

A APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES DO *COMMON LAW* NO BRASIL CONTEMPORÂNEO¹

THE APPLICABILITY OF COMMON LAW PRECEDENTS IN CONTEMPORARY BRAZIL

Marcela Marques CILENTO²

RESUMO

Este artigo pretende analisar a aplicabilidade dos precedentes do Common law no sistema processual brasileiro nos tempos atuais. Faz-se uma reconstituição histórica acerca dos temas do Civil law e Common law, trazendo à luz sua presença no sistema judiciário do Brasil, bem como o movimento de aproximação que vem sendo observado entre as duas tradições. Ainda, é feito um estudo acerca da adoção dos precedentes no Brasil, com a criação da súmula vinculante e, conseqüentemente, seus efeitos no judiciário. Nesse aspecto, é feita análise dos precedentes no cenário nacional, trazendo críticas à sua evolução e mutação para o enquadramento no atual Código de Processo Civil. A metodologia utilizada nesta pesquisa é a dedutiva, visando explorar o caráter subjetivo dos precedentes utilizando como instrumento principal a rede bibliográfica, com leituras a partir de artigos, monografias e doutrinas jurídicas interdisciplinares, trabalhando diversas áreas do direito e a dogmática. A aplicação dos precedentes judiciais no sistema brasileiro é uma realidade que, apesar de ser dotada de fundamentação, acaba por ser adaptada à tradição da Civil law nos parâmetros limitadores da legislação.

Palavras-Chave: Vinculante. Precedentes. Jurisprudência Mecânica. Common law. Civil law.

ABSTRACT

This article intends to analyze the applicability of Common law precedents in the Brazilian procedural system nowadays. A historical reconstruction is carried out on the themes of Civil law and Common law, bringing to light their presence in the Brazilian judicial system, as well as the approximation movement that has been observed between the two traditions. Still, a study is made about the adoption of precedents in Brazil, with the creation of the binding precedent and, consequently, its effects on the

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2021-2022) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Graduando em Direito na Faculdade de Direito de Franca; voluntária PIBIC 2021/2022; estagiária no escritório Dosso Toledo Advogados.

judiciary. In this aspect, an analysis of precedents in the national scenario is made, bringing criticism to its evolution and mutation to the framework in the current Code of Civil Procedure. The methodology used in this research is deductive, aiming to explore the subjective character of precedents using the bibliographic network as the main instrument, with readings from articles, monographs and interdisciplinary legal doctrines, working in different areas of law and dogmatics. The application of judicial precedents in the Brazilian system is a reality that, despite being endowed with reasons, ends up being adapted to the Civil law tradition in the limiting parameters of the legislation.

Keywords: Health; Pandemic; Health Unic System; CPI; Impacts of the pandemic.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil Brasileiro teve berço na tradição romana secular conhecida como *Civil law*, originada no século XII e XIII. O estilo de ordenamento jurídico teve sua influência exercida principalmente na Europa Continental, ressaltando, do Direito Romano, a utilização de documentos escritos, como leis e códigos. Os romanos foram os primeiros a organizar o direito, extraindo a regra jurídica de casos concretos cotidianos, classificando-os e aplicando a novos casos (CRETELLA, 1986, p.3). Sendo assim, pode-se afirmar que a jurisprudência passa a ter um cunho de derivação, e não originário, sendo limitado a ordem legal. O *Corpus Iuris Civilis Romanii*, foi peça fundamental de estudo para a formação e difusão do sistema que vinha a ser o *Civil law*, uma vez que também serviu de base para as mudanças remanescentes da Revolução Francesa que, das suas reivindicações burguesas e da presença do parlamentarismo ao poder, houve a necessidade de exercer controle na atuação judicial, limitando a aplicação da lei pelos juízes apenas em seu sentido literal, denominado “boca de lei”. É nesse momento que surge a aceitação da teoria de Montesquieu e Rousseau, neste primeiro, na tentativa de evitar poder na mão de uma pessoa só; e, em seguida, na visão de que a lei escrita devia ser o meio de expressão da Nação Francesa. Em suma, a igualdade no *Civil law* foi diretamente associada à estrita aplicação da lei, o que deu origem a um intenso processo de codificação do direito, limitando o papel do juiz com a finalidade de garantir a tão sonhada igualdade entre todos. (GALIO, p.4).

