mudança no conceito de interpretação, a força do constitucionalismo e a atuação

> judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição romano-canônica. 100ª evolução da tradição de civil law é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário e que, portanto, nasceu com a marca da utopia. Como dogma, essa noção manteve-se viva ainda que a evolução do civil law a descaracterizasse.
> Imaginou-se, na tradição de civil law, que a lei seria suficiente para garantir a igualdade. A segurança jurídica dependeria da estrita aplicação da lei. Porém, é curioso perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no civil law e no common law, tendo sido utilizada, no primeiro, para negar a importância dos tribunais e das suas decisões e, no último, para fundamentar o stare decisis.

Posteriormente, até mesmo os países mais típicos desse sistema passaram a reconhecer a impossibilidade de os juízes serem meros reprodutores da lei. Pouco a pouco, os países da tradição *civil law* passaram a aceitar e até mesmo incentivar o papel criativo dos juízes, em especial nos casos dos quais a lei silencia, ou apresenta mais de uma possibilidade de interpretação. Entretanto, até os dias atuais permanece o entendimento do primado da lei, permitindo a atuação criativa dos juízes apenas dentro dos limites legalmente estabelecidos.

No caso do Brasil, historicamente os juízes estiveram adstritos à aplicação da lei, porém, assim como os demais países do *civil law*, constatou-se ser inevitável o poder criativo dos juízes, persistindo a atuação dentro dos limites legais, desde que não contrarie a lei (MEDINA, 2015, p.1217).

Analisada a experiência desse sistema, verifica-se que, contrariamente ao desenvolvimento do direito no *civil law*, no *common law* a evolução do sistema jurídico se deu de forma contínua, sem a presença de grandes revoluções. Nas suas raízes, o *common law* surgiu das relações sociais, as quais eram aplicadas pelos juízes nomeados pelo Rei. É um direito consuetudinário no qual se desenvolveu amplamente a atividade judiciária (BOBBIO, 1995, p.33).

Até mesmo nas monarquias inglesas modernas, sempre prevaleceu o princípio segundo o qual as normas estatutárias são somente válidas enquanto não contrariar o direito comum. É importantíssimo salientar que o sistema de precedentes vinculantes se aplica, no *common law*, mesmo quando o juiz decide com base na lei (WAMBIER, 2009, p.05).

> O *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de common law, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano (WAMBIER, 2009, p.54).

Portanto, não houve no sistema de *common law* qualquer razão para que se negasse a atividade positiva dos juízes, visto que esses aplicavam as normas advindas das relações sociais, independente da vontade do poder absolutista. Dessa forma, o poder judiciário se desenvolveu como criador do Direito, consolidando assim o sistema de precedentes judiciais, o qual será delineado adiante.

Cabe assim destacar que, assim como os ordenamentos do *civil law* estão passando por mudanças no sentido de reconhecer o poder criativo dos juízes e estabelecer um sistema de precedentes judiciais, os países pertencentes ao *common law* têm revelado mudanças em sentido contrário. Passa-se a inserir leis escritas, em especial as de cunho processual, como é o caso das leis processuais estabelecidas recentemente na Inglaterra, o *Civil Procedure Act* (de 1997) e as *Rules of Civil Procedure* (de 1998). Conforme afirma Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p.320):

> Pode-se afirmar que, enquanto a nossa tendência é o enrijecimento dos precedentes cuja essência consta das súmulas vinculantes e das impeditivas de recursos, os norte-americanos e ingleses caminham no sentido de mitigara eficácia vinculante dos precedentes, em busca do equilíbrio. O fato é que há uma tendência mundial de ruptura dos esquemas jurídicos clássicos.

Tal situação revela uma verdadeira aproximação dos sistemas, mostrando que nem uma concepção nem outra são suficientes em si para conferir unidade ao Direito. Nesse sentido é que o Brasil tem evoluído na inserção de institutos de sistematização dos precedentes judiciais, de forma a melhor uniformizar o Direito, sem excluir o papel que as leis possuem atualmente.

