XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

VALENTINA JUNGMANN CINTRA

Copyright © 2019 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
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

P963
Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama
Valentina Jungmann Cintra – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-821-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI Goiânia – GO, com o tema Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo, ocorrido de 19 a 21 de junho de 2019, propiciou amplo debate sobre os mais atuais temas do Direito, promovendo o compartilhamento do conhecimento produzido pelos Programas de Pós-Graduação "Stricto Sensu" brasileiros e de estudos da graduação que se somaram em trabalhos de pôsteres e artigos, ao lado de oficinas, painéis, palestras, fóruns e lançamento de livros .

Por meio do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, realizado no dia 21 de junho de 2019, foram apresentados e debatidos quinze trabalhos, os quais proporcionaram importante troca de experiências. Diversos Programas de Mestrado e Doutorado se fizeram representados, constituindo o conjunto de trabalhos que nesta oportunidade são apresentados.

1) Ao tratar de uma inovação do Código de processo Civil de 2015, Victor Colucci Neto apresenta os elementos constitutivos do IRDR com o trabalho ANÁLISE CRÍTICA DO CONTRADITÓRIO NOS INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS ADMITIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, dando foco ao sistema de contraditório e sua aplicação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com análise de diversos procedimentos nele realizados até o final de 2018.

2) Fabiane Grando e Higor Oliveira Fagundes tratam dos PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO, abordando sobre a vinculação desses precedentes e em que situações o Código de Processo Civil apresenta indicativos da importância do entendimento jurisprudencial, destacando a improcedência liminar do pedido baseada em julgamentos e dos procedimentos para o tratamento dos precedentes e sua aplicação pelo sistema Judiciário.

3) Andre Lipp Pinto Basto Lupi e Luiz Carlos Moreira Junior apresentam o trabalho intitulado A APROXIMAÇÃO ENTRE O CIVL LAW E O COMMON LAW ATRAVÉS DO SISTEMA DE PRECEDENTES APÓS O IMPULSO DADO PELO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, destacando a importância da pacificação das interpretações jurídicas por meio dos julgamentos dentro do fenômeno da globalização, tendo por base a nova estruturação dada ao tema pelo Código de Processo Civil de 2015.

4) Com o trabalho A QUESTÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: DA CONSTRUÇÃO A SUA SUPERAÇÃO NUMA RELAÇÃO DE (IN) SEGURANÇA JURÍDICA, elaborados por Ivonaldo da Silva Mesquita e Nayara Figueiredo de Negreiros indicam a construção de um sistema híbrido, considerando a experiência legislativa do Direito Brasileiro, tratando da polêmica envolvendo o sistema inaugurado pelo CPC e a sua relação com a segurança jurídica.

5) Antônio Carlos Diniz Murta e Ana Paula Soares da Silva Costa tratam da INTERTEXTUALIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIROS, colocando em discussão se a questão dos precedentes é algo novo dentro do sistema brasileiro, ao questionarem o papel do juiz e do Poder Judiciário, assumindo uma função legislativa e do risco da celeridade do processo para o tratamento do direito material.

6) Leiliane Rodrigues da Silva Emoto e Ana Critica Lemos Roque apresentam o trabalho sob o título A ATUAÇÃO DA FUNÇÃO JUDICIÁRIA NA DEMOCRACIA DE UM ESTADO NEOCONSTITUCIONAL, com um traçado histórico sobre o constitucionalismo e o papel do Poder Judiciário no contexto do Estado Democrático.

7) Guilherme Christen Möller, com o trabalho intitulado O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E OS TEMPOS HIPERMODERNOS DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO, indaga o papel do processo judicial para o tratamento das crises advindas dos novos tempos e quais são os critérios de controles envolvendo da hiperjurisdição.

8) Com o trabalho GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E DIREITOS HUMANOS NA ERA DA VIRTUALIZAÇÃO, Rosmar Rissi e Sandro André Bobrzyk demonstram um panorama sobre a normatização constitucional das garantias e sua relações com o acesso à justiça, tratando das situações de regulamentação dos meios virtuais para a realização dos atos processuais.

9) O TEMPO DA JUSTIÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO é o trabalho apresentado por Arthur Gomes Castro e Daniela Marques de Moraes, que colocam em debate os critérios para a determinação do tempo do processo e da prestação jurisdicional, considerando diagnósticos produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

10) Anissara Toscan, com o trabalho sob o título A PRECLUSÃO COMO FENÔMENO UNITÁRIO E SUA INCIDÊNCIA NA DINÂMICA PROCESSUAL, busca tratar da estabilidade processual partindo de Chiovenda, observando os sentidos da preclusão, na

divergência da língua italiana e do contexto técnico do sistema brasileiro, considerando o sistema de ônus que ao tema é correlato.

11) Com o trabalho A CRISE JURÍDICO-AUTOPOIÉTICA DO ROL DE DECISÕES AGRAVÁVEIS NO DECURSO DO TEMPO, William Rosa Miranda Vitorino e Michelli Rosa abordam a regulamentação do agravo de instrumento pelo novo CPC, por meio de uma análise histórica das experiências normativas, jurisprudenciais e teorias envolvendo as decisões agraváveis.

12) Vinicius Pinheiro Marques e Sérgio Augusto Pereira Lorentino tratam do princípio da motivação das decisões judiciais com o trabalho O MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES SOB A ÓTICA DA TEORIA DO DESENVOLVIMENTO MORAL DE LAWRENCE KOHLBERG, buscando investigar qual o nível de fundamentação que o novo CPC vem a exigir das decisões judiciais e seus parâmetros.

13) Danilo Di Paiva Malheiros Rocha e Adriana Vieira de Castro apresentam o trabalho A INADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA NAS DEMANDAS JUDICIAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, apontando a dificuldade da dilação probatória para o tratamento do tema envolvendo a saúde, tratando dos critérios para a ampliação da prova, com a análise dos pedidos que estão fora da lista de distribuição de medicamentos contemplada oficialmente.

14) A TUTELA DE EVIDÊNCIA NAS DEMANDAS QUE VERSAM SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL – UMA ANÁLISE À LUZ DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL é o trabalho apresentado por Breno Soares Leal Junior e Elcio Nacur Rezende, trazendo à lume a amplitude dos danos ambientais, indagando a possibilidade de se pensar na responsabilidade antes do dano e qual é o papel do Poder Judiciário neste contexto, diante das tutelas de evidência.

15) Abordando uma divergência jurisprudencial sobre SISTEMÁTICA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NAS EXECUÇÕES ANTERIORES AO CPC/2015, Diego Santos Silveira analisa o aspecto histórico da interpretação judicial sobre o tema e sua repercussão diante da Lei 13.105/2015.

Desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama - UNIPAR/PR

Profa. Dra. Valentina Jungmann Cintra - PGE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

PREVIOUS JUDICIAL IN BRAZILIAN LAW

Fabiane Grando
Higor Oliveira Fagundes

Resumo

A aplicação dos precedentes no Brasil decorre da influência do sistema norte americano do common law, mas também apresenta componentes domésticos peculiares, a ponto de se falar da criação de um suposto sistema hibrido (civil e common law). Ora, após o novo Código de Processo Civil se tornou possível expressamente o reconhecimento dos precedentes como referência para julgamento de casos idênticos submetidos à justiça. Trata-se, pois, de concretização da segurança jurídica de forma razoável no direito brasileiro

Palavras-chave: Precedentes, Brasil, Código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

The application of the precedents in Brazil derives from the influence of the North American system of common law, but also presents peculiar domestic components, to the point of talking about the creation of a supposed hybrid system (civil and common law). However, after the new Code of Civil Procedure, it was expressly possible to recognize the precedents as a reference for judging identical cases submitted to justice. It is, therefore, a matter of ensuring legal certainty in a reasonable way in Brazilian law

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedents, Brazil, Code of civil procedure

INTRODUÇÃO

Os precedentes judiciais constituem tema relutante de críticas aos olhos dos magistrados, que muitas vezes se mantem engessados para sua aplicação diante de casos concretos idênticos.

De um lado temos sua origem histórica os precedentes de acordo com os requisitos da *common law*, e de outro temos um sistema brasileiro de origem *civil law*, debate a ser tratado na primeira e segunda seções.

Após, cabe conceituar propriamente o que seriam os precedentes judiciais, o que seria a fundamentação de julgados antigos como fonte normativa para novas decisões; a ser tratado na terceira seção. Oportunidade em que se compreende a opção por alguns em não utilizar os precedentes por uma suposta necessidade de uma análise detalhada de cada caso concreto, com motivação própria.

Ainda, em ponto próprio, na quarta seção, cabe entender outros conceitos e nomenclaturas distintas dos precedentes judiciais, como as chamadas súmulas.

E, por fim, já na quinta seção, verifica-se a controversa aplicação dos precedentes de acordo com novo Código de Processo Civil, tanto de forma vinculada como de forma persuasiva.

Assim, tem por objeto essa pesquisa explanar a realidade dos precedentes conforme o texto normativo e o ordenamento brasileiro.

1. ORIGEM DO DIREITO COMMON LAW E DIFERENCIAÇÃO COM O CIVIL LAW

A *Common Law* foi derivada das cortes "reais" inglesas, como um "direito comum" (WAMBIER, 2012, p. 20), que julgavam conforme os costumes do lugar. Ora, a *common law* seria um direito costumeiro, a reconhecer o cotidiano especifico de cada localidade, do qual se formava o direito material próprio decorrente de casos concretos.

Tais precedentes dessas cortes, nessa linha, foram ganhando força e assim foram surgindo tratados, manuais e livros como guias para juízes e advogados.

José Rogério Cruz e Tucci (2004) diz que o "direito dominante no início da *common law* dava os primeiros passos era constituído por decisões judiciais, vinda de reis e juízes da época, que detinha poderes e comando para tais feitos". Por anos registrados em um livro considerado "*statute books*", onde se continham os precedentes a ser utilizado pelos juízes e juristas em casos futuros posteriormente como base para casos possivelmente semelhantes ou idênticos.

Para conhecer casos julgados os advogados e juízes se utilizavam dos rolos das cortes reais do qual continham relatórios dos julgamentos passados, porém esses rolos eram de difíceis acesso, por conta disso surgiram os *Yearbooks*, relatórios anuais que continham não só os julgamentos como também comentários sobre os casos.

Sobre os *Yearbooks*, os comentários eram feitos e em seguida eram escritos por autores em latim ou francês normando, linguagem utilizada a época. Para tanto Andréia Costa sintetiza:

> Os livros do Ano nasceram como forma de comentários de 'petições orais' endereçadas as Cortes, no reinado de Edward I. Como sugere o Professor Richard Ward, os livros do Ano começaram, provavelmente, como simples anotações de estudantes e iniciantes da carreira jurídica, para serem usados pelos advogados como 'guias de processo e procedimento'. Neles, era estipulada de forma rígida, a linguagem a ser adotada e os diferentes ritos a serem seguidos para se conseguir um pronunciamento das Cortes. Eram escritos em francês ou latim – as línguas jurídicas da época. Sua função foi, no entanto, modificada ao longo dos anos. (VIERA, 2007, p.113).

Em 1535 surgiu a *Law Reports,* que são relatórios sendo feitos por particulares, como por exemplo um jurista, com as anotações dos casos julgados nas cortes e as anotações dos mais relevantes. Porém por volta de 1865 as *Law Reports* começaram a ser feitas por um conselho responsável para o mesmo, sendo fundamentais para o desenvolvimento do *case law*, deixando de ser pelo modo particular, desse método deriva nos casos até os dias de hoje.

A partir do século XIX, os precedentes se tornaram vinculantes, formando um sistema denominado *stare decisis* (TUCCI, 2004, p. 156-157). Adiante a *stare decisis* passou a incorporar de vez a *Common Law*, no quais as decisões das cortes superiores passaram a subordinar as cortes inferiores e assim as cortes se vincularam as duas próprias decisões.

Para René David (2002), existia como obrigação recorrer às regras ou normas que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), devendo respeitar os precedentes como um ramo judiciário, comparado a todo um sistema jurisprudencial. Ganhando ainda mais força e estabelecendo uma estrutura acerca dos precedentes judiciais (TUCCI, 2004, p. 156-157).

A *Common Law*, portanto, iniciou de um sistema do qual não havia direito legislado, sendo a norma jurídica feita unicamente de decisões das cortes reais e por conta disso era de praxe buscar-se casos julgados com intuito de verificar a existência de algum suposto direito.

Vale ressaltar que não há tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra uma *common law* pura, pois os EUA, por exemplo, tem um sistema misto entre a *common law* e a *civil law*, segundo Soares (1997). Além disso, o doutrinador internacionalista ainda afirma que só havia uma *common law* pura na Inglaterra ao tempo da Rainha Victoria, anterior à Revolução Industrial. E traz à baila o fato de a Inglaterra, atualmente, pertencer à União Europeia e se

submeter ao direito escrito elaborado pelos legisladores supranacionais desta comunidade de nações.

No que diz respeito à adoção do common law nos EUA, preconiza a determinadas "doutrinas" *doctrine of stare decisis*, também denominada de *doctrine of precedents*, encontrando se aos precedentes" são várias ou uma única mesma decisão amparada por um órgão coletivo e segundo grau que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados". E completa afirmando que:

> Nos EUA, a organização federal e a independência dos Estados federados (e se fala em State sovereignty, soberania dos Estados-membros) vêm trazer algumas complicações no que se refere à jurisdição, permanecendo, contudo, a norma de que são obrigatórios os precedentes conforme julgados pelos tribunais superiores (devendo notar-se que os julgados das "inferior courts of original jurisdicion" ou seja dos órgãos de primeiro grau, não constituem "precedents"). (SOARES, 1997, p. 182/183).