No que concerne a visão do direito brasileiro na utilização do *Civil law*, aqui introduzida, faz-se valer a máxima de que a lei, em si, é limitadora de interpretações para aplicação, sendo plenamente constituída para atender fins de casos concretos, vinculada diretamente, portanto à atuação legislativa. O sistema adotado pode ser identificado na

Constituição Federal, artigo 5º, II, onde cita “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Paralelamente o desenvolvimento do *Civil law*, há também a constituição da tradição de *Common law*, direito comum, em 1066 na Inglaterra, de quando houve a invasão normanda, se opondo às jurisdições locais que lá existiam. Esse sistema se origina de criação de regras por juízes ingleses sem a adoção da escrita e de maneira contínua, uma vez que seu caráter costumeiro sugere um acompanhamento do desenvolvimento da sociedade inglesa. Assim, apesar das poucas adaptações, sua essência resistiu ao tempo, onde os casos concretos são fontes do direito, e não o contrário, como no *Civil law*.

O que ocorre, entretanto, é que a nova ordem processual originada pela Lei de nº 13.105, de 2015, há a adoção pelo Código de Processo Civil do “Sistema de Precedentes”, oriundo do *Common law*, que diverge opiniões, uma vez que torna-se uma mistura dos dois sistemas expostos, indo contra o já solidificado e reconhecido no território, além de alterar o viés decisório do Judiciário nacional.

O presente trabalho abordará a aplicabilidade desse novo sistema adotado pelo CPC/15, de modo a analisar e explicitar, no decorrer dos capítulos, a influência do *Common law* no sistema judiciário brasileiro, bem como sua necessidade de correção, fomentando a indagação da sua eficácia e constitucionalidade.

Como metodologia, foram utilizados, o método dedutivo e método comparativo. A pesquisa bibliográfica foi elencada como a mais adequada para a elaboração da monografia. Como ferramentas de pesquisa, usufruiu-se de livros, doutrinas, sites e artigos científicos.

2 DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O *Civil law* é a tradição mais antiga da história, com diversas origens e desenvolvimentos particulares. Está vinculada ao direito romano, quando a lei foi compilada e codificada sob Justiniano no século VI d.C. (ROSSI, 2015, p.60).

Apesar de ser antiga, a tradição surgiu como uma necessidade de solucionar problemas de flexibilização e incertezas jurídicas. Rossi (2015, p. 61) aponta o surgimento da necessidade de se restabelecer o equilíbrio e a busca da confiança, por meio da atividade do legislador, realizando uma

compilação única, denominada *Corpus Juris Civilis*, e, não obstante, dividida por quatro obras em si: digesto, código, instituições e novelas (LOSANO, 2007, p. 36-38).

Entretanto, o documento perdeu força no momento da decaída do império romano. Apenas com o retorno do controle dos europeus, houve o reconhecimento da necessidade de se retomarem os teores intelectuais e acadêmicos do direito romano. Era, concomitantemente, a representação da necessidade de organização, uma vez que o momento da história — final do século XI e início do século XII — era de Renascimento, com diversas mudanças relacionadas às cidades e ao comércio. Intensificava-se, portanto, o pensamento de que “somente o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso” (DAVID, 2022, p. 39), demonstrando, portanto, a raiz da autonomia.

O retorno do *Corpus Juris* ocorreu na Bolonha, Itália, com a primeira universidade europeia a estudá-la. Eram os denominados “Glosadores”, que se tornaram referência no mundo ocidental quando, na escola dos juristas, fora feita reconstrução analítica da obra de Justiniano. Ao novo comentário, denominado Glosa de Acúrsio, foi consagrada relevância máxima, uma vez que tinha força vinculante equivalente aos textos de Justiniano. Além disso, foi o instrumento de aceitação do direito romano nos outros Estados europeus e conservou seu valor prático até as codificações iluministas do século XVIII. (LOSANO, 2007, p. 51-53).

Foram as obras dos grupos e o direito civil romano em si que serviram de base para que surgisse o *jus commune*, denominado “direito comum europeu”: um corpo de leis e de doutrina, uma linguagem jurídica compartilhada e um mesmo método de ensino, pesquisa e estudo. (MERRYMAN, 2009, p.32). Os romanos foram os primeiros a organizar o direito, extraindo a regra jurídica dos casos concretos cotidianos, identificando sua classificação e, em seguida, aplicando aos novos casos. (CRETELLA, 1986, p. 3). Já no que se refere ao direito romano clássico, a jurisprudência já assumia seu papel secundário, se referindo a interpretação derivada e tendo o código como um limite do próprio direito defendido jurisprudencialmente.

Da *Civil law*, portanto, percebe-se que o reencontro dos textos romanos, somada à retomada de seus estudos nas universidades (e, conseqüentemente, aperfeiçoados), o *Corpus Juris Civilis* foi incorporado não só em seu conteúdo teórico e conceitual, mas como fomento para estudo como técnica própria de raciocínio para encontrar soluções

jurídicas, aproximando o direito do trabalho integralmente intelectual, afastando-os do pensamento do homem comum.