3. A ATUAL SISTEMÁTICA DE APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A criação do Direito a partir dos precedentes judiciais advém da conscientização de que as normas escritas não são suficientes para conferir justiça e igualdade de tratamento a todos que dele necessitarem. Faz-se necessário o entendimento de que apenas por meio da interpretação é possível concretizar a norma jurídica presente na lei. Portanto, olhar para trás, julgar com fundamento no que já foi julgado, impede a existência de casos semelhantes com resultados distintos, impondo, assim, segurança jurídica, de forma que se tornam presumíveis os resultados, permitindo a ação guiada conforme esses. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p.36):

> A percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação – textos são equívocos e normas são vagas) abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito. Mais precisamente, chegou-se à conclusão de que em determinadas situações, as razões adotadas na justificação das decisões, servem como elementos capazes de reduzir a indeterminação do discurso jurídico, podendo servir como concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos. Isso despertou a doutrina e o novo Código para o significado da interpretação judicial do direito dentro da ordem jurídica.

Conforme demonstrado, o *common law* é um sistema jurídico com atividade normativa atribuída precipuamente ao Poder Judiciário. O sistema concretiza-se por meio dos precedentes judiciais. Para que tal sistema prosperasse, foi necessária a criação de regras que conferissem às decisões judiciais estabilidade e coerência, impedindo que juízes proferissem decisões distintas para casos semelhantes, maculando assim a segurança jurídica no ordenamento. Assim, conforme Teresa Arruda Alvim Wambier, no *common law*, "a eficácia vinculante dos precedentes é a força motriz que dá sustentação ao sistema, em razão da ausência de normas jurídicas escritas" (2016, p.319).

Portanto, para que os precedentes judiciais confiram segurança jurídica no ordenamento, é necessário sistematizar a forma como são empregadas as decisões judiciais. O sistema de precedentes, como hoje é utilizado, consiste em uma gama complexa de institutos e regras para sua aplicação, os quais somente podem ser compreendidos a partir da análise do contexto em que se inserem.

A regra essencial sob a qual se baseia o sistema de precedentes é a *stare decisis*, que advém da expressão latina "*stare decisis et non quieta movere*" (mantenha-se a decisão e não se perturbe a paz). Quer dizer que uma vez proferida uma decisão, essa vincula o Tribunal que à proferiu, o que consiste na *stare decisis* horizontal. Ainda, as decisões proferidas pelas cortes hierarquicamente superiores são vinculantes aos juízos inferiores, constituindo a *stare decisis* vertical (MARINONI;MITIDIERO, 2016, p.53).

> É interessante perceber, porém, que a regra do stare decisis decorre da compreensão do papel adscritivo da interpretação e da necessidade daí oriunda em densificar a segurança jurídica, na medida em que a norma que resulta da interpretação judicial constitui a sua referência em um direito caracterizado pela sua dupla indeterminação (MARINONI;MITIDIERO, 2016, p.36).[1]

[1] A dupla indeterminação refere-se às normas escritas, as quais possuem textos equívocos e normas que são vagas. *Vide* p. 36 da mesma obra.

É importante ressaltar que a regra do *stare decisis* não é uma regra explícita. Não há nos ordenamentos oriundos do *common law* norma legal, constitucional que determine a força vinculante dos precedentes. Tal regra é decorrência do desenvolvimento histórico do Direito comum, o que não ocorre nos direitos de *civil law* quando inserem a observância aos precedentes em seu ordenamento (STRECK; CUNHA, 2016, P.1192).

Dessa forma, verifica-se que o princípio principal do processo decisório baseado em precedentes é a necessidade de que os julgadores sigam decisões anteriores, respondendo da mesma forma que as decisões anteriormente proferidas por instâncias superiores ou pelo próprio juiz ou tribunal[2] (SCHAUER, 2012, P.37).

Entretanto, ressalta-se não se pode confundir precedente com decisão judicial. Na verdade, o precedente judicial é formado a partir de uma decisão judicial, na qual as relevantes razões jurídicas são extraídas para determinar decisões futuras. É importante ressaltar tal diferença, posto que não é a decisão em si que orienta os casos futuros, mas sim a *ratio decidendi* – as razões generalizáveis que podem ser extraídas da decisão judicial (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p.47).

