

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

## A CULTURA DE PRECEDENTES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E AS MITIGAÇÕES DO SISTEMA *CIVIL LAW*

## THE PRECEDENT CULTURE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AND MITIGATIONS WITHIN THE CIVIL LAW SYSTEM

**RVD**

Recebido em  
17.01.2024

Aprovado em.  
08.09.2024

Vinicius Leonardo Ribeiro<sup>1</sup>

Alina de Toledo Rossi<sup>2</sup>

Rafael Mazzetto Cardozo<sup>3</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a estrutura do sistema jurídico brasileiro à luz dos sistemas *Civil Law* e a *Common Law*. O primeiro, utilizado na Europa continental e nos países por eles colonizados, baseia-se no ordenamento jurídico positivado, ao passo que o segundo, identificado na Grã-Bretanha e em suas colônias, toma como parâmetro as decisões proferidas pelos juízes e tribunais. Neste íterim, será estudado em qual dos sistemas o ordenamento jurídico pátrio se encaixa, vez que, apesar de o Brasil utilizar a lei como matriz precípua, as decisões judiciais estão, cada vez mais, subordinadas às diversas súmulas e entendimentos judiciais diariamente proferidas pelas cortes e tribunais superiores. A metodologia utilizada neste trabalho consiste em uma revisão do material bibliográfico existente acerca do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Civil Law*. *Common Law*. Jurisprudência. Precedentes. Vinculação.

### ABSTRACT

This academic work aims to analyze the structure of the Brazilian legal system, taking the Civil Law and Common Law systems as parameters. The first, used in continental Europe and other colonized countries, is based on the positive legal system, while the second, identified in Great Britain and its colonies, takes as its parameter the decisions made by judges and courts. In this context, we will study which system Brazilian law fits into, because, although Brazil uses the law as its main source, judicial decisions are increasingly subordinated to the various precedents and judicial understandings handed down daily by the courts and superior tribunals. The

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, Licenciado em História, Pós-Graduado em Filosofia e Mestrando em Estudos da Condição Humana. E-mail [ribeiro.vinicius@adv.oabsp.org.br](mailto:ribeiro.vinicius@adv.oabsp.org.br) ORCID <http://orcid.org/0000-0001-6331-5956> Rua Paes de Linhares, n. 447, Vila Fiori, Sorocaba-SP, CEP: 18075-630.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito, Pós-Graduada em Direito Empresarial e Mestre em Direito. E-mail [alinarossisimon@gmail.com](mailto:alinarossisimon@gmail.com) ORCID <http://orcid.org/0000-0001-6244-9485> Rua Fernando Silva, n. 190, Sala 910, Jardim Astro, Sorocaba-SP, CEP:18017-158.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito e Pós-Graduando em Direito Civil. E-mail [rmazzetto.adv@gmail.com](mailto:rmazzetto.adv@gmail.com) ORCID <http://orcid.org/0009-0003-5360-2646> Rua Paes de Linhares, n. 447, Vila Fiori, Sorocaba-SP, CEP: 18075-630.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

methodology used in this work consists of a review of the existing bibliographic material on the subject

**KEYWORD:** Precedents; Civil Law; Common Law; Jurisprudence; Binding.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No início do curso de direito, é comum o ensino acerca das diversas fontes do direito, tema este geralmente abordado no estudo da “Teoria Geral do Direito”, matéria esta que toma como base o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Por ser um assunto diretamente ligado às fontes do direito, estuda-se, paralelamente, a classificação doutrinária do sistema jurídico brasileiro, oportunidade em que o acadêmico aprende que os sistemas ocidentais se dividem em duas raízes: a *Civil Law* e a *Common Law*.

Inspirado no princípio da separação dos poderes, o sistema *Civil Law* carrega traços dos ideais trazidos pela Revolução Francesa, possuindo, como matriz precípua de funcionamento, o direito positivado, isto é, a lei propriamente dita, não admitindo qualquer interferência ou mitigação de funções entre os poderes.

Montesquieu referia-se ao juiz como a “boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor das palavras” (MONTESQUIEU, 2010), não lhe sendo permitido qualquer valoração ou interpretação nos casos concretos. Essa posição qualificou a função do juiz como um elemento “avaliador de critérios”, isto é, ao ter sob sua jurisdição o caso concreto, lhe competiria a função de avaliar o preenchimento de critérios, e assim fazer a devida dosimetria.

A segunda raiz encontra seus primórdios no direito casuístico, ou seja, na observância de decisões judiciais tomadas pelos tribunais acerca de determinado assunto. Nesse sistema, as decisões, denominadas como “precedentes”, criam novas aplicabilidades, inovando regras mediante a situação.