Importante salientar que, até o momento, o direito documentado se referia àquele privado. Isso ocorre porque o direito público, na tradição do *Civil law*, é um produto de revoluções intelectuais que remanejaram os pensamentos sobre todos os âmbitos, sejam os sociais, humanos ou políticos, como a Revolução Francesa.

Merryman e Perdomo ((2009, p. 39-40) explicam:

É exatamente nessa revolução intelectual que encontramos as fontes do direito público na tradição do *Civil law*, bem como a influência na forma, no método de aplicação e no conteúdo dos códigos derivados do *jus commune*, produzindo um pensamento novo sobre o direito, o qual teve importantes consequências para a administração e a organização do sistema legal e para as normas de direito material e processual

Houve, com a Revolução Francesa, uma nova distribuição dos poderes, afastando a interferência da Igreja e adentrando à separação de poderes, promovida por Rousseau, tendo como resultado, portanto, a limitação do judiciário no processo legal e a determinação de autoridade do Estado para a disposição das leis.

Dessa feita, o Estado passou a ter o monopólio do processo legislativo, de modo que apenas os legisladores poderiam produzir o direito. (ROSSI, 2015, p.67) A consequência desse dogma, como adverte Merrymann e Perdomo é a inaplicabilidade da doutrina do *stare decisis*, típica do *Common law*, ou seja, o poder dos órgãos judiciais em basear seus julgamentos em decisões anteriores é incompatível com o princípio da separação dos poderes, pois decisão judicial não é lei (2009, p.47-48).

Dessa forma, diante da evolução histórica apontada, percebe-se que houve a preferência de interpretação dos casos concretos pela lei, tornando os costumes, a doutrina e jurisprudência, ao menos no primeiro momento, considerados fontes secundárias.

Isso não impede, entretanto, que em caso de omissão e lacuna de lei, não haja possibilidade de se determinar a lei por meio de jurisprudência ou fontes secundárias: somente será preciso, é claro, que a disposição jurisprudencial (ou as soluções das outras fontes) estejam completamente

compatível com o texto constitucional vigente, fonte primária do direito e considerada a “lei das leis” (ROSSI, 2015, p. 69)

Nota-se, portanto, que a lei possui papel primordial na resolução de conflitos, impossibilitando, no primeiro momento, qualquer forma de interpretação e restringindo o papel do magistrado ao disposto em texto legal.

Já no que tange à tradição do *Common law*, o método se distingue em sua totalidade.

O *Common law* possui berço inglês, pautado nos bons costumes, ou seja, nos hábitos e comportamentos constantemente reiterados, que nos fazem crer na plena convicção de que são corretos e, portanto, devem ser seguidos por todos. (ROSSI, 2015, p.45).

A história da tradição inicia-se nos séculos X e XI, no momento em que o território não era reconhecido como unidade e possuía normas de origem germânica e do direito romano e canônico. Nesse período, a falta de unificação da terra — que até o momento era definida como uma sociedade tribal e com o direito fragmentado — fazia com que fossem aplicados os costumes locais para a solução de conflito (GALIO, p.8)

É apenas quando a Inglaterra é conquistada pelos normandos, em 1066, que o sistema jurídico da *Common law* assume protagonismo e a jurisdição comum passa a ser competência de Tribunais Reais de Justiça, também conhecidos como “Tribunais de Westminster”. A conquista normanda constitui, na realidade, um acontecimento capital na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado de Normandia. (DAVID, 1986, p.285).

Quanto à atuação dos Tribunais Reais, pontua-se que, com o surgimento do *Common law*, foram constituídas *forms of action*, visando, prioritariamente, a resolução das ações admitidas pelos Tribunais, sem que houvesse, em realidade, um vislumbre da causa.

René David (1986, p. 290-291) deixa claro que a *Common law* não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça, mas sim, se torna um conglomerado de processos próprios que visam assegurar o maior número de litígios possíveis. Assim, como consequência, os Tribunais não conseguiam resolver todos os casos e, caso sentenciada, muitas vezes o posicionamento do Tribunal não era adequado.

Concomitantemente às limitações impostas pela *Common law*, surge a Jurisdição do Chanceler. Ela ocorre quando há recurso das decisões tomadas pelos Tribunais Reais. Assim, o ele era o responsável em receber

o pedido e, se admitido, encaminhar ao julgamento do rei. Entretanto, tendo em vista a alta insatisfação, o responsável acabava por agir como se ele próprio juiz fosse, de forma autônoma, por delegação real. À essa jurisdição, foi denominado “equity”, uma vez que acabou por se tornar um sistema próprio, desvinculando-se do *Common law*.