Assim, não é a decisão ou o acórdão que orienta decisões futuras, mas sim as razões de decidir, a tese generalizável que ultrapassa os limites do caso concreto permitindo sua aplicação futura em casos semelhantes.

Outrossim, se a *ratio decidendi* são os fundamentos determinantes da decisão judicial que orientam casos futuros, *obiter dictum* é o exato oposto. Trata-se do que é desnecessário à solução do caso, são os fatos suscitados em uma decisão que não tenham referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p.106).

Pois bem. Uma vez identificados os precedentes e seus elementos, são necessárias regras de aplicação que permitam sua correta utilização no caso concreto. Para que se possa empregar um precedente à um caso futuro, faz-se necessário, primeiramente, comparar os aspectos fático-jurídicos para identificar se é cabível tal utilização. Há de se analisar a existência de semelhanças ou distinções do precedente com relação ao caso concreto. Trata-se, pois, do *distinguishing*.

Ou seja: o *distinguishing* é a realização de distinções entre casos a fim de que

[2] Tradução livre, no original: "The core principal of decision-making according to precedent is that court should follow previous decisions – that they should give the same answers to legal questions that higher or earlier courts have given in the past."

determinado precedente não seja aplicado de forma indevida. Ao ter suas razões comparadas reiteradamente com casos concretos, é possível medir a extensão e a limitação dos precedentes. Portanto, se diz que o distinguishing tem duas funções: a primeira, de distinção de casos posteriores, e a segunda, de identificar os limites do próprio precedente, viabilizando o desenvolvimento do Direito (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p.125):

> A Corte, ao instituir um precedente, pode deixar de considerar alguma questão relacionada com o entendimento firmado. Ademais, em virtude de os casos variarem naturalmente, conforme as particularidades que lhe dão configuração, é sempre possível o surgimento de novas situações, não tratadas no precedente. Assim, ainda que, a princípio, se possa pensar que se está tratando da mesma tese e de situação fática semelhante, haverá a possibilidade de se argumentar que o novo caso requer o enfretamento de outra questão ou que o caso sob julgamento tem particularidade fática que o diferencia daquele envolvido no precedente. Além disso, como o precedente é incapaz de contemplar a riqueza das situações conflitivas, um novo caso pode não se subsumir perfeitamente no precedente, ainda que esse caso, dadas as suas particularidades, mereça igual solução quando consideradas as razões do precedente.

Tomadas essas considerações, identificado o precedente, surge outro problema. Conferir força vinculante às decisões passadas requer que o sistema possa reconhecer quando o precedente deixa de se adequar aos casos presentes, caso contrário, perder-se-ia a tão almejada segurança jurídica.

O conceito de superação dos precedentes é chamado *overruling*. Através do *overruling* é possível a alteração do entendimento judicial a respeito de determinada questão. O *overruling* deve ser feito pelo próprio Tribunal que proferiu o precedente. A superação pode ser total (chamada *overruling*) ou parcial (chamada *overriding*). Ainda, o Tribunal pode decidir pela superação do precedente, buscando compatibilizar as suas orientações, o que é dito *transformation* (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.495):

> A possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento; ele impede alteração injustificada desse entendimento. A modificação do entendimento pode revelar-se um imperativo de justiça. Este é o ponto.

A superação do precedente poderá ser fundada em vários motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou alterações econômicas, políticas, culturais ou sociais referentes à matéria decidida (FPPC, enunciado 322)[3].

[3] Enunciado 322, FPPC: A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.

Todos esses conceitos são, conforme já mencionado, essenciais para conferir estabilidade e coerência ao ordenamento jurídico que utilize o sistema de precedentes. Em suma, a *stare decisis* confere aos precedentes força vinculante/normativa, obrigando os tribunais a decidirem de acordo com o que já decidiram anteriormente e em concordância com o que foi decidido pelas instâncias hierarquicamente superiores. Uma vez estabelecida a vinculação, fez-se necessário estabelecer os parâmetros de aplicação, qual sejam: a *ratio decidendi* – a porção vinculante da decisão, constante das razões normativas generalizáveis; o *obter dictum* – a parte da decisão que não vincula, dizem respeito à apenas o caso concreto; o *distinguishing* – a comparação do caso posterior com as razões do precedente para excluir a vinculação de casos que ensejem tratamento jurídico diverso; e, por fim, o overruling – a superação do precedente que não mais se adequa à atual ordem jurídica.