Soares (1997) harmoniza ainda que a autoridade, é a força de importe a futuros casos que são os *case law* conhecidos como a jurisprudência, que de acordo com a doutrina correlata, pode ser dividida em duas vertentes:

> A. Persuasive, em geral de decisões de cortes de jurisdição paralela (mesma jurisdição de outros Estados), ou de votos vencidos ou minoritários da mesma Corte ou de cortes superiores, e a determinados assuntos (p. ex.: as cortes de Dellaware, especializadas em "corporations" e direitos de arena, ou as de New York especializadas em comércio exterior), quando invocadas em outros estados.
> B. Binding authorithy, as decisões das cortes superiores de mesma jurisdição, ou as decisões da mesma Corte; repita-se que uma única decisão pode constituir-se em "precedent" (portanto, em oposição ao nosso sistema, onde, pelo menos, para considerar-se jurisprudência firme, em geral, se exige um número razoável de decisões no mesmo sentido). (SOARES, 1997, p. 184/185).

Vale ressaltar que segundo Richard D. Freer (2006) que "os estados de maneira independente iniciaram os Estados Unidos, por isso cederam poderes para uma formação de um governo nacional", por isso os poderes não cedidos ou convencionados para o governo até então federal renascem com o povo e os estados. Em virtude disso, cada Estado obtém sua organização e administração judiciaria, porem seguindo uma ordem piramidal onde todos Tribunais judiciais do Estado ficam vinculadas aos precedentes vindo da Suprema Corte norte-americana (que está acima das demais).

Ressalta Domenic Re (1994) o sistema da *common low* são discussões que se desenvolvem acima de um sistema idêntico ao que já vigorou no passado, se bastando do mesmo para casos com força de precedentes que um dia já foram anteriormente decididos, assim os juízes raramente tinham influencia na sua decisão sobre casos idênticos. "O sistema da *common law* no mundo moderno, no entanto, precisa tomar em consideração a política

legislativa expressa ou implícita numa multidão de dispositivos legais pertinentes (DOMENIC RE, 1994, p. 285)".

Ainda sobre Domenic Re o mesmo compreende:

> O nosso sistema (o sistema norte-americano) ainda é um sistema de *common law* no qual os casos anteriormente decididos têm força de precedentes. Um novo elemento muito importante, no entanto, foi acrescentado ao conjunto de fontes a ser considerado pelo juiz em sua decisão. No passado, particularmente no campo do direito privado, os juízes consultavam essencialmente os precedentes judiciais. Raramente atos legislativos tinham influência sobre as decisões. O sistema da *common law* no mundo moderno, no entanto, precisa tomar em consideração a política legislativa expressa ou implícita numa multidão de dispositivos legais pertinentes. (DOMENIC RE, 1994, p. 285)

Fica claro, dessa forma, que mesmo em dias atuais o precedente continua de forma moderna, no qual os juízes precisam levar em consideração a política legislativa expressa ou que está de forma implícita em vários dispositivos pertinentes legais como já citado acima, uma ferramenta utilizada com mais recorrência no direito americano.

Portanto, evidente que a *Common Law* é uma tradição do qual o precedente é utilizado como base principal da proveniência do Direito, que seriam decisões judiciais pretéritas. Assim, a norma jurídica origina- se a partir de julgamentos de casos concretos em si, para logo após serem aplicadas a casos que venham a ser idêntico, nesse sentido o Poder Judiciário é a interpretação e o Direito Processual tem prioridade sobre o Direito Material.

De acordo com Pugliese (2016):

> Identifica-se a Common Law na sua formalidade como essência de leis, não possuindo assim um código especifico, ressaltando que os países que buscam essa tradição jurídica inglesa não se apegam as regras escritas, pois estas não são tão importantes devido a aparência real do direito. Neste sistema os juízes resolvem seus certames entre os particulares sem as regras escritas, resolvendo e decidindo assim os casos conforme as noções de razoabilidade, justiça e o costume. (PUGLIESE. 2016, p. 24)

Neste sistema é constatado que para solucionar casos é preciso toda uma análise das funções do Judiciário, pois demonstra-se que apenas a existência das leis não vincula a atuação do juiz de forma plena.

A *Civil Law*, por sua vez, se caracteriza na tradição de que a lei é a real fonte do Direito, dela deriva-se toda norma jurídica, regras e ordenamentos que vem a disciplinar todos os casos antevisto a presunção da incidência sobre estes casos.

De acordo com Pugliese (2016, p.24) "os primeiros pilares da Civil Law foram fixados pelo Direito Romano". O sistema da *Civil Law* se preconizasse em torno da imediata interpretação de uma compilação de regras jurídicas, com aliança diante dos seus dogmas, ou seja, que os juízes somente aplicariam as leis, sem eventual necessidade de interpreta-las.

Demonstra também, que existe o fator perante a falibilidade, possibilidade de erro, das codificações que é as posteriores reformas ou leis especiais que geram os códigos. Várias delas tem o objetivo de acrescentar o sistema, conforme os juízes não precisem buscar respostas na interpretação, existindo regimes falhos. Para tanto, muitas destas leis, criam regimes legais novos de ideologias diferentes e contraditórias das quais dirigiram-se na aprovação de códigos. Afinal das contas, o Poder Legislativo é maior intercalação de poder com o Judiciário.

Na *Civil Law*, fica claro que os códigos têm objetivo de registrar respostas "prontas" para todas demandas da sociedade e o Judiciário é um mero aplicador do texto de lei, do qual já contem normas expressas, tentando minimizar o número de aberturas, para possíveis lacunas e não necessitar de intepretações. Já na *Common Law*, os conceitos indeterminados, não se fazem mais leis para tal preenchimento, são textos legais diferentes, porque não definem uma conduta própria, mas sim, fixam valores que devem ser interpretados e analisados pelo juiz em cada caso concreto, direcionados principalmente a casos idênticos, de características, aplicabilidade e situações semelhantes.

2. A FORMAÇÃO DO ORDENAMENTO JUDICIAL BRASILEIRO E A RECEPÇÃO DO DIREITO NORTE-AMERICANO

Por se tratar de um país jovem, o Brasil em sua história constitucional é muito instável, pois seu resumo histórico abordado, teve uma independência de Portugal e a criação de oito constituições, nos anos: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e a atual 1988, mais representada com a expressão do "nunca mais", depois de sofrer um longo período de ditadura militar, que perdurou entre o período de 1964 a 1985.

Ressalta-se que a Constituição Federal foi emendada mais de setenta vezes para um padrão moderno de evolução nacional. Entretanto, é considerável uma Constituição estável. Observando todo este período democrático do país, e seu eventual crescimento econômico. O Supremo Tribunal Federal e os juízes e tribunais numa gama geral, assim como, especialmente, o Ministério Público, dispuseram suas competências e atribuições pela Constituição e delas vem acrescentando de forma ativa para efetivações dos direitos fundamentais, sendo estes: de liberdade, sociais, individuais e coletivos.