Nota-se uma preocupação em unificar as decisões, vinculando as decisões de tribos regionais às decisões de tribunais, trazendo a noção de um “direito comum”. Por uma ausência de ruptura, o sistema *Common Law* eleva a continuidade, não desconsiderando as construções costumeiras de seu povo.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

Destarte, em virtude do grande número de leis existentes em seu ordenamento, a doutrina entende que o Brasil adota o sistema *civil law*. Entretanto, mesmo adotando tal sistema, há alguns anos, o Brasil vem migrando desse tradicionalismo rumo às vinculações jurisprudenciais e de característica estrutural legislativa aos órgãos do Judiciário.

Assim, há inúmeros debates que questionam se o Brasil superou o tradicional sistema jurídico da *civil law* e passou adotar um sistema misto, no qual além da lei escrita, observam-se os precedentes judiciais que se aplicam a determinado caso. Esta discussão possui grande relevância no ponto de vista teórico, já que na prática a utilização da jurisprudência tornou-se algo inevitável.

## 2. DIFERENÇA ENTRE COSTUME, PRECEDENTE E JURISPRUDÊNCIA

### 2.1. O costume e o mundo jurídico

Como citado alhures, em primeiro lugar, importante tratarmos das expressões costume, precedente e jurisprudência, trazendo aqui suas diferenças intrínsecas, precedente e jurisprudência, tendo-os como sinônimos. Não se pode, entretanto, esvaziar o significado dessas expressões, ignorando suas diferenças essenciais.

Tome-se como objeto a jurisprudência e o costume. Destacam-se, como diferenças entre esses dois institutos, os seguintes itens, conforme ensinado por Montoro:

- 1.O costume é a criação da consciência comum do povo e pode originar-se de qualquer setor da coletividade. A jurisprudência é obra exclusiva de um setor apenas da comunidade: o dos juízes e tribunais.
- 2.O costume nasce naturalmente, como decorrência do exercício de direitos e obrigações. A jurisprudência decorre de decisões sobre casos em conflito.
- 3.O costume é espontâneo: a jurisprudência é reflexiva: provém do trabalho de reflexão dos julgadores, que recorrem a noções técnicas e a métodos peculiares de investigação e raciocínio. (Montoro, 2016)

Ainda sobre o tema, Carnelucci indica que o costume consiste na descoberta de normas jurídicas através de uma “massa de casos”, ou seja, uma repetição de atos, o jurista italiano compara o costume a um “diamante”, que deve ser descoberto e polido para que revele seu valor (Carnelutti, 1942).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

Nesse ponto, é importante trazeremos aqui a teoria de Herman Heller, da qual se tratará no subtópico vindouro.

## 2.2. A teoria de Hermann Heller

Entre os estudiosos e eruditos sobre a teoria da constituição, se destaca o professor Heller. Em sua obra encontra-se um entendimento, chamado de síntese entre o sociologismo de Ferdinand Lassale e o positivismo de Hans Kelsen, muito amplo acerca dos fatores imanentes ao sistema jurídico.

Para Heller, a “Constituição política total” era um todo, que, subdividia-se em: parte não normada e normada, que também seria dividida em normada juridicamente ou não juridicamente.

Como breve explicação, cita-se que a Constituição normada é aquela que se encontra firmada em regimentos ou textos, códigos ou similares, dividindo-se entre normadas não juridicamente, como os códigos religiosos e a própria moral, e as normadas juridicamente, onde fixam-se no mundo jurídico através da norma, da lei e da estruturação jurídica formal e material.

Interessa-nos enfoque no que Heller chama de não normada, isto é, no que se encontra em um senso-comum de valores e conceitos reiterados, frutos da ação racional do homem em seu contexto social. Embora não faça parte do mundo jurídico, as ações humanas são o objeto do direito, donde se pode notar sua influência e relevância à ciência em estudo.

É, portanto, neste ponto que se encontram os costumes, que, como descritos anteriormente por Montoro, são: “criação da consciência comum do povo”, “decorrência do exercício de direitos e obrigações” e “espontâneo” (Montoro, 2016).

Pela exegese, do que já foi estudado, os institutos trazidos à baila se encontram na linha tênue entre o mundo real e mundo jurídico, entre, para além da ciência jurídica, o mundo do ser e o do dever ser.

Ora, se nos costumes se encontra a realidade prática, mais próxima possível da atividade humana, no precedente e, por consequência, na jurisprudência, se encontra a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

posição refletida do órgão julgador, mediante análise e enquadramento do abstrato ao concreto.

### 2.3. Os precedentes judiciais e a jurisprudência

Os precedentes judiciais possuem aplicações diversas nos sistemas jurídicos. A noção tradicional, utilizada majoritariamente na *common law*, entende precedente como uma relevante decisão judicial proferida no passado que, futuramente, é identificada e serve como parâmetro para aplicação da lei.