No Brasil, primeiro grande salto dado nesse sentido foi a Emenda Constitucional n. 45/2004, que criou o instituto das súmulas vinculantes, possibilitando ao STF a vinculação de seus entendimentos perante os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (BRASIL,1988)[4].

Cumpre destacar, nesse último ponto, que as súmulas não são precedentes judiciais. Tratam-se de extratos de jurisprudência de um tribunal (no caso da súmula vinculante, do STF), resumido em um enunciado, indicando o entendimento reiterado naquela matéria. Dessa forma, Alexandre Câmara ressalta (2017, n.p.):

> Uma vez identificada uma linha de jurisprudência firme, constante, a respeito de algum tema, caberá ao tribunal que a tenha firmado editar um enunciado de súmula (art. 926, § 1o). A súmula de jurisprudência dominante é um resuma da jurisprudência dominante de um tribunal. Tal resumo é formado por verbetes ou enunciados, os quais indicam o modo como aquele tribunal decide certas matérias.
> [...]
> O enunciado de súmula, portanto, não é um precedente. Trata-se de um extrato de diversos pronunciamentos, isto é, algo que se extrai de diversas decisões sobre a mesma matéria. Tais decisões podem, até mesmo, basear-se em fundamentos determinantes distintos, mas em todas elas se identificou a mesma conclusão (a de que "a liberação de veículo retido apenas por transporte irregular de passageiros não está condicionada ao pagamento de multas e despesas").
> Assim, é perfeitamente possível imaginar a existência de uma jurisprudência firme, constante, ensejadora de um enunciado de súmula, e que se apoia em distintos precedentes, baseados em fundamentos determinantes distintos. Decidir com base em um enunciado de súmula, portanto, não é o mesmo que decidir com apoio em precedente. O enunciado de súmula, insista-se, é um extrato da jurisprudência dominante de um tribunal.

[4] Art. 103-A, CF/88: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

No Brasil, diferente do que ocorre nos países do *common law*, ainda que se admita a vinculação dos precedentes, estes não podem sobressair o poder das leis. Com o advento de uma lei nova contrária ao precedente judicial, a conclusão é pela superação (*overruling*) do precedente, com a exceção do reconhecimento, pelo juiz, da inconstitucionalidade ou inaplicabilidade da lei (FPPC, enunciado 324)[5].

O próximo grande passo dado no Brasil a respeito da observância aos precedentes judiciais se deu com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que inseriu institutos próprios de uniformização e estabilização de jurisprudências, bem como a necessidade de observância das decisões proferidas.

Aqui já se pode observar que o Código de Processo Civil de 2015 deu uma nova conotação ao papel dos juízes no processo brasileiro. O código preocupou-se com a unidade do Direito, traçando um sistema de precedentes obrigatórios que conferem à certos tipos de decisão prerrogativas próprias, reforçando a sua força perante os demais órgãos do Poder Judiciário.

Em seu art. 926 o legislador introduziu a necessidade de uniformização da jurisprudência e nos parágrafos 1º e 2º destacou a edição de súmulas por parte dos tribunais, bem como a observância às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Veja-se (BRASIL,2015):

> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
> § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
> § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Vê-se que o Código de Processo Civil de 2015 buscou inserir no ordenamento uma referência à regra da *stare decisis*, no sentido horizontal, na medida em que os juízes devem observar os próprios precedentes e no sentido vertical, no qual os juízes e tribunais observar os precedentes dos órgãos aos quais estejam vinculados (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p.32-33).

O artigo 927 dispõe sobre a necessidade de observância de um rol específico de decisões e entendimentos jurisprudenciais. Luiz Guilherme Marinoni menciona que o termo "observarão" presente no *caput* do art. 927 é um dever triplo: de considerar, de interpretar e,

[5] FPPC, Enunciado 324: Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.

em sendo o caso, de aplicar o precedente ou a jurisprudência vinculante atinente ao caso (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p.63).