Em 1891 na Constituição Republicana, o Brasil, sendo República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, recebeu, como maior parte dos países latino-americanos, e por influência direta de Rui Barbosa, o direito constitucional norte-americano. Ocorreu então a chamada revolução copernicana nas instituições jurídicas brasileira, que até hoje tem seus reflexos em suas potencialidades democratizantes. Diante de algumas problematizações e

avaliando toda uma evolução no, a Constituição é escrita e rígida, diferenciando assim a garantia da *judicial review*, que dela decorre naturalmente o modelo norte-americano, que indica a garantia de adequação dos atos do poder público e assim como dos atos dos poderes particulares, assim ordenado no texto constitucional.

No Brasil não houve fracionamento da jurisdição, obteve esse estilo de sistema por influência dos Estados Unidos da América do Norte, sendo de forma incerta: o pleito *lato sensu* ou sistema uno de jurisdição. Abordando o controle do poder e uma eventual possibilidade de revisão judicial (*judicial reviewI*), o direito brasileiro trouxe influencias do direito norte-americano, inserindo assim, um sistema jurídico hibrido.

A tradição da Common Law norte-americano, transportou um devido "cruzamento" e por assim inspirou nossa ordem político-constitucional republicano (MOREIRA, 2004, p. 265-266). A consequente tradição romano-germânica, que tem força principalmente na Europa continental, que assim recebeu como direito: privado, público infraconstitucional (administrativo e processual) e o direito penal e processual penal (FRABRICIO, 2003, p. 403-420).

Dessa forma, entende-se que as tradições jurídicas se adequam com uma perspectiva cultural, tendo seus efeitos colocação na maneira de como um jurista exercer o pensamento, tendo como matriz sua formação cultural para tanto. Por isso, a tradição é como um procedimento de entendimento cultural e ou amadurecimento de determinadas comunidades jurídicas.

A contraposição logica das tradições jurídicas em oposição consiste em termos adquiridos, ao lado da tradição constitucional norte-americana, tendo mais força a partir do ano de 1973 em contraposição da tradição processual civil da Europa continental. Sucede-se que o direito processual civil brasileiro não faz um diferencial entre "particulares" e "partes estatais", do qual não existe um incerto administrativo para julgar lesões atribuídas pelo Estado, revelando assim nenhuma importância para tutela em diferença entre os direitos, pretensões, ações e exceções reconhecida como direito público. Intitulou-se o entendimento de pretensões ligadas ao direito público, por vezes constitucionais, em se tratando de direito privado, de *pleito civil lato sensu*: "a justiça igual sob uma única lei processual".

A doutrina, observa características que interessa aspectos sobre a amplitude do acesso à jurisdição nos sistemas europeus continentais e a penetração da *common law* ligado ao sistema nacional sobre o ponto de vista do formalismo valorativo.

Contudo em especial razão ao ordenamento jurídico brasileiro de como acolheu a *common law* herdada e desenvolvida em torno da cultura e historicamente a sociedade brasileira

se caracteriza por três elementos: controle de constitucionalidade, inafastabilidade da jurisdição e constituição rígida. O Código de Processo Civil do ano de 2018 preconiza este paradoxo metodológico combinando com a Constituição em seu art.1°: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

A recepção constitucional é analisada atualmente como um processo de construção de direito abundante. Muitas das vezes as instituições não atendem a teoria e se desenvolvem por vontade própria. Porém, o estudo dessa teoria tem ampla dimensão e importância, pois preconiza a unificação do direito constitucional europeu, tentando identificar elementos de um direito comum por si só, trata-se de um modelo de evolução, não apenas voltado no direito comum, mas sim, de um constitucionalismo garantista global como um todo, que abrange ir além das esferas estatais, que inclui atender até mesmo emergências econômicas em torno da globalização referente ao mercado.

Se tratando de direito estrangeiro a recepção constitucional referente a diversos tipos de ordenamentos jurídicos e que inclui o direito internacional, sendo por meio de códigos ou tratados, é de suma importância sobre a temática do paradigma garantista e dos direitos fundamentais, demonstrando um contexto relevante acerca disto.

Reconhece que a teoria geral das recepções de forma facultativa, de que o entendimento pelo qual elas atuam e por mais que tenham diferenças entre si e eventuais consequências, este é um fator usado como elemento da união entre as culturas constitucionais. Para tanto, fica claro que a recepção entre a própria cultura com as demais de outros povos, se torna uma espécie de "ciência cultural". Ou seja, toda recepção faz parte de um processo geral de cultura.

No Brasil existiu duas recepções de relevância, no direito processual civil: com a Constituição de 1891, que recepcionava o então modelo processual constitucional dos Estados Unidos Da América do Norte; e a do Código de Processo Civil de 1973 que, teve um longo processo, se iniciando com o Código Civil de 1916 e continuando em 1939 com o primeiro Código De Processo Civil nacional.

Com o surgimento do paradoxo metodológico, que é a junção de uma dupla recepção do *direito comum* com o *direito reinol* (ordenações de Portugal), se passou a ter uma cultura processual constitucional direcionada a tradição da *common law,* do qual de um lado está o controle de constitucionalidade (difuso), o pleito civil *lato sensu* e especialmente as ações de atipicidade – *"remedies precedes rights"* (os remédios precedem os direitos).

Em seu Art.5°, XXXV da Constituição Federal de 1988: "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" e também disponibiliza em seu ordenamento que em casos de lacunas pode-se utilizar de costumes e analogias.

A recepção da *common law* em atenção ao sistema de *freios e contrapesos*, sendo estes um controle do poder, do qual a última palavra será do Poder Judiciário, decorrente da tradição norte-americana que garante a *aplicação da rígida constituição*, mantendo-se assim na sociedade, sendo hierarquicamente elemento para as demais leis e o fundamento contra majoritário dentro de uma democracia de direitos.

Para entender o Estado Democrático Constitucional, salienta-se que é a junção da democracia com o direito constitucional, do qual um Estado de Direito tem seus direitos fundamentais individuais e os coletivos.

Em 1891 a partir da Constituição Republicana, surgiu o controle dúplice de constitucionalidade e a unificação da jurisdição, consequência estas da inter-relação entre as tradições *common law* e a *civil law*, sendo inserida assim no Brasil. Existe o controle de constitucionalidade perante as suas leis, sendo de um sistema difuso e o sistema concentrado, sempre sobrevindo dos órgãos jurisdicionais, não existindo então uma jurisdição administrativa ou ligada ao um órgão político como no modelo francês ou mais aproximada influencia para sistema nacional, o italiano, não se seguiu este sistema.