A *equity law* desenvolveu doutrinas equitativas em decisões jurídicas cada vez mais sistemáticas, fundadas na teoria de “equidade do caso particular”, que muito se assemelha à lógica do direito romano, que consistia em extrair a regra do caso concreto para aplica-la aos casos análogos seguintes. (CRETELLA, 1986, p. 3).

Em 1616, Francis Baco entendeu que, no momento em que houvesse conflito entre as jurisdições, haveria prevalência da *equity* (ROSSI, 2015, p.49). Com base nessa decisão houve uma significativa redução dos conflitos entre as jurisdições, mas não sua eliminação. (LOSANO, 2007, p.300)

O *Common law* não se restringiu ao sistema inglês, sofrendo mutações em outros países dominados pela Inglaterra, como é o caso dos Estados Unidos da América e o Canadá, que desenvolveram seu próprio sistema jurídico filiado à tradição do direito comum, uma vez que possuíam uma estrutura federal e sistema presidencialista de governo, diferentemente da monarquia inglesa, portanto.

Embora com particularidades, os Estados Unidos continuaram a possuir a *Common law* em sua essência, uma vez que houve a preservação dos princípios, raciocínio e a teoria das fontes do direito inglês (DAVID, 1986, p. 362-363), apenas se sobressaindo, na América do Norte, o *case law* (*judge-made law*).

Conforme pôde ser observado, as tradições jurídicas da *Civil law* e *Common law* se originaram em contextos diferentes, o que justifica sua evolução e o desenvolvimento de dois diferentes sistemas processuais.

3 DO SISTEMA BRASILEIRO

Diante da influência romano-canônica no sistema processual brasileiro, tem-se que, inevitavelmente, a tradição acolhida desde o início é a do *Civil law*. Conforme já explicitado nos primeiros tópicos, entende-se que essa tradição concentra a lei a sua fonte primária e formal, deixando a jurisprudência em segundo plano e de maneira indireta.

Entretanto, conforme pôde ser observado, as tendências complexas dos casos concretos vêm alterando essa singularidade, trazendo para perto alguns comportamentos e instrumentos clássicos do *Common law*, uma vez que os textos legais passaram a não ser suficientes para atender à demanda e a complexidade do judiciário, limitando-se ao fornecimento de respostas obscuras e que muitas vezes não trazem exatidão à situação proposta. Isso ocorre porque as normas deixam de ter um significado claro, quedando lacunas e, conseqüentemente, situações passíveis de dúvidas, não garantindo de forma alguma segurança jurídica necessária.

3.1 SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO QUANTO AO PRECEDENTE JUDICIAL

A partir dessas constatações, a teoria da interpretação evoluiu, passando-se a entender que a norma não antecede a interpretação, mas é seu resultado, que o intérprete valora e reconstrói sentidos baseando-se em elementos textuais e extratextuais. (MARINONI, 2016)

Há a aplicação do Direito no Brasil por meio de decisões pretéritas ainda na época em que havia domínio português. À época, utilizavam-se os assentos, espécies de enunciados de súmulas, que possuíam eficácia vinculante e constituíam um resumo das decisões proferidas pela Casa de Suplicação acerca de questões controversas (CRAMER, 2016, p. 42).

No ano de 1923 houve a criação de instituto do prejudgado, que fazia o julgamento por todas as Câmaras relativamente a questões onde a interpretação se divergia em órgãos fracionários, criando precedentes persuasivos para casos que viessem a ocorrer no futuro. (CRAMER, 2016, p.42).

Em 1933, o Decreto 23.055/1933, no art. 1º, trouxe a seguinte redação:

Art. 1º As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Territorio do Acre devem interpretar as leis da União de acôrdo com a jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal.

§1º Sempre que os julgamentos das mesmas justiças se fundarem em disposição ou princípio constitucional, ou decidirem contrariamente a leis federais, ou a decretos ou atos do Governo da União, o presidente do Tribunal ou o da Camara respectiva, a quem couber, recorrerá "ex-officio" para o Supremo Tribunal federal, com efeito suspensivo, dentro do prazo de três dias contados da publicação do respectivo acórdão.

Treze anos mais tarde a criação sofreu alteração, passando a ter força de eficácia vinculante nas Cortes de Apelação e no resto do país. O Enunciado de súmula foi criado em 1963 e foi aprimorado no Código de Processo Civil de 1973, que criou a uniformização de jurisprudência e a assunção de competência, institutos com função semelhante à do prejudicado. (CRAMER, 2016, p. 46).