A propósito, uma crítica sustentada pela doutrina é que o CPC/2015 alude à necessidade de observância aos acórdãos e aos enunciados de súmulas, quando deveria vincular a *ratio decidendi* – as razões jurídicas relevantes presentes nas decisões. Nesse caso é preciso se ater ao conceito de precedente oriundo do *common law*, pois não se pode vincular apenas a parte dispositiva de uma decisão, visto que esta não pode ser reproduzida adequadamente à casos futuros. Considera-se, então, que os juízes e os tribunais observarão as circunstâncias fáticas presentes nos precedentes e entendimentos presentes dos incisos I a V do art. 927 do CPC/2015. Nesse sentido:

> O primeiro diz respeito à confusão entre decisão e precedente. O dispositivo refere que os juízes e tribunais observarão a "acórdãos" de "julgamentos" (art. 927, III, CPC/2015), quando na verdade deveria, no mínimo, ter feito referência às razões constantes da fundamentação dos acórdãos. Porém, ainda que tivesse corretamente aludido às razões, faltaria substância ao dispositivo, porque nada diz a respeito da qualidade das razões – nem todas as razões devem ser seguidas, mas apenas as necessárias e suficientes para definição da questão – e da forma de julgamento necessária para que as Cortes Supremas bem possam desempenhar as suas funções de outorga de unidade ao direito: decisão colegiada – e não plural – e com fundamentação unânime ou majoritária – e não com fundamentação concorrente (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p.69).

Além das previsões acima mencionadas, o CPC/2015 inseriu mecanismos para assegurar a observância de certos precedentes, em especial os acórdãos de recursos repetitivos do STF e STJ e os enunciados de súmula (que não se trata de precedente, mas sim de extrato de jurisprudência). Tais mecanismos conferem eficácia ao procedimento, uma vez que tais entendimentos, se cabíveis, não precisam ser revistos pelo juiz que os instituiu (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p.71).

Como exemplo, temos o art. 311, II do referido diploma, que regula a tutela de evidência, referindo que poderá ser concedida pelo juiz quando "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante". Em tal hipótese o autor poderá receber o provimento jurisdicional provisoriamente, o que por si só, presume a evidência do seu direito (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p.72).

Assim como a previsão anterior, o art. 332 confere maior agilidade ao processo, permitindo o julgamento de improcedência liminar quando o pedido formulado contrariar certos entendimentos, presumindo o descabimento da ação, dentre os quais destaca-se o enunciado de súmula e o acórdão em julgamento de recursos repetitivos do STF e STJ (MARINONI;

MITIDIERO, 2016, p.73).

4. DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E O NOVO PAPEL DO JUIZ NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A tarefa de conceituar o acesso à justiça, enquanto princípio basilar do Direito, já foi intentada por diversos doutrinadores de tantas outras áreas de conhecimento. O certo é que tal princípio possui espaço para o estudo de várias situações jurídicas a ele relacionadas.

Uma concepção inicial do tema, conduz ao que se encontra retratado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*". Tal concepção remonta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantindo a todos o ingresso em juízo, independentemente de sua condição econômica e social, o que caracteriza muito bem a primeira onda do acesso à justiça enunciada por Cappelletti e Garth em sua consagrada obra intitulada "Acesso à Justiça" (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p.2)[6].

Vale mencionar que, embora não dedique seu foco, também foi contemplado por Cappelletti e Garth que o acesso à justiça possui outra dimensão, qual seja, a de produzir resultados céleres e justos.

> A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não podemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p.8).

Para Cândido Dinamarco (2019, p. 198), uma primeira leitura do enunciado direciona à ideia de garantia de ingresso ao Judiciário, facilitando o direito de ação àqueles que

[6] Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 02) abordam mais profundamente essa visão, focando seu trabalho em seu ponto de vista da finalidade básica do sistema jurídico, ser um sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios perante o Estado, devendo ser realmente acessível a todos. Para os Autores, historicamente a busca pelo acesso à justiça levou a tentativas de soluções, chamadas "ondas do acesso à justiça". A primeira onda refere-se às dificuldades econômicas e a necessidade de assistência judiciária gratuita. A segunda onda trata da representação dos interesses difusos, especialmente quanto ao direito do consumidor e ambiental. Por último, a terceira onda aborda o "acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça", quanto às questões de efetiva participação das partes, instituições e mecanismos na produção do resultado do processo.

tiverem seus direitos violados. Contudo, uma interpretação mais extensiva do enunciado conduz à noção de significado político, legitimando o poder público no investimento do poder jurisdicional de solução de conflitos.