O Brasil obteve influencia e adotou o sistema norte-americano do controle difuso de constitucionalidade por exceção, vem de um controle exercido por todos juízes e tribunais que eventualmente podem rejeitar a aplicação de norma violadora ou contraria do que está pregado na Constituição, em certos casos concretos. A natural falta de lei para fins constitucionais pelos juízes, faz com que se supra a imediata eficácia dos direitos fundamentais, dentro do nosso sistema constitucional de maneira hibrida.

Vale salientar, a ligação entre o sistema de legalidade e um sistema de controle de poder fundado na Constituição Norte-Americana e na então *common law* (*Rule of law)*, que são controles de poderes vinculantes das decisões judiciais em um sistema de freios e contrapesos. Surgiu a hibrida particularidade do ordenamento do Brasil.

Sobre influencia Norte-Americana foi incorporado ao nosso sistema nacional, o sistema inglês, que diz a respeito da unidade da jurisdição, ou seja, na uniformização da mesma na forma de súmulas vinculantes do artigo 103-A da Constituição Federal

Enfim, a tradição brasileira mesmo que seja ela peculiar, apresenta traços concisos das tradições europeias e norte americana, daí temos a breve conclusão de ser um pais de hibridismo.

3. CONCEITO DE PRECEDENTE

Os precedentes estão ligados à Teoria Geral do Direito, pois trata de noção fundamental relativa no funcionamento dos sistemas jurídicos, mas também à teoria das fontes normativas, pois havendo o Direito, os precedentes existirão. Fica claro que todo sistema formado possui precedentes, na maneira em que todas decisões tomada para a resolução de casos concretos se possui de experiências jurídicas.

Os precedentes têm valoração no sistema jurídico de direito positivo, independente do reconhecimento da doutrina do *stare decisis* ou da adoção das normas, existindo assim, eles serão utilizados. Porém, diferindo a forma e a devida importância que lhe é atribuída por cada sistema jurídico do direito positivo.

Conforme aplica Fredie Didier Jr. em sua obra, formam-se no direito os conceitos de logico-jurídico e o jurídico- positivo (DIDIER JR, 2002, p. 38-39).

No conceito logico-jurídico ele é construído a *priori* de maneira universal, compreende o fenômeno jurídico adverso do direito positivo. Em vez de ser tirado de uma realidade normativa determinada, serve em um entendimento de quaisquer ordenamentos jurídicos de forma independente. A exemplo do que foi exposto, é notável o conceito logico-jurídico aplicável no Direito Processual Civil em sua competência, nas decisões, nas provas, em sua tutela jurisdicional, entre outros.

Para tanto, conceituando a construção do direito jurídico-positivo, do qual é erguido *a posteriori*, que vem de um ordenamento jurídico determinado, que somente a ele será aplicável. Temos como exemplo disso, em sua apelação, no recurso especial e no seu prequestionamento.

A preocupação com o precedente coloca-se no contexto de toda uma coerência e da consistência das suas ações com possíveis debates, sua argumentação independentemente do direito, está em qualquer justificação necessária de decisões de forma racional, trata-se da pratica dos atos voltadas para a razão.

É importante salientar que o precedente é *fonte do direito* (COSTA, 2009, p. 29), isto é, que o fato jurídico está contido em norma jurídica, que se equivale à decisão judicial e não em torno do dispositivo relacionado com a decisão, mas como um ato decisório como um todo. É possível dizer que todo precedente é como decisão, mas nem toda decisão será como um precedente de fato.

O precedente é relacional, no qual o objeto antecede o outro, demonstra similaridade, no direito refere-se a decisões judiciais, que irão servir de modelo ou incentivo para outras

decisões. Porém, nem toda decisão judicial será posta ao Poder Judiciário como mero precedente, dito assim, não se encaixa para esta eficácia.

A formação do precedente está ligada na criação de norma jurídica que detém o intuito de resolver casos futuros.

Em sentido próprio o precedente forma a decisão judicial que fixou a norma jurídica, ou seja, em cima de tese, elas deverão ser seguidas pelas demais decisões em casos idênticos. Tem sentido próprio, sendo este mais utilizado e tem visibilidade em todos sistemas processuais, independentemente de pertencerem ao sistema *common law* ou *civil law.*

Em sentido improprio, os precedentes são constituídos da própria norma jurídica de maneira intrínseca, advinda da decisão judicial, ou seja, é a tese jurídica que servirá de parâmetro decisórios para idênticos casos.

Assim o precedente é tanto o julgado que fez nascer a norma que será seguida, como a própria norma que foi criada, sendo a norma jurídica criada pelo precedente (ou norma de precedente) são constituintes da *ratio decidendi* (razões essenciais para a decisão), sendo de forma impropria.

O precedente judicial pode ser tido como norma aplicada pela corte compreendida para se fundamentar e resolver casos, está difere, pois é forma própria.

Finalmente para ficar esclarecido os sentidos do precedente é que poderá ser utilizado tecnicamente. Em sentido próprio, formal ou continente, sendo fato jurídico uma ferramenta para a criação normativa, é fonte do Direito. Já o precedente em sentido improprio, é a norma em si, significa que é uma redução do termo, "norma do precedente", que é a *ratio decidendi* (substancial).

Além do conceito, é preciso definir a natureza jurídica dos precedentes e entender o que esse fenômeno processual significa, pois no direito brasileiro o precedente nada mais é do que um *ato-fato jurídico*, pois embora sobrevenha uma decisão fundamentada, sendo um ato jurídico, para o legislador é tratado no contexto fático. Deste modo, o precedente se produz independe da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu.

Como exposto acima, o precedente tem dois sentidos (próprios e impróprios). No primeiro é a decisão de onde se retira a tese jurídica (norma a ser seguida). No segundo, constitui-se da própria norma, que se utiliza para casos futuros.

É possível, elaborar justificativa na *ratio decidendi*, que a partir da explicação dos fatos e das soluções jurídicas dos casos, que os juízes conferem a materialidade das leis em sua natureza.

De forma independente dos sistemas mencionados fica composto que o precedente não tem natureza do ato-fato jurídico, sendo este termo equivocado. São do ponto de vista prático, que as decisões anteriores servem como ponto de partida ou retrato para decisões subsequentes, quer dizer que a eficácia anexada de uma decisão é a que vai transformar como fonte para soluções de casos futuros.

Citar precedente significa que a decisão pode produzir norma (*ratio decidendi*): a decisão possui principais eficácias, pela devida ação material reconhecida ou do seu não reconhecimento, sendo juntada as eficácias que se obtém de uma decisão e que não necessariamente tenha que estar ligada ao objeto do julgamento. O efeito ocorre simplesmente pela necessária existência da sentença, tendo por inevitável tanto pelas partes quanto por terceiros. Temos como exemplo disto, a hipoteca judiciaria imposta no Art.466 do CPC, a decisão é a fonte, com o texto será compreendida a norma jurídica, isto é um efeito anexo da própria decisão.

A "norma do precedente" é a redução do precedente, em sinônimo a *ratio decidendi,* está terá a natureza de regra ou princípio.