Esta noção é muito bem definida por Wambier e Talamini: “Neste sentido tradicional, o precedente é identificado como tal não no momento em que é emitido, mas depois, quando invocado, interpretado e utilizado como subsídio ou baliza para uma nova decisão” (Wambier E Talamini, 2016).

Segundo os professores supracitados, diferentemente da noção tradicional, temos a que é aplicada dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que entende precedente como o pronunciamento judicial que, após ser proferido, vincula as decisões judiciais, servindo de referência para a resolução de questões jurídicas semelhantes.

Engisch (2014), ao comentar o sistema de precedentes anglo-saxônico, menciona que tal sistema possui certo “parentesco estrutural” com o que entendemos por analogia, por se tratar de uma conclusão de um caso particular, concreto, para outro.

Também sobre o tema, comenta Assumpção (2016): “[...] sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada precedente”.

É fato que os termos “precedente” e “jurisprudência” possuem íntima relação, sendo que muitas doutrinas não apresentam diferença entre os dois institutos, citando, diversas vezes, ambos os termos como sinônimos.

De maneira diversa, existem entendimentos doutrinários que definem a jurisprudência como a reunião de decisões proferidas que versam sobre determinado assunto, englobando os precedentes judiciais.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

Neste sentido, comenta o professor Assumpção:

Jurisprudência, por sua vez, é o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferidas pelos tribunais. É formada por precedentes vinculantes e persuasivos, desde que venham sendo utilizados como razões do decidir em outros processos, e de meras decisões. (Assumpção, 2016)

### **3. O SISTEMA CIVIL LAW E A JURISPRUDÊNCIA**

#### **3.1. A justiça viva e a justiça inanimada**

Definido o campo de limitação em que a jurisprudência se firma, é mister um estudo melhor acerca da sua natureza. A priori, se depreende que dela procede a justiça viva, em oposição à lei, que pode ser considerada como a justiça inanimada.

Aliás, nos termos apontados por Engisch (2014): “A lei não é uma grandeza apoiada sobre si própria e absolutamente autônoma, algo que haja de ser passivamente aceite como mandamento divino”. Nesse sentido, a lei expressa pensamentos jurídicos, que deve ser consultada, interpretada, e, ainda, eventualmente, restringida, completada ou corrigida.

De forma um tanto lúdica, Grau (2009) explica que, entre as artes, pode-se distinguir as que são autográficas e as alográficas; no primeiro caso temos as artes que por si só transmitem seus intentos, como as artes plásticas, no segundo caso, se necessita de um intérprete para atingir-se o apreciador, como a música.

Logicamente se deduz que o Direito é fruto das artes alográficas, donde se pode depreender que, enquanto lei, se compara a uma partitura, mas, enquanto jurisprudência, se compara a arte feita, fruto da reflexão e da participação do intérprete.

Em sentido estrito, a palavra jurisprudência se entende por uma repetição harmônica, por revelações, mediante decisões, de sucessivas teses firmadas nos tribunais. Por esse motivo, a jurisprudência não se forma por uma ou duas decisões, mas exige um certo número estável de repetições.

Aliás, pondera Larenz (2019) sobre a jurisprudência como sendo ela “imprescindível na medida em que nos atenhamos à exigência de um sistema abrangente de conceitos, que seja isento de contradições e possibilite deduções”.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

Não se deve entender que a mudança de interpretação ou de sentido, fixados pela jurisprudência, altera de alguma forma o texto diretamente em si, pois, é evidente que, se está a falar da aplicação do texto conforme o meio social interativo, entre a eficácia da ordem judicial e o contexto receptor.

A jurisprudência, portanto, existe para reafirmar o contexto prático-social da aplicação da lei pelo órgão julgador, podendo, obviamente, por sua característica não vinculante, não ser acompanhada por demais julgadores do mesmo órgão.

Reale (1968), ensina que os juízes gozam de autonomia; isso deixa por evidência que, com questões muito semelhantes, se pode obter resultados diferentes, sendo, portanto, o resplandecer do poder-dever de julgar segundo suas convicções.

### 3.2. A vinculação dos precedentes

Nos sistemas *common Law*, a coletividade de sentenças reflete diretamente a força prática da lei. Nesse caso, cabe salientar que, a *stare decises* é respeitada em jurisdições concentradas e difusas. A vinculação de precedentes (*stare decises*) garante uma estabilidade jurisdicional, faltante em muitos Estados modernos, que acabam por instabilizar o sistema jurídico.

Ao adentrar a realidade brasileira, se é contrastado com a autonomia dos magistrados e fundamentar suas decisões com respaldo no entendimento da lei, não sendo observado de forma obrigatória o que se decidem as cortes, salvo em casos específicos de temas sumulados.