Na continuidade da história, Laura Fachini (2017, p.29) dispõe:

A partir de 1993, passou-se a reconhecer força vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, condicionando as atuações futuras dos órgãos do poder Judiciário e Executivo.

No ano de 2004, a criação da Emenda Constitucional nº 45 foi referência para ampliar a atuação das forças vinculantes nas decisões proferidas pelo STF em questões de controle de constitucionalidade.

O ministro Levandowski utilizou a súmula vinculante como instrumento para buscar a razoável duração do processo, princípio incluso pelo próprio jurista na Constituição Federal.

Assim, determinou-se que deveria haver preenchimento de pressupostos formais e materiais. Primeiramente, a decisão deve ser tomada por, no mínimo, 2/3 dos membros da corte. No quesito material, deverá haver preexistência de decisões coerentes à sumula proposta, bem como a mesma ser referente à matéria constitucional. É o que prevê o art. 103-A da Constituição Federal, a saber:

Art. 103-A. 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.

Lênio Luiz Streck (2011, p.73), sobre as súmulas no sistema processual brasileiro, aponta uma pretensão objetivista, a saber:

antes de se transformarem em vinculantes, já sustentava (e denunciava) que há(via) nítida pretensão objetivista, que nos joga(va) de volta ao “mito do dado” (construção de enunciados assertóricos que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. São respostas a priori, oferecidas antes das perguntas (que apenas ocorrem nos casos concretos). Isto é, as súmulas são uma espécie de “antecipação de sentido”, uma “tutela antecipatória das palavras”, ou, ainda, uma atribuição de sentido inaudita altera parte [...]

Assim, embora a súmula vinculante seja uma espécie classificada e bem-intencionada dos precedentes judiciais, ela não cumpre com seu papel, ocorrendo porque o mecanismo é uma forma meramente procedimental, com aplicação obrigatória e que a sua não observância constitui argumento para que seja proposta impugnação autônoma, revelando-se muitas vezes inconstitucional.

A Eficácia Vinculante, também entendida como “efeito vinculante”, conceitua-se como sendo aquilo que conecta, torna o objeto como espécie de lei, devendo obrigatoriamente ser seguido pelos outros membros do poder judiciário.

Ele foi introduzido ao ordenamento pátrio em 1977, por meio da Emenda Constitucional nº 7, dispondo sobre a representação do Procurador-Geral da República ao STF, impondo a força vinculante às interpretações das emendas. O Regime Interno do STF, ao disciplinar a matéria, também dispôs conteúdo semelhante em seu art. 187, a saber:

Art. 187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a

interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos

Assim, o efeito vinculante das decisões tem por objetivo permitir a maior eficácia e amplitude de atuação pela Corte Constitucional, garantindo a sua força a parte dispositiva da decisão e seus próprios fundamentos que motivaram.

4 PRECEDENTES À BRASILEIRA

É possível perceber a inevitável interferência do *Common law* no Brasil, principalmente no que tange ao advento do Novo Código de Processo Civil de 2015. Isso porque a instituição do código processual trouxe diversos instrumentos que colocam os precedentes em lugar de destaque no modo de proferir decisões.

Na defesa de sua aplicação, muito se destaca os princípios constitucionais concernentes a matéria, que, sendo cumprido, fornece um cenário célere, eficiente e seguro para as tomadas de decisões.

DELGADO (2005, p. 324) explica como os princípios são vistos como garantias processuais do cidadão, devendo ser observados dois objetivos principais:

Ali está afirmado que o primeiro escopo do processo é a proteção dos direitos individuais; o segundo é a verificação e proteção da ordem jurídica, a serviço da comunidade regulada pelo Direito. Esse fenômeno caracteriza o movimento revolucionário que se instaurou, na atualidade, contra a concepção individualista do processo e da justiça.

Diante da importância da existência dos princípios constitucionais para que se defenda o processo, o presente tópico visa explicitar cada princípio relacionado ao tema, trazendo à luz seus principais pontos e características, observando-os como norteadores na complexidade da aplicação dos precedentes no Brasil.