A classificação quanto sua origem segrega o precedente considerando o tribunal que assim o concebeu. Existem duas formas de classificação, sendo estas como vertical e horizontal. Também existe as formas de classificação segregando a eficácia dos precedentes.

O precedente vertical é aquele constituído pelo forjamento dos tribunais superiores. Intitula- se verticais porque na sua aplicação, no meio da organização judiciaria, é feita de cima para baixo, dos tribunais superiores para os demais abaixo de organização judiciaria.

Os precedentes verticais são que tem maior relevância comparado a qualquer sistema de precedentes, pois conformam com o exercício dos demais órgãos jurisdicionais. São aqueles que pressupõe a superioridade hierárquica de cada tribunal, para que sejam obedecidos pelos demais órgãos inferiores.

O efeito é que os tribunais superiores, como cortes, que detém de jurisdição sobre todo o território de um país, pronunciam a última decisão sobre a questão de direito, preconizam assim de forma uniforme a mesma interpretação. Pela sua atuação tem natureza de que as decisões dos tribunais superiores têm propensão para se tornarem precedentes.

Os precedentes horizontais, incidem apenas referente aos próprios tribunais que assim os editaram, tem vinculação meramente interna, porque se aplicam somente aos seus órgãos internos. Os tribunais de segunda instanciam, tem menor relevância para outro possível tribunal da mesma eficácia/ comparativo. Como exemplo disso: um precedente do Tribunal de Justiça

do Paraná jamais vinculara outro tribunal de justiça, bem como poderá convencer outro tribunal qualquer.

Os precedentes horizontais são aqueles que possuem autoridade sobre o próprio órgão prolator. Para ficar claro, quando uma decisão for tomada, a norma que ela influencia deverá ser acompanhada pelo próprio tribunal ou juiz em casos futuros.

Na segunda classificação exposta, expressa-se com a força do precedente, do qual sua capacidade deriva de vincular ou não os julgamentos de casos subsequentes. O precedente pode ser persuasivo ou vinculante.

O precedente persuasivo não vincula aos demais casos, ele é um reforço, utilizado somente para argumentação, seja ela pelo magistrado ou pela parte.

Antes do novo CPC, sem a real consonância do sistema de precedentes, o precedente era de forma exclusiva persuasiva, com exceção de decisões de controle concentrado de constitucionalidade, estes se mantiveram afastados. Tem se como motivo a baixa atenção e a falta dela em torno dos precedentes no nosso ordenamento jurídico, não tendo grande intuito no uso do Direito Processual.

O precedente vinculante, se constitui daquele que vincula os julgamentos subsequentes, não dando alternativa ao julgador para aplica-lo de forma obrigatória. Perante um precedente vinculante, o julgador poderá não aplicá-lo em casos que houver distinção de caso concreto e o caso do precedente, em então o possível caso tenha sido superado por outro precedente.

4. DIFERENCIANDO PRECEDENTES DE OUTRAS NOMENCLATURAS.

O termo da jurisprudência possui várias identificações dotados de alta equivocidade, por este motivo já basta para justificar a utilização do substantivo precedente, pois no sistema positivista não é tanto utilizado os costumes como fonte de direito.

A formação da jurisprudência é um conjunto de pareceres dos jurisconsultos para desenvolver a solução de problemas jurídicos que lhe foram acatados, são as decisões dos juízes e tribunais sobre questões jurídicas exibido aos casos concretos. A jurisprudência em si constrói costumes jurídicos específicos com a garantia de sua força normativa.

A jurisprudência e o precedente têm distinção, pois os precedentes se constrói tendo força exclusivamente derivada de uma única decisão e dela são produzidos efeitos de direito, respeitando assim determinados requisitos, reconhecendo a importância do Judiciário na sua criação de normas. O precedente é simplório pela sua unidade, e sua autoridade seria somente apresentada a partir de grupo de precedentes, ainda mais em relação a repetição dos julgados no mesmo sentido.

Em sua produção, os precedentes são ainda mais simples do que a jurisprudência, pois precisam de uma única decisão para se valer como fonte do direito. Ainda, é muito comum na atuação dos juízes, advogados e demais profissionais jurídicos brasileiros, acontecer equivoco quando se trata desta comparação entre precedente e ementa, também é um dos principais motivos de prejuízo na aplicação dos precedentes no Brasil, pelo seu não entendimento.

A ementa nada mais é que um elemento obrigatório de acórdãos, vulgo em seu Art.943, §1° do CPC, que detém como objetivo para resumir um entendimento do tribunal, especialmente para facilitação e divulgação de documentação. Já os precedentes, são fonte do direito, dele é incorporado todo o texto de uma decisão de forma completa. Não se confundindo assim a ementa que é apenas uma parcela do elemento que integra o texto da decisão, com a norma que é construída a partir do precedente.

Destaca-se que é muito comum em casos os juízes que se limitam em citar ementas como se fosse igualmente aos precedentes, por isso o equívoco, pois se torna uma má aplicação dos mesmos e podendo advim em um sistema de precedentes desvirtuados, transformando assim a decisão anterior em contato imediato com os fatos, perante um conceito geral e abstrato, destituindo assim sua concretude.

O precedente judicial não pode ser reduzido a ementa, pois para ele ser realizado é preciso de norma segura gerada ou especificada em precedente, observando os fatos da causa, a argumentação das partes e seus fundamentos no processo, até levarem a tomada da decisão do caso concreto, ou seja, os fatos substancias precisam ser idênticos para serem elencados no mesmo grupo de casos.

Obviamente a ementa poderá ser utilizada, porém deve-se reconhecer que a ementa do julgado deva ser vista como um instrumento para catalogação da decisão nos repertórios jurisprudências com objetivo de facilitação do acesso as informações delas trazidas. É possível que a ementa contenha conteúdo para o entendimento do precedente e logo assim, para compreensão da norma. Porém, pela analogia da *ratio decidendi* a ementa por si só não é suficiente e se for utilizada de forma ineficaz e inadequada faz que seja dispensada por conta da razão contida nos precedentes.

Para ser breve o precedente refere-se nas decisões de forma integral, como um todo, enquanto a ementa é só uma parcela da decisão, ficando claro assim a distinção entre ambos.

Também pode-se dizer que as súmulas e os precedentes são bastante confundidos em nosso sistema brasileiro, pois são generalizadas por parte da doutrina como uma espécie de precedente em sentido amplo.

A súmula é um substantivo coletivo, tem como significado o conjunto dos enunciados representativos da jurisprudência de um certo tribunal. Consagrou-se em nosso sistema jurídico que o uso da sumula é como um sinônimo de enunciado, como substantivo singular, assim entendidos pelos próprios tribunais superiores.

É importante reconhecer que as súmulas contam com um procedimento especifico para seu nascimento, modificação e até mesmo sua extinção, são atos jurídicos autônomos em contraste com uma decisão judicial. Já os precedentes são obrigatórios, baseado no ato decisório como fonte de direito, formado de uma decisão eficaz anexa.