Ocorre na prática a chamada variação caso-a-caso, onde com fatores muito semelhantes e sob o mesmo ordenamento, não se obtém do judiciário a mesma resposta, mas sim uma variedade de possibilidades, mesmo que particulares dos magistrados.

Narrando uma dessas experiências, Reale (1968) relata:

Certa vez, tivemos a oportunidade de assistir ao julgamento de uma ação perante uma das câmaras Cíveis de nosso Tribunal, acompanhando um cliente que tinha exatamente duas questões com os mesmos dados, embora sem a mesma identidade de partes. O julgamento se processara no interregno de sete ou oito dias e uma tese jurídica foi consagrada numa Câmara, enquanto que a oposta lograva triunfar em outra. Bem podem imaginar a revolta e, ao mesmo

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

tempo, a perplexidade desse cliente ao verificar que, diante da mesma situação de fato, de provas de igual alcance e de textos legais absolutamente idênticos, havia sido possível atingir consequências opostas.” (Reale, 1968)

Tal relato é recorrente no cotidiano dos advogados brasileiros, onde a imprevisibilidade impera; destarte isso, se pode pensar nos efeitos que geram a falta de respeito aos casos semelhantes julgados, quer por seus pares, quer por seus superiores.

Negar o efeito vinculante da jurisprudência em *stricto senso*, não às potencializadas em Súmulas, é comum e até compreensível, pois, se pode ver sua apreciação ser minorada, como já foi citado, em prestígio da lei e em deformação de seu papel como fonte do direito.

Não se pode esperar que os juízes emitam “editos” assim que empossados, fixando as regras a serem seguidas nos assuntos de sua competência. Mas, se pode reconhecer que, os julgados semelhantes em que se reafirmem teses relevantes, tem seu potencial persuasivo para o convencimento do magistrado.

Conforme ensina Venosa (2002): “é inelutável que o conjunto de decisões sobre a mesma matéria, no mesmo sentido, influi na mente do julgador que tende a julgar da mesma forma.”

Pode-se, então, reconhecer seu potencial de influência no julgador, mesmo porque, se tornou praxe a demonstração jurisprudencial nas petições em juízos apresentadas. Não raro se observa as seguintes expressões: “Assim tem decidido as cortes do país”, “Já é entendimento pacificado”, etc.

Não se faz de modo errôneo, a consolidação de novos entendimentos da lei quando firmados por meio de jurisprudência, pois, é ela quem estabelece aquilo que era faltante no texto puro da lei, no abstrato e imaterial código imposto pelo legislador, que não raro, se faz necessária certa modulação para a aplicação ao caso concreto.

A sociedade humana sempre se viu em meio aos conflitos e divergências, tão logo se decidiu por assumir papel gregário no mundo natural. Tais conflitos, quando sob o Estado Democrático de Direito, pressupõem resolução com regra igual para todos e com respostas não desiguais, não sendo diferenciada segundo o postulante.



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

É mister destacar que, ao contrário do que se pode parecer, as divergências relativas às mesmas questões de direito, nem sempre revelam fragilidade na jurisprudência ou na segurança jurídica, mas podem revelar, se recorrentes e constantes (como no caso citado do professor Reale), um senso criativo demasiado, beirando a individualização de conceitos e entendimentos para cada magistrado, rompendo com a organização geral das teias do judiciário.

Assim sendo, se pode concluir que, nos mesmos moldes da lei, a jurisprudência traça uma norma jurídica geral e obrigatória, quando personalizada em certos padrões específicos. Distingue-se dela por sua maior flexibilidade a pari-passu da realidade social.

Adentrando ao instituto inaugurado pelo Ministro Vitor Nunes Leal, da Súmula da Jurisprudência Dominante, criada em 1963, vê-se de plano sua não vinculação obrigatória, mas um poder de convicção dos acórdãos de que se originariam. Comentando esse efeito prático, o Ministro Romildo Bueno de Souza (STJ) afirma:

Tem seus defeitos, pois, de certa forma restringe o esforço criativo da jurisprudência. Mas, por outro lado, presta-se para separar meras teimosias que acarretam imensos prejuízos para as partes litigantes. Assim, penso que ela se justifica, no quadro de crise em que nos achamos (Nogueira, 2009)

O juiz, embora não seja aplicador mecânico da lei, em regra, deveria ser vinculado aos precedentes somados dos tribunais superiores ou mesmo de seus pares, em relação a casos repetitivos, casos em que a lei é omissa ou mesmo de abrangência limitada.

### **3.3. Súmulas Vinculante, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes normativos**

Para remediar situações de fragilidade e demasiada instabilidade acerca dos julgados pela justiça, os órgãos julgadores tem emitido demonstrativos que versam aos

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

interessados quais têm sido as opiniões e decisões sobre certos assuntos, mesmo que sem força vinculante.