Os conceitos ganham relevância com a crescente complexidade da sociedade moderna, abrangendo excessivamente o campo de atuação do Poder Judiciário. No Brasil, inicialmente buscou-se facilitar o ingresso ao Judiciário, com a garantia da assistência judiciária (Lei n. 1.060/1950), a criação do Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/84), e tantas outras medidas.

Com o advento das referidas medidas, difundiu-se no Brasil a busca pelo Judiciário para a resolução dos mais diversos conflitos, por todas as camadas da sociedade. Hoje, a preocupação é voltada à qualidade da resposta a ser dada pelo Judiciário, que passa por intensas dificuldades estruturais.

Tais questões contribuíram para as mudanças que hoje passa o sistema jurídico brasileiro, assim como outros sistemas mundiais. Deve-se garantir à sociedade uma justiça previsibilidade do Direito, dada por uma justiça célere, organizada e efetiva.

Portanto, e tal concepção tem sido enfocada mais recentemente, "Na esfera judiciária, a atualização do conceito de acesso à justiça vem provocando repercussão na amplitude e qualidade dos serviços judiciários e bem assim no elenco de técnicas e estratégias utilizadas pela Justiça na solução dos conflitos de interesses" (WATANABE, 2017, p.25)

Pensar o acesso à justiça como mero direito de ingresso revela-se insuficiente para garantir à parte uma resposta "justa" (célere e efetiva). Assim, é que hoje se fala em acesso à ordem jurídica justa, conceito que engloba tanto as questões de ingresso, quanto às questões referentes à efetiva entrega da tutela jurisdicional.

Em qualquer hipótese, não há como afirmar que a justiça foi alcançada de fato, eis que o elemento do direito deve garantir à sociedade uma previsibilidade e segurança no que será decidido, mas a justiça pressupõe conceitos indeterminados e impossíveis de se mensurar. Nas palavras de Jacques Derrida (2010, p.30): "O direito não é a justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável".

A atuação dos juízes de forma a garantir um acesso à justiça nos termos indicados pressupõe uma organização da Justiça que envolva vários aspectos, como uma adequada estruturação dos meios processuais disponíveis e, principalmente, uma *pesquisa interdisciplinar permanente sobre os conflitos, suas causas, seus modos de solução e acomodação* (WATANABE, 2019, p. 09).

Por tais razões é que os estudos sobre o acesso à ordem jurídica justa são fundamentais para o enfrentamento de todas as questões e obstáculos à concretização desse direito, demandando esforços para além do Direito, contribuições de outras ciências que se destinem à análise da sociedade e dos conflitos formados, de modo a orientar as ações do Judiciário na promoção de uma tutela jurisdicional efetiva.

Quanto ao acesso à justiça, numa dimensão realista e aderente à realidade contemporânea, não deve se limitar a uma oferta *prodigalizada, generalizada* e *incondicionada*, induzindo uma expectativa exagerada quanto à decisão de mérito. O Estado não consegue atender a demanda e, tentando fazê-lo, *envereda pela armadilha da justiça de massa tisnada pela busca obsessiva de celeridade a qualquer preço*, tudo resultando numa *resposta padronizada*, de *baixa qualidade, excessivamente demorada, onerosa, imprevisível* e, *pouco eficiente no plano prático* (MANCUSO, 2018, p.368).

No Brasil, a própria estrutura tradicional do *civil law* trouxe consigo um problema que prejudica diretamente o acesso à ordem jurídica justa no sentido delineado acima, razão pela qual o sistema de precedentes passou a ser considerado.

A visão histórica de que a lei seria completa e suficiente, cabendo ao juiz apenas aplica-la, acarretou no que se pode ver nos dias atuais: um ordenamento com imenso estoque de normas jurídicas. A Constituição brasileira é analítica, tratando de matérias tanto materialmente constitucionais, quanto àquelas que ali estão apenas formalmente. (WAMBIER, 2016, p. 416). Assim, o juiz brasileiro não esteve vinculado às decisões de outros órgãos judiciários, possuindo estas apenas valor argumentativo.