As súmulas têm em sua permissa fática a constituição e a existência de vários precedentes, mesmo que sejam conflitantes entre si, como por exemplo no caso do incidente de uniformização de jurisprudência.

No sistema de precedentes a súmula não pode ser aplicada de maneira autônoma em relação ao precedente originário, como se a mesma fosse texto normativo ou ainda mais, um precedente. Portanto, analisa-se o texto da sumula e faz sua interpretação para a recepção de forma indiferente ao precedente originário.

Conforme exposto, fica claro a distinção entre as súmulas e os precedentes: pois estes são requisitos para a criação daquelas, porém não é possível entender ambas com relação de similaridade. As súmulas da jurisprudência e o precedente judicial, são institutos com eficácia normativa vindos do exercício do judiciário, mas não se confundem, pois são requisitos de criação, métodos de aplicação, modificação e extinção totalmente diferentes.

Da mesma forma, a respeito da diferenciação com coisa julgada, verifica-se que ambas estão contidas em decisão judicial, porém não são de normas iguais, pois uma é proveniente da formação do precedente judicial e a outra configura a coisa julgada. Por tanto, é de eventualidade muito comum a confusão das mesmas, pois são casos, julgamentos ou decisões de relevante termo técnico. O que se acrescenta para sua confusão, é que existe grande semelhança entre os institutos, pela sua natureza de norma judicial: as duas estão unidas à segurança jurídica, tem limitação pelas partes (limitando assim sua atuação) e consequentemente obrigam os julgadores seguintes.

A coisa julgada possui traço concreto, dando publicidade assim a situação jurídica submetida a autoridade judiciaria, pois, a força que tem a sentença é de eficácia declaratória. Logo, a coisa julgada tem objetivo de colocar fim as discussões dos casos concretos, porque se aplica a solução, para que eventualmente não se queira pleiteá-la novamente.

Consequentemente a coisa julgada reconhece a existência de uma determinada relação jurídica, mas apropriadamente se finaliza a mesma por se tornar indiscutível. O precedente

judicial, aplica-se nas soluções de questões relacionadas a superfície jurídica, colocando assim devidamente um ponto final, como por exemplo os casos referentes a constitucionalidade de um dispositivo determinado, em relação a norma ou a delimitação de uma possível hipótese abstrata fática.

Outro aspecto, é que a coisa julgada além de aplicar a imutabilidade, ela somente admite a participação das partes dentro da relação processual, tem eficácia *inter partes*, o terceiro até poderá levar a matéria a apreciação judicial, mas não fica sujeito a coisa julgada, pois a imutabilidade já foi declara. O precedente judicial tem real importância e interesse no sistema jurídico como um todo, policiando seu exercício para ser consistente e coerente, se atentando as questões jurídicas fixadas por ele mesmo. Ou seja, a coisa julgada é oportuna as partes, enquanto o precedente tem afeiçoamento a todos jurisdicionados.

5. A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES DE ACORDO COM NOVO CPC

A reforma do Código de Processo Civil trouxe como proposta a concretização da segurança jurídica de forma razoável, ou seja da racionalidade do processo e do direito. Portanto, fica claro que a "processualização" se faz especializada, dentro do procedimento comum, ao que cabe as demandas repetitivas, pautadas na aplicação de precedentes.

O Novo Código de Processo Civil transportou uma série de dispositivos que remetem à noção dos precedentes. O primeiro que merece atenção se trata do Art.332, pois faz menção que nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local". Preconiza para tanto, que existe vinculação aos precedentes desde a petição inicial.

Existem extrema semelhança com precedente, no Art.932 do CPC em que prevê que o relator deverá fielmente negar prosseguimento a recurso que contrarie: "a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo

Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência."

Vale dizer, que o magistrado ao identificar o procedente, que está previsto em norma, deverá obrigatoriamente aplica-lo ou abreviar pelo entendimento de se não quiser, consequentemente não o fazer.

Os artigos 926 e 927 do CPC trazem como subsidio o *stare decisis* brasileiro, pois fazem uma análise limitativa, pois há uma maior preocupação por parte do próprio código para se regularizar a jurisprudência, unificando as súmulas, mas que não deixa de ter relação com os precedentes, pois abrange toda uma ideia de uniformização a certa dos casos.

O Art. 926 do CPC estabelece que "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Determina-se que há um dever geral de proteger a segurança jurídica nas decisões judicias, especialmente em relação ao posicionamento dos tribunais. Constata-se que mesmo individualizando os deveres, como o dever de estabilidade, uniformização, de integridade e de coerência, este dispositivo objetiva o dever geral do Estado, incluindo a garantia da segurança jurídica e do Estado-juiz afinal.

Ademais, o tribunal deve estar atento para uma eventual manifestação em desarmonia no próprio âmbito interno, tomando para si as responsabilidades a certa disso, de como uniformizar as suas orientações, por meio de um precedente adequado. O Art.926 do CPC todavia tem relevância sobre a teoria dos precedentes judiciais, pois fornece material suficiente para a construção do *stare decisis* brasileiro, mantém seu efeito da institucionalidade dos deveres, consagrando assim conteúdo normativo para os precedentes obrigatórios.

O código também se afligiu com os precedentes vinculantes. Assim, revela-se em seu Art.927:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> II - os enunciados de súmula vinculante;
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O precedente vinculante no sistema brasileiro, em regra, força seu cumprimento com o uso da reclamação. Para tanto, não significa que o uso de uma reclamação seja pressuposto

necessário para sua eficácia. A reclamação é apenas um constituinte de um meio de impugnação de decisão judicial quando não se respeita o precedente.

A falta do precedente não significa que ele não será vinculante, pela sua ausência de proteção. É conciso que a parte interessada ainda pode se fazer valer de outro meio admissível para impugnar, trata-se do recurso.

Conforme exposto, o precedente pode ter ou não reclamação, pois apenas se trata do grau de proteção confiado ao precedente vinculante. O precedente vinculante não subordina apenas ao Poder Judiciário, mas a atividade jurisdicional abrangente como um todo.

Pelo art.917 do CPC nota-se que abriga o rol de precedentes vinculantes, porém exemplificativos, outras normas podem prever sua eficácia para outros tipos de precedentes. A previsão de súmula vinculante em seu rol, tem objetivo de ser aplicada por meio da lógica do sistema de precedente, não sendo empregada a partir de seu texto, mas sim nos termos de seu precedente originário, porque nele se encontra norma jurídica geral criada pelo STF.

Poderá ser aplicado os precedentes vinculantes em casos de modulação da sua incidência, sempre que causar prejuízo ao interesse social ou a própria segurança jurídica.