É o caso dos Precedentes Normativos, Orientações Jurisprudenciais, Súmulas, etc. sobre esses métodos de disseminação e uniformização dos julgados, ensina o professor Reale:

Podemos dizer que as súmulas são como uma sistematização de prejulgados, ou numa imagem talvez expressiva, “o horizonte da jurisprudência”, que se afasta ou se alarga à medida que se aprimoram as contribuições da Ciência Jurídica, os valores da doutrina, sem falar, é claro nas mudanças resultantes de novas elaborações do processo legislativo. (Reale, 1968)

Tais posicionamentos que, entabulados pelos tribunais, como sendo os “os ventos” para onde estão soprando as decisões, fazem com que o advogado-navegante possa saber para onde se localizar no incerto mar aberto do livre convencimento motivado do juiz.

Os já citados dispositivos, têm como característica funcional a orientação, em especial, para os recursos que alçam à casa, fazendo com que tal uniformidade corrija eventuais exageros ou omissões dos juízes de primeiro grau que, em muitos casos da jurisdição brasileira, não tem por praxe receptividade aos precedentes julgados.

As Súmulas de caráter persuasivo ou impeditivo não vinculantes encontram respaldos na lei 11.276/2006 e são editadas pelo STF ou STJ, tendo por finalidade obstar o recebimento de recursos ou apelação se as sentenças as contemplar. Cabe dizer que tais Súmulas, não vinculantes, podem ser editadas por qualquer órgão colegiado.

O que se pode destacar como avanço no campo dos precedentes somados, isto é, da jurisprudência é que, embora não sejam lei em sentido formal, são de uma adaptação mais próxima da realidade social, e mais suscetíveis às modernidades e avanços no campo da realidade prática dos litígios e de seus postulantes.

No sistema brasileiro, em especial após a vigência do Código de Processo Civil, se fixou a vinculação da jurisprudência em diversos casos, em que seus reflexos

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

atingem parte relevante da sociedade, ou em demandas postuladas com fulcro na Constituição.

O Código de Processo Civil admitiu a necessidade de uniformização da jurisprudência, mantendo o trinômio: Estabilidade, Integridade e Coerência. Fazendo com que as decisões, em especial em foro recursal, onde se espera uma revisão mais padronizada, fossem tidas de modo não imprevisível.

O art. 926 do Código de Processo Civil consigna aos tribunais a responsabilidade de fornecer demonstrativos, como já citado, que reflitam seus posicionamentos e jurisprudência dominante, conforme diz a lei:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Cabe, evidentemente ao órgão em posição inferior, refletir as decisões superiores, como no caso do Superior Tribunal de Justiça que, ao editar manifestação, deve ser seguido pelos tribunais inferiores e pelas varas nas comarcas em geral.

Não se pode entender que, com tais emendas, o soneto esteja perfeito, haja vista as mudanças repentinas de posicionamento dos próprios tribunais, principalmente, influídas por mudança na composição da corte ou do tribunal.

Para evitar tais alterações é que, a doutrina e os demais juristas vêm reforçando a mudança de entendimento exteriorizada, isto é, o cancelamento de Súmula, Precedente Normativo ou Orientação Jurisprudencial, seja feito somente após o amadurecimento da tese em vários casos concretos, garantindo uma transição sem surpresa e com segurança jurídica no feito.

Além do caráter persuasivo, a Constituição Federal, mediante a emenda 45, fixou a vinculação da Súmula, para uso do Supremo Tribunal Federal. Tal orientação jurisprudencial tem o condão de expor as decisões da casa e firmar entendimento,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

vinculando diretamente os órgãos judiciais e órgãos da administração pública, conforme reza o texto:

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

### **3.4. O Incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR) e a Repercussão Geral**

Uma das inovações do Código de Processo Civil foi o Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, maneira sagaz que o legislador escolheu para assegurar que um julgado pudesse ter efeito sob diversos recursos pendentes sobre o mesmo assunto.

O Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva uniformiza a jurisprudência, eleva a segurança jurídica e traz celeridade ao judiciário, que suspende os demais processos assemelhados, para que, a resolução do vértice prismático, gere efeito sobre sua demanda.

Bem ensina Gonçalves:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

A vantagem do mecanismo é permitir ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça julgar uma só vez questão jurídica que, sem ele, teria de ser decidida inúmeras vezes. O resultado é desafogar os tribunais superiores, e assegurar solução uniforme, para as causas que versem sobre idêntica questão de direito. (Gonçalves, 2017)

Tal inovação, não deve ser confundida como certa aproximação do sistema brasileiro da Civil Law, com o sistema do direito costumeiro, o Common Law, pois, resta evidente que o avanço busca mais a segurança jurídica, meta em que todos os sistemas jurídicos se embasam.