É o caso, por exemplo, do Princípio de Dever de motivação, que se refere a imprescindibilidade de se fundamentar toda e qualquer decisão judicial proferida, decorrente do princípio previsto na Constituição Federal, em seu art. 93, inciso IX. A motivação é encontrada no momento

de se indicar a *ratio decidendi*, que posteriormente, funcionará como subsídio para a vinculação da decisão em casos semelhantes no futuro; em segundo lugar, há o Princípio do Contraditório, que, de acordo com o Enunciado 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, a formação do precedente se dará somente em condições onde os argumentos forem submetidos ao contraditório; o Princípio da Igualdade, previsto no caput do art 5º, também da CF, ela está presente quanto ao tratamento isonômico dos jurisdicionados na aplicação da norma. Assim, quem defende a existência dos precedentes, argumentam que o princípio da igualdade está presente, por exemplo, no reforço da imparcialidade do juiz no tratamento igualitário dos casos; o Princípio da Segurança Jurídica, por fim, também interpretado a partir do art. 5º, dessa vez pelo inciso XXXVI, da Constituição, revela que o princípio é fundamento principal, uma vez que afasta o livre convencimento motivado e promove um aumento de igualdade (trazendo, conseqüentemente, segurança) para questões que subsistem em casos análogos. Por fim, o princípio da Uniformização, fundamentado no Código de Processo Civil em seu art. 926, o qual dispõe a obrigatoriedade de uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Assim, se torna consequência de um posicionamento ativo do Tribunal, que deverá permanecer ileso quando houver divergência interna sobre questão jurídica idêntica.

4.1 CRÍTICAS

Embora a adoção dos precedentes no Brasil possa parecer uma solução viável tanto no aspecto material quanto processual, o instrumento adaptado do *common law* possui pontos prejudiciais a serem destacados.

Sua aplicação no país surge em um contexto de contensão da quantidade estarrecedora de processos a espera no judiciário, ao mesmo tempo em que visa controlar as decisões emitidas pelos magistrados, uniformizando-as, sob a justificativa de oferecer igualdade e segurança jurídica ao sistema.

Entretanto, não se pode olvidar o berço desse instrumento, que nasceu de uma tradição voltada aos costumes, onde não havia protagonismo das leis, um contexto majoritariamente consuetudinário. Irreal pensar, portanto, que a adoção dos precedentes não acabaria por colidir com ferramentas concretas e tradicionais do país, uma vez que o

sistema processual brasileiro possui vínculo com o direito positivista, da *civil law*.

CARON e RODRIGUES (2016, p. 1467) apontam um dos principais problemas da adoção dos precedentes no Brasil, a saber:

Porém, tratando-se de instituto decorrente da *common law*, possui por premissa básica a solução de casos a partir de norma não escrita. Desta feita, a aplicação de tal sistema decorre de uma tradição jurídica, estabelecida em um aculturamento processual, que parte de uma premissa maior: a relevância das decisões proferidas pelas cortes superiores em observância à segurança jurídica e coerência do sistema.

É, portanto, um comportamento inverso ao que se conhece no território, trazendo complicações ao se ignorar completamente o que sempre se prezou no país: as fontes do direito.

A Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB) dispõe, em seu artigo 4º, as fontes subsidiárias a serem utilizadas em situações onde houver omissão legislativa. São eles: a analogia, costumes e princípios gerais do direito. Assim, não se pode dizer que, ao assumir um viés de decisões vinculantes, ainda assim haverá espaço para o tradicional sistema processual. Ocorrerá, portanto, uma mistura de sistemas capaz de prejudicar desde a hierarquia interpretativa até o acesso à justiça dos indivíduos.

CARON e RODRIGUES (2016, p. 1470) complementam:

(...) para que não haja erros e confusões metodológicas com sua interpretação equivocada e confusão com os demais institutos que já existiam no direito brasileiro, o que resgata novamente a necessidade de um aculturamento jurídico-social pela matéria em questão.

A adoção desmedida dos precedentes promove também um afastamento do protagonismo judicial, uma vez que a matéria passa a não ser reanalisada uma segunda vez, fazendo valer o entendimento aplicado em caso similar anteriormente. Se questiona, portanto, qual o real papel do magistrado, senão um reproduzidor de normas engessadas? Neste cenário não caberia a adoção do livre convencimento motivado do juiz, uma vez que

todas as decisões estariam prontas antes mesmo da chegada do caso concreto.

A necessidade uniformização é prontamente explicada por SALDANHA, HOFFMAM e GRACIA (2013, p. 322), que dispõem:

Desse modo, os enunciados sumulares além de descontextualizados nascem com a pretensão de universalidade que, falaciosamente permite a sua reprodução a todo e qualquer caso tido como idêntico. Tal prática destemporaliza – descaracteriza – a decisão jurídica enquanto decisão, transformando-a em um “código de barras” linguístico-performativo que deve ser acoplado a outros produtos – casos concretos – de maneira que, ao congelar o tempo decisório, acelere-se paradoxalmente o tempo do processo decisório.