O juiz brasileiro (e isto vem melhorando aos poucos) acabou por possuir um poder ainda mais abrangente que o juiz do *common law*, tendo em vista que o juiz brasileiro não está adstrito aos entendimentos proferidos anteriormente. A ausência de mecanismos de uniformização acabou por conferir aos juízes a faculdade de interpretar a norma como bem entender, especialmente nos *hard cases* (casos difíceis), nos quais não é possível encontrar a resposta clara no ordenamento. Na análise de José Miguel Garcia Medina (MEDINA, 2015, p. 1217):

> Embora muitos possam afirmar que o estabelecimento de direito e deveres por meio de leis escritas traz maior segurança aos cidadãos (já que o exercício da jurisdição estaria legal e previamente balizado), é inegável que, hoje, o juiz brasileiro tem muito mais poder de criação que o juiz do *common law*, tendo em vista que, ao contrário deste último, aquele, em princípio, não deveria (pelo menos, à luz da letra de nossa legislação) nenhum respeito aos precedentes judiciais dos tribunais ou órgãos que lhe sejam superiores.

Trata-se de resultado inevitável dentro do sistema *civil law*, já que o legislador não pode antecipar a complexidade dos conflitos que surgirão na sociedade, sendo a norma escrita insuficiente para regular todas as relações sociais. Dessa forma, inexistindo uma sistematização da ação dos juízes caso a caso, o Brasil acabou por produzir resultados divergentes, dos quais não se pode afirmar que tenham sido "justos" (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 55)[7].

Tal cenário é intensificado em razão de um crescimento excessivo do demandismo judiciário, o que tem levado a uma *juridicização da vida*. O próprio crescimento do conceito do acesso à justiça enquanto ingresso ao Judiciário, permitido e garantido a todos, levou ao aumento da demanda, trazendo consigo uma concepção de que a Jurisdição deve ser conquistada a partir de uma decisão de mérito dada pelo Estado, em detrimento de soluções consensuais e autocompositivas (MANCUSO, 2018, p.362).

O avanço do Direito para outras fronteiras, os chamados campos *extra* ou *parajurídicos* (sociologia, antropologia, biologia, cibernética, ecologia), se alia ao problema da falta de parâmetro legal (norma escrita) para a atuação dos juízes, ocasionando decisões pautadas nos entendimentos pessoais, discrepantes entre si (MANCUSO, 2018, p.362).

Assim, reconhecida a necessidade da atuação dos juízes além dos limites da lei, em razão da natural insuficiência das leis escritas, é que se insere a sistemática dos precedentes judiciais, de modo a conferir uma estrutura para orientar a atuação do juiz e dos tribunais.

No Brasil, embora ainda haja um longo caminho a percorrer para que se possa afirmar que o ordenamento brasileiro possui um sistema de precedentes judiciais consolidado, aos poucos estão sendo introduzidos no ordenamento dispositivos de uniformização e estabilização das decisões judiciais.

Certamente, os institutos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015 vieram para auxiliar a atuação dos juízes, oferecendo limites para as decisões proferidas, as quais poderão orientar e/ou vincular decisões futuras, bem assim nortear os jurisdicionados nas ações em sociedade.

---

[7] III) a justiça das decisões. O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao conduzir o processo, inclusive na instrução probatória, (b) ao apreciar a prova, (c) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas adequadas ou (d) ao interpretar os textos de direito positivo. Não se deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador possa ser em sentido contrário (a *mens legis* nem sempre corresponde à *mens legislatoris*); deve "pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça", e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da justiça e ausência de pertinentes princípios gerais do direito é que deve conformar-se;

A principal preocupação com a nova prática é a utilização dessa sistemática sem observância dos parâmetros orientadores para tanto. O grande número de processos no Brasil acaba levando, muitas vezes, a uma análise superficial do caso concreto. Dessa forma, a aplicação dos conceitos de *ratio decidendi*, *distinguishing* e da própria superação do precedente (*overruling*) ficam prejudicados.