O legislador, ao trazer as vinculações, faz remeter ao passado, onde a falha no entendimento sobre o império da lei, acabou por permitir atrocidades, necessitando humanizar o direito em sua essência, isto é, em sua principal face à sociedade, no caso, a Sentença.

O artigo 540-C do Código de Processo Civil, ao destacar esse instituto, objetivava dar autonomia aos tribunais mais próximos da realidade social, para, se notassem a repetitividade em determinado assunto em recurso, selecionarem e enviarem ao Tribunal Superior, cabendo ao Tribunal solucionar equanimemente os casos.

Wambier traz à baila um ponto demasiado importante:

Não se pretende com isso (fixação da jurisprudência) a fossilização de entendimentos que se revelam separados. A produção jurisprudencial deve revestir-se de dinamismo que acompanhe as mutações que ocorrem no cenário social, político e cultural. (Wambier, 2016)

O que não se pode almejar é a sedimentação imutável dos julgados por matrizes que se fazem padrão de julgamento, tornando o julgador, dotado de emoções e sentimentos pessoais, uma máquina CNC programada para certas decisões.

No caso da Repercussão Geral, se encontra previsão legal no artigo 1.035 do Código de Processo Civil, que de forma sintetizada o próprio Supremo Tribunal Federal define:

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

#### FINALIDADES

- Delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.
- Uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

Se busca, com a estabilidade, fazer uso do que é chamado em outras palavras de Ciência do Direito, isto é, da jurisprudência em favor de um equilíbrio social, que mantenha os julgamentos próximos da realidade, mais que a pura lei, mas, não tanto que se imiscua na parcialidade.

A vinculação das Súmulas do Supremo Tribunal Federal tem realizado forte uniformização dos entendimentos, não em todo, mas pelo menos em partes antes controversas pela área jurídica.

Se faz necessário que, não somente se editem Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos, mas que os tribunais inferiores não ajam ao arrepio destas, tornando letra morta os julgados superiores.

Para título de exemplo, tivemos no Brasil uma sequencial mudança de entendimento acerca da questão da possibilidade da prisão após condenação em segunda instância. Não há quem diga que tais alterações jurisprudenciais foram saudáveis ao sistema jurídico nacional, mas só trouxe instabilidade, tanto para juristas, como para pacientes à época com HCs ou outros recursos pendentes.

Cabe destacar o pensamento do professor Miguel Reale que, em sua obra, destaca importância da estabilidade jurídica, em especial no sistema recursal, como equilíbrio do direito. Mas que acaba por defender que a jurisprudência nem sempre é perfeita.

Ensina, o douto professor, que observar falhas na jurisprudência pode ser até mesmo comum, por isso, o advogado tem a dever de enfrentar, quer juiz, quer desembargador ou ministro e provar que tal jurisprudência não corresponde à realidade, formando falso entendimento de que aquilo se refere a praticidade da sociedade.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

Diz ainda o professor que, a grandeza do advogado está em, observando falhas na jurisprudência, altera-la quando for clamor jurídico, mesmo que tenha que enfrentar a resistência do comodismo. Diferente da lei, a jurisprudência tem como pressuposto a adaptação aos casos de fato, não meramente aos abstratos.

Resta claro que a jurisprudência fixa-se como reflexo vivo do direito, atende a segurança jurídica de seus postulantes, ao passo que mantém firmeza em estar próxima a realidade e a justiça.

#### 4. DE MAGISTRADO A LEGISLADOR EM UMA SENTENÇA?

##### 4.1. Protagonismo judiciário e a globalização

Muitos ao observar as instituições democráticas, principalmente no Brasil, chocam-se ao observar que as principais demandas e os principais debates da sociedade são fruto de decisões judiciais. Não se observa o debate do congresso com tanto anseio como se contabiliza os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Na prática, a sociedade moldou suas necessidades, moderando o sistema *civil law*, em sua forma tradicional, para se aproximar de uma celeridade de respostas advindas do judiciário. Nesse sentido, Nogueira ensina:

Diante das colossais estatísticas sobre a quantidade de processos que tramitam pelos numerosos órgãos judiciais do país (realidade que também se observa, com maior ou menor intensidade, em todos os demais), fica-se com a nítida impressão de que vivemos o cenário descrito em Hobbes de uma guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*). (Nogueira, 2009)

Assuntos como prisão em segunda instância, privatizações de estatais e outros temas, não deveriam ser frutos da reflexão legislativa, mas do debate dos titulares da representação popular, isto é, o Congresso Nacional.

Depois de analisar as estruturas da vinculação judiciária, alcança-se um problema social de reflexos institucionais, se o congresso não pode cumprir a produção de leis e repostas à sociedade, opta-se pela vinculação dos precedentes, e outorga, tacitamente, ao judiciário poderes de sanar e estancar as crises da democracia.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

Muito distante, o sistema brasileiro, se encontra da estrutura common law; tal sistema por séculos formou-se, tendo em sua essência a própria história das nações que o tem como padrão.