A uniformidade sistêmica, portanto, passa a ser atendida como fator limitador à atuação do judiciário, passando por cima do atendimento social que deve ser feito imprescindivelmente em cada caso concreto. As Cortes Supremas brasileiras, também, acabam desempenhando papel coadjuvante, tendo seu poder de atuação limitado às decisões tomadas anteriormente.

Conseqüentemente, o distanciamento do Poder Judiciário com o indivíduo que busca soluções para seus litígios aparenta ser o desencadeamento mais grave, uma vez que a busca é comprometida desde o primeiro instante, e, sabendo o posicionamento em outros casos, o suporte restaria prejudicado e sem direito à análise personalizada.

Restaria prejudicado, portanto, o princípio do acesso à justiça, já que o pleito da tutela jurisdicional teria a resposta pronta antes mesmo de se oferecer a pergunta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no decorrer dos capítulos no presente trabalho, é possível perceber que o procedimento adotado no *Common law*, com raízes, portanto, anglo-saxônicas, foram irreversivelmente adotadas e adaptadas no Brasil.

Na verdade, o que se observa é uma aproximação das tradições jurídicas, fazendo com que o *Civil law* (adotado no Brasil e com raízes romanas) passasse a possuir um cunho basilar, mas não limitador, ao identificar atualmente um sistema processual que abrange princípios e instrumentos do *Common law*. É o caso dos precedentes judiciais, inicialmente adotados por meio da criação das Súmulas pelo Supremo Tribunal Federal, dotada de efeitos vinculantes, ou seja: aquilo que fora instituído e aplicado em um caso concreto, será capaz de atender demandas similares, sem que seja necessária uma averiguação completa e complexa, que, inevitavelmente, demandaria tempo do judiciário.

Entretanto, embora possa parecer promissor, a aplicação dos precedentes judiciais com força vinculante não só vai de encontro a disposições na Lei de Introdução do Direito Brasileiro, em seu art. 4º, que dispõe a possibilidade do juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito em hipótese de omissão legislativa, como também retroage à crítica feita no início do século passado pelo jurista Roscoe Pound, uma vez que torna a jurisprudência mecânica, sem que o caso possa ser analisado minuciosamente.

Atrelada à essa concepção, a mistura de sistemas processuais acarretará insegurança jurídica. Isso porque, independentemente da forma como será interpretada, o fato de já haver uma predisposição e um “pré-julgamento” poderá dar causa à inibição do indivíduo que tem o intuito de levar a sua demanda a instâncias superiores, uma vez que o resultado já está lá, pouco importando os fatos do caso concreto que poderiam, em uma análise justa, trazer resultado diverso.

É nessa seara que a jurisprudência mecânica se torna uma realidade inegável e, conseqüentemente, insustentável. A maneira ideal de se promover um julgamento livre de qualquer vinculação é promovendo um atendimento social, onde o Estado se preocupa mais em garantir os direitos da sociedade, e menos com a necessidade de trazer soluções idênticas para altas demandas.

Dessa forma, imperioso reconhecer que os precedentes no Brasil, interpretados como cenário irreversível, deverão ser adaptados para que não haja uma adoção total do protagonismo judicial, permitindo que seja priorizada a análise acurada de cada caso concreto e promovendo o real atendimento das demandas, garantindo e estimulando o livre acesso à justiça — hoje ameaçado pelo movimento de engessamento do Poder Judiciário.

6 REFERÊNCIAS

Decreto nº 23.055. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23055-9-agosto-1933-502941-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 ago. 2022.

ALMEIDA, Roberto de Oliveira et al. *Tradição jurídica brasileira, precedentes obrigatórios e uniformização jurisprudencial: contradição em termos ou possibilidade concreta?*. 2018.

ASSUNÇÃO, Anna Carolina Tavares et al. **O sistema de precedentes na *Civil law* brasileira e o princípio da separação de poderes**. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BERTÃO, Rafael Calheiros. **Os precedentes no novo Código de Processo Civil: A valorização da *stare decisis* e o modelo de Corte Suprema Brasileiro**. In: *Revista de processo*. 2016. p. 347-385.

BOAVENTURA, Thiago. **Você sabe a diferença entre *distinguishing*, *overruling* e *overriding*?** Jusbrasil. Disponível em: <https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/1175909560/voce-sabe-a-diferenca-entre-distinguishing-overruling-e-overriding>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Precedentes judiciais ou “direito jurisprudencial mecânico”**. *Revista Brasileira de Direito Processual-RBDPro*, Belo Horizonte, ano, v. 24, p. 79-94, 2016.