De acordo com os dados fornecidos pelo CNJ na publicação "Justiça em Números", durante o ano de 2018, foram proferidas 32 milhões de sentenças e decisões terminativas, por apenas 18.141 magistrados de 1º e 2º graus. Ora, uma análise superficial dos referidos dados revela a inviabilidade de as referidas decisões se enquadrarem nos moldes propostos pelo sistema de precedentes (BRASIL,2019).

Contudo, observa-se que a aplicação dos precedentes ao longo do tempo, permitirá aos juízes acessar uma gama maior de fontes do direito, o que certamente auxiliará o trabalho como um todo.

Outrossim, conforme já citado, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, não somente um sistema de precedentes judiciais, mas também mecanismos para a objetivação e padronização do processo que facilitam o trâmite de casos que se relacionem com os precedentes reconhecidos como vinculantes.

Como pôde ser visto, o Brasil tem avançado no sentido de inserir um sistema de precedentes no ordenamento, entretanto uma correta aplicação desse sistema é imprescindível para a consecução da ordem jurídica justa. No caso, se faz necessária a observância dos elementos básicos da sistemática dos precedentes judiciais, de forma a garantir que as decisões não utilizem erroneamente esse novo importante parâmetro legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, procurou-se analisar os impactos do sistema de precedentes judiciais como forma de aprimoramento do ordenamento brasileiro e suas implicações na garantia do acesso à ordem jurídica justa, em contraponto à prática jurídica de interpretação da norma de modo a buscar a justiça isoladamente, de maneira disforme e desigual.

Assim, inicialmente, foi abordada a evolução dos sistemas de *civil law* e *common law*, e a utilização dos precedentes judiciais e normas escritas como instrumentos de garantia da segurança nas relações jurídicas. Como pôde ser visto, ambos os sistemas estão passando por convergências, ante o reconhecimento da insuficiência de seus modelos originais.

Seguiu-se ao estudo acerca da aplicabilidade dos precedentes judiciais na atualidade, dando-se ênfase aos conceitos gerais de sua sistematização, em especial a necessidade de correta fundamentação das decisões, a distinção entre as razões do precedente e o caso concreto, bem assim a abertura de possibilidades de superação do precedente criado.

Nesse sentido, examinou-se a atuação dos juízes no Brasil, identificando, nesse pormenor, o crescimento da utilização de elementos do sistema de precedentes judiciais, bem assim os avanços trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015.

Sem procurar esgotar o tema, foi estudada uma visão atualizada do que o acesso à ordem jurídica justa representa atualmente, trazendo-se preocupações com a efetividade na entrega da tutela jurisdicional no sistema brasileiro, que é marcado pelo congestionamento oriundo do demandismo judiciário excessivo.

Nesse cenário, abordou-se o novo papel dos juízes brasileiros em face do sistema de precedentes judiciais trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, analisando-se, do ponto de vista jurídico, de que forma a nova atuação do juiz, enquanto responsável pela solução dos conflitos trazidos até o Judiciário, contribuirá para a consecução do acesso à ordem jurídica justa, não somente da presumida “justiça”.

Por fim, diante de todas as retenções teóricas proporcionadas pelo estudo aqui proposto, conclui-se pela positiva contribuição do sistema de precedentes para que sejam instituídos parâmetros para a atuação do juiz de primeiro grau e dos tribunais pátrios, desde que seja observada a sistemática de aplicação dos precedentes garantindo a força dos julgados que poderão vincular e orientar decisões futuras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 de dezembro de 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. Relatório Justiça em Números 2019. Brasília, DF: CNJ, 2019e. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**.1ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei.** São Paulo: Martins Fontes.2. ed., 2010.

DINAMARCO. Cândido. Instituições do Direito Processual Civil. vol. II.8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. (Coords.). **Comentários ao código de processo civil**: artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. v. 15.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**: A New Introduction to Legal Reasoning. Estados Unidos: Harvard University Press, 2012. p. 16.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 29.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Ordem Jurídica Justa** (Conceito atualizado de acesso à justiça) Processos Coletivos e outros Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016,

DIDIER JR Fredie.; BRAGA Paula Sarno; DE OLIVEIRA Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.