O Art.927 do CPC não é uma norma heterotópica, quer dizer que ela é apenas vinculada ao direito civil, não podendo ser aplicada em processos penais e trabalhistas. Apesar de sua natureza ser processual, a sua ordem jurídica é apenas uma, portanto, os precedentes vinculantes as moldam. Salienta-se que as partes não tem disposição de escolher a ordem jurídica a lhe serem aplicadas a seu caso.

Outro dispositivo do código considerável, é o art.489 do CPC, que apresenta a necessidade de se motivar o caso concreto e por fim aplicar ou rejeitar os precedentes de modo racional, justificando assim as razões que a levaram na sua definição.

Mais do que isso, o CPC determina que o magistrado tem o dever de oficio de conhecer o precedente vinculante, caso contrário, a decisão judicial incorre em omissão, que poderá ser sanada com encargo dos embargos de declaração, conforme exposto no dispositivo acima. A parte prejudicada poderá interpor recurso cabível, com o objetivo de invalidar a decisão, para que outra seja proferida, acomodando-se ao precedente vinculante.

Para não restar duvidas, a implementação dos precedentes no Código de Processo Civil, é para que os magistrados atuem nos tribunais e nos tribunais superiores para a análise e cogitação referente a casos concretos. Para dar certo o uso de precedentes, terá de haver o habito da mudança, sejam eles por juízes, advogados, que impactem a cultura processual. Ressaltando também, que deverá o novo modelo de sistema dos precedentes ser utilizado de forma criteriosa

e ética, por meio do *ratio decidendi* e com a fundamentação dos motivos que se encaixam ou não em casos concretos (*dever argumentativo*).

Observando o efeito, por outro lado, denota-se que os precedentes já vinham sendo construídos mesmo antes do novo CPC, porém com a sua chegada houve sua sistemática processual, instaurando os precedentes obrigatórios com vinculo funcional forte, por conta da estabilidade judicial referente a casos repetitivos.

O novo código trouxe consigo, que é preciso moderação para não desenvolver as técnicas somente da *common law*, afinal, temos nossas construções jurídicas brasileiras e as peculiaridades próprias que insere um contexto brasileiro a certa da sistemática de precedentes, seja nos seus meios de alteração ou formação.

É indispensável que a resistência seja superada, pois mesmo diante de uma mudança necessária os dogmas se relutem na sua utilização, sustentando assim um estado de permanência que se engessou no tempo, onde não se há um esforço para o acatamento de novas mudanças, sendo de certa forma, inconstitucional, pois diante do direito fundamental à o desrespeito a segurança jurídica.

A respeito da aplicação do CPC o modelo exige atenção para os precedentes vinculantes, mas também para os persuasivos, pois fortalece o emprego de qualquer precedente. Os magistrados de todas as instancias precisam conhecer os precedentes dos tribunais superiores e até mesmo do seu próprio tribunal, com cautela principalmente sobre os vinculantes, para a cogitação dos casos concretos. É preciso pôr em pratica os precedentes.

A lei 13.256/2016 trouxe a inovação do *stare decisis* brasileiro, que compreende como correto que cabe aos juristas o seu desenvolvimento de efeito. O maior desafio na aplicação do precedente é enfrentar o seu não entendimento e as críticas desajustadas. Salienta-se que existe material legislativo suficiente para sua construção, voltados para a adoção de razão em sua aplicação.

A aplicação do sistema de precedentes teve grande impacto cultural no ordenamento brasileiro, devido a mudança normativa: alterando comportamentos e hábitos dentro da justiça. A criação lei 13.256/2016 teve por objetivo suavizar o impacto do CPC referente aos tribunais superiores, portanto, buscou diminuir os controles das decisões argumentativas dos mesmos tribunais.

A lei 13.256/2016 traz consigo a limitação no qual a construção jurisprudencial deverá depender dos próprios precedentes das Cortes Supremas em material processual, e consequentemente sua aplicação poderá melhorar o sistema judicial como um todo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Precedentes são princípios e regras para a devida solução de casos, mediante a reconstrução do ordenamento jurídico, com o efeito da base jurídica, da razão e da proporcionalidade voltada para a análise de cada caso concreto, do qual a utilização do precedente servirá para decisões futuras, pensados a partir de um critério de uniformidade e harmonização racional advindos de casos idênticos passados.

A tese presente proposta vem defender o sistema de precedente referente aos seus fundamentos e princípios, pois invoca a proteção da segurança jurídica, norma que vincula o seu uso. A sua uniformização, a estabilidade presente juntamente com sua coerência e integridade, a resposta correta a cerca de um caso em julgamento, pois haverá um precedente a se seguir. A então isonomia que tem prestigio direito com os precedentes, pois um precedente deverá ser adoto em casos idênticos. A congruência devido ao que foi pedido pelo autor que terá a sentença feita referente ao que foi pedido; sua colegialidade que considera como decisão de tribunal apenas o pedido colegiado, ou seja o grupo de magistrados que assim o integram e jamais decisão monocrática do relator; tendo como base a sua motivação, do qual da argumentos para decisão judicial. O direito do contraditório, que assegura as partes se manifestarem no ato processual, referente ao precedente somente se poderá fazê-lo no caso dos vinculantes, porque é determinante no resultado da decisão. A publicidade, pois todos deverão ter ciência das leis extraídas para os devidos precedentes e consequentemente torna-se público as decisões judiciais e por último sobre sua aplicação que enfatiza a separação na aplicação dos precedentes persuasivos e vinculantes.

Então para casos idênticos deverá ser adotado os precedentes para o julgamento, com fundamento de que haverá a devida segurança jurídica, a agilidade dos processos e a harmonia entre os magistrados. Os precedentes criam, não só norma jurídica para resolver o caso concreto em si, mas cria *norma jurídica em geral,* é fonte do direito com força apta para produções de norma do precedente.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **A Constituição de 1891, prefacio e revisão de Pedro Calmon,** Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Sáude, Impressão completa de Rui Barbosa, 1890, vol. 17.

CIMARDI, Claúdia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil brasileiro**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica,** São Paulo: Malheiros, 2009, ed. 2.

DAVID, René. **Os grandes sistemas dos direitos contemporâneos**, Lisboa: Meridiano, 1972.

_____; **Le droit anglais**., Paris: Press Universitaides de France, 1998.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz**, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREER, Richard D. **Introduction to civil procedure**, New York: Aspen Publishers, 2006.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil,** Salvador: Jus-Podivm, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973,** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A importação de modelos jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PLUCKNETT, Theodore F.T. **A concise history of the common law,** Boston: Little, Brown and Company, 1956.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Comentários ao Código de Processo Civil, atualização legislativa de Sergio Bermudes,** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a Civil Law Brasileira: Interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Estudos de Direito Comparado (I). O que é a "Common law", em particular, a dos EUA,** São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP. 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIERA, Andréia Costa. **Civil law e Common law: os dois grandes sistemas legais comparados,** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Precedentes Judiciais: Teoria e dinâmica**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

ZANETI, Jr., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes formalmente vinculantes, S**alvador: JusPODIVM, 2017.