CARON, Thiago Medeiros; RODRIGUES, Frank Aguiar. **Uma análise crítica ao instituto dos precedentes judiciais no *cpc/15***. Centro Universitário Eurípides de Marília, 2018.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Gen, Editora Forense, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano – o direito romano e o direito civil brasileiro**. 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978.

CRETELLA JUNIOR, José. Direito Romano **Moderno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DA CRUZ LAGO, Gustavo Felipe. **Precedentes judiciais: um argumento para o gigantismo jurisdicional?**. 2017.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DE OLIVEIRA, José do Carmo Veiga. **O sistema de precedentes “à brasileira” ou “tropicalizados” no novo Código de Processo Civil**. Revista Amagis Jurídica, n. 13, p. 67-99, 2019.

DELGADO, José Augusto. **A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão**. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (Coord.). Estado

FACHINI, Laura Stefenon. Aplicação de precedentes no Brasil: descompasso entre teoria e prática. 2017.

GALIO, Morgana Enicka. **HISTÓRIA E FORMAÇÃO DOS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW : a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. Publica Direito. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso em 20 de mai. 2022.

GOMES, Karla Fernandez. **Os precedentes judiciais no brasil e os princípios constitucionais da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da igualdade**. Revista Jurídica Da FA7, v. 11, p. 47-59, 2014.

KIEKOW, Francieli Renata. Precedentes obrigatórios frente à tradição jurídica brasileira: adoção e efetividade. 2017.

LESSA, Renato Nascimento . **A teoria dos precedentes judiciais à luz dos princípios da segurança jurídica e da igualdade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24 , n. 5869, 27 jul. 2019 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69694>. Acesso em: 2 set. 2022.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2ª. ed. Ed Juspodivm, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Carvalho. **Sistema Brasileiro de Precedentes. Natureza, Eficácia, Operacionalidade.** Revista dos Tribunais; Edição: 2ª, Nova Edição, 2016

MEDEIROS, Paulo Henrique. **Dever de motivação das decisões judiciais no novo CPC.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54555/dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-no-novo-cpc>. Acesso em: 02 set. 2022.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação. Instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira.** Revista de Direito Administrativo, v. 241, p. 177-208, 2005.

MERRYMAN, Hohn Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos a Europa e da América Latina.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

NASCIMENTO CRUZ, Danilo. **Precedentes à brasileira: entre o que é e o que se pretende ser apenas desatino e agonia.** Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 231, 2019.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

O que vincula no efeito vinculante? CPC/2015 e transcendência de motivos. Observatório Constitucional. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-03/observatorio-constitucional-vincula-efeito-vinculante-cpc-transcendencia-motivos>. Acesso em: 11 ago. 2022.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. **Diferenças e semelhanças entre os sistemas da Civil law e da Common law .** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 6, n. 10, p. 43-68, 2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. **Diferenças e semelhanças entre os sistemas de Civil law e da Common law .** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, Jan.-Jun. p. 43-68.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei.** 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.

POUND, Roscoe. *Mechanical Jurisprudence.* Columbia University Press, 1908.

RAATZ, Igor. **Precedentes à brasileira: uma autorização para "errar" por último**. Consultor Jurídico, São Paulo, v. 3, 2016.

RAMALHO, Alessandra . **A uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil: estabilidade das decisões e o desafio da aplicabilidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23 , n. 5400, 14 abr. 2018 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61037>. Acesso em: 2 set. 2022.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: A jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. 1ª edição. Atlas Editora, 2015

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; HOFFMAN, Fernando; GRACIA, Thaís Salvadori. **Teoria dos precedentes à brasileira e a destemporalização da decisão jurídica**. Prisma Jurídico, v. 12, n. 1, p. 319-346, 2013.

SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. **A importância do Superior Tribunal de Justiça no Novo Sistema de Precedentes Vinculantes**. Revista CEJ, 2017.

SIQUEIRA, Oniye Nashara; SILVEIRA, Ricardo Reis. **Os pronunciamentos judiciais com efeito vinculante e as nuances da importação brasileira do sistema de precedentes**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 7, n. 01, p. e297-e297, 2020.

SLAPPER, Gary; Kelly, David. **The English Legal System**. 18 ed. Oxon: Routledge Taylor & Francis Group, 2017.

STRÄTZ, Murilo. **Precedentes vinculantes à brasileira?**. Teoria Jurídica Contemporânea, v. 1, n. 2, p. 272-305, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula vinculante e repercussão geral são destaques em dez anos da Reforma do Judiciário**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/160159371/sumula-vinculante-e-repercussao-geral-sao-destaques-em-dez-anos-da-reforma-do-judiciario>. Acesso em: 11 ago. 2022.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPodivm, 2017.