Mauro Cappelletti (1993) aborda esse tema reafirmando que existe uma chamada “convergência evolutiva”, fruto da globalização, interação dos sistemas e do modus operandi de cada nação com relação ao objeto justiça, como diz o autor:

Esta aproximação cada vez maior das tradições jurídicas tende à formação de sistemas jurídicos híbridos, dotados de conceitos, valores e fundamentos adequados à nova realidade social resultante do processo de globalização.

A principal característica deste fenômeno está relacionada à forma de interpretar e aplicar o direito, uma vez que nos países criados sob a estrutura de civil law é possível observar mudanças quanto à visão que se tem sobre o direito. Este não mais é visto somente baseado em seus códigos, abrindo espaço para discussões baseadas em casos concretos.

Também na tradicional common law verifica-se o crescente aumento na produção legislativa, que aliado à novas formas de decisões judiciais, passa a operar com conceitos e fundamentos antes próprios do sistema romano-germânico.

Neste contraste se destacam dois fenômenos, um interno e outro externo, relacionados com o mesmo cenário. O primeiro, interno, é o descontentamento e falta de respostas por parte das instituições legislativas, base de produção da Civil Law. O fenômeno externo se faz presente na, já citada, globalização e interações com outros sistemas de direito.

Em complemento, lembra-se aqui da teoria desenvolvida por Hart. O magistrado e filósofo britânico, já mencionava que haveria um determinado “poder discricionário judicial”, que atuaria naqueles casos concretos em que o direito se apresenta como parcialmente indeterminado ou incompleto.

Ou seja, nos casos em que a decisão não é ditada pelo direito. Em tais casos, “juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido...” (HART, 2007). Nesse sentido, se considerarmos o direito parcialmente



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

indeterminado ou incompleto, caberia ao juiz preencher lacunas exercendo um poder discricionário.

#### **4.2. O *Restatement of Law brasileiro* e a mitigação da *Civil Law***

Para definirmos esse instituto, trazido ao debate brasileiro pela primeira vez pelo Ministro Victor Nunes Leal, o professor Gilmar Ferreira Mendes (2020) define: “O *Restatement of Law* é uma consolidação da jurisprudência realizada por advogados, juízes e professores americanos, com o objetivo de conferir segurança jurídica ao estudo da aplicação dos precedentes.”

O Ministro Nunes Leal, ao estudar tal instituto norte-americano, teve por objetivo assentar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme já citado nesse artigo. Encontra-se, entretanto, duas objeções principais.

A primeira residia da natureza particular das consolidações, isto é, carecendo de natureza legislativa, sendo assim, teria sua eficácia reduzida ao mero comentário doutrinário, sendo sanada, para o direito à época, somente se convertido em Códigos ou outros frutos legislativos.

A segunda residia no caráter interpretativo do direito vigente, estabelecendo padronizações que, em regra, se tornariam prospectos de seu tempo, dentro em logo se tornando anacrônicos para a aplicabilidade.

O Supremo Tribunal Federal arcou com altos preços por não dispor de métodos para limitar acesso a recursos, ou para uniformizar sua jurisprudência. As demandas similares comprometeram sua celeridade, conforme demonstrado pelo periódico *Gazeta Mercantil* em 1996:

O efeito vinculante conta com o apoio dos Ministros do STF, que consideram a medida como uma reforma de aperfeiçoamento do sistema judicial” para os “casos repetitivos” que, segundo pesquisa, naquele Tribunal, entre outubro de 1989 e março de 1995, ocorreram em cerca de 70% do número de processos ali tramitados.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

Foi com fulcro nesses sintomas que o judiciário aceitou a mitigação da clássica civil law rumo a aceitação do respeito aos precedentes e das mediadas citadas nesse artigo, que acabaram por dar ao judiciário certa dose de autonomia legislativa.

Morais (2003) defende, em sua obra, a construção histórica da aproximação ou “adaptação” do sistema *common law* à realidade brasileira:

A instituição da Súmula Vinculante, pela EC nº 45/04, corresponde à uma tentativa de adaptação do modelo *common law* (*stare decisis*) para nosso sistema romano-germânico (*civil law*). A EC nº45/04 não adotou o clássico *stare decisis*, nem tampouco transformou nosso sistema *civil law* em *common law*, porém permitiu ao Supremo Tribunal Federal de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após a reiteradas decisões sobre a 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 ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Moraes, 2003)

Não se considera, efetivamente, a lei como fonte primária e exclusiva do direito, pois, conforme dito alhures, a lei é forma inanimada do direito, sendo necessária a interpretação, e, para tanto, é imprescindível impor limites ao critério de interpretação, insurgindo, portanto, a eficiência prática da vinculação dos precedentes e do respeito para com a jurisprudência.

Ao abordar as fontes do direito, o professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves, traz a seguinte análise:

Com a nova lei (EC/45 e CPC/2015), que adotou o sistema de precedentes vinculantes, pode-se afirmar que o nosso sistema, embora ainda predominantemente embasado na *civil law*, passou a ser, de certa forma, híbrido, já que tal como nos países da *common law*, os precedentes e súmulas vinculantes se erigem em verdadeira fonte formal do direito. (Gonçalves, 2017)

O sistema jurídico pátrio firmou seu Norte ao caminhar para a estabilidade jurídica, mesmo que isso limite o efeito criativo da jurisprudência ou mesmo do magistrado. Súmulas Vinculantes, Súmulas persuasivas, Súmulas Impeditivas, além de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

institutos como Recurso Repetitivo e Repercussão Geral, são exemplos claros das luzes da *stare decisis* na aurora da estabilidade jurídica.

## 5. CONCLUSÃO

O Brasil contemporâneo não comporta mais a interpretação clássica da lei como fonte primária e tendo como escopo de decisão o livre convencimento do juiz, portanto, necessita-se de parâmetros limitadores, que sedimentem a estabilidade das decisões, quer monocráticas, quer colegiadas.

Nem tampouco se pode defender uma transição para o sistema de construção jurisprudencial, haja vista a fixação cultural desse sistema, ainda longe da realidade dos juristas e acadêmicos brasileiros.

O sistema híbrido, defendido pelo professor Gonçalves (2007), parece-nos mais próximo a uma realidade contemporânea, tal qual, também explicaria o enfoque midiático para as decisões advindas do Supremo Tribunal Federal, onde, munidos de decisões favoráveis, as partes podem pleitear a seu favor em instâncias inferiores.

A cultura jurídica parece ter observado a repercussão das decisões dos tribunais superiores, ademais pelos dispositivos trazidos em legislações recentes, não mais se encaram como magistrados individuais, mas como parte de um todo e essa caminhada tende a afinar, passo a passo, as decisões pelo país.

Esse efeito criativo não macula sua característica de amante da lei positiva, mas, pelo contrário, estabiliza, de forma a manter sua aplicação mais próxima a realidade social, tendo a maior efetividade na comunidade onde é aplicada.

O professor José Afonso da Silva (1982) define em sua monografia que há uma diferença entre a efetividade e eficácia; a eficácia está relacionada ao processo de criação legislativa, já a efetividade, está entrelaçada a aplicação real, onde a lei pura nem sempre se consagra, necessitando, pois, da modulação da jurisprudência.

Essa efetividade muito se relaciona com a teoria de Heller, conforma supracitado, e, por isso, o respeito aos precedentes cria uma estabilidade real do direito, uma estabilidade efetiva, indo além da estabilidade teórica, fruto da eficácia do direito.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

Mesmo que intramuros o direito fosse aplicado sem qualquer tipo de vinculação ou respeito aos precedentes, e isto fosse prático culturalmente, a globalização do direito faz com que os precedentes e as características de outras nações adentrem aos sistemas, e exijam uma estabilidade comum.

Por fim, é possível concluir que, embora não seja o Brasil um país de tradição anglo-saxônica, a jurisprudência é forte aliada e colabora para uma estabilidade real e efetiva do direito, respeita-la é tornar o Brasil um país de precedentes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Arménio Amado – Editor – Coimbra – 1942.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil, volume 2, 11ª edição – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 11ª edição. Tradução de J. Baptista Machado. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. 8ª Ed. São Paulo Saraiva, 2017.

GRAU, Éros. Ensaio e discurso sobre a interpretação do direito, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 30-31; 81-82

HELLER, Hermann. Teoria do Estado. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 2001.

HART. Herbert L.A. O conceito de Direito. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2007

LARENZ. Karl. Metodologia da ciência do Direito. 8ª edição. Tradução de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2019. p. 627.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. Imprensa: São Paulo, SaraivaJur, 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do espírito das Leis. Tradução Roberto Leal Ferreira – São Paulo: Martin Claret – 2010.

<https://doi.org/10.20873/ufv.2359-0106.2024.v11n2.p340-360>

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito / André Franco Montoro. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016

MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil - Volume único, 8 edição – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

NOGUEIRA, Alberto. Ob. Cit. Viagem ao Direito do Terceiro Milênio. p. 47 2009

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. 8ª Ed. São Paulo Saraiva, 2017.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. Preliminares Históricas e Sistemáticas, São Paulo, Edição Saraiva, 1968.

RODRIGUES, Silvio, 1917. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Jose Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2 Ed. - São Paulo - Revista dos Tribunais. 1982.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, volume 2 – 16. Ed. Reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.