



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA
SEGURANÇA JURÍDICA E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL NA TRADIÇÃO
ROMANO-GERMÂNICA

Lucas Pacheco Carneiro

Rio de Janeiro
2019

LUCAS PACHECO CARNEIRO

OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA
SEGURANÇA JURÍDICA E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL NA TRADIÇÃO ROMANO-
GERMÂNICA

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Neli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL NA TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA

Lucas Pacheco Carneiro

Graduado pela Universidade Candido Mendes.
Advogado.

Resumo - o sistema de precedentes judiciais positivado no Código de Processo Civil de 2015 representa uma conformação de nosso ordenamento jurídico aos princípios da igualdade e segurança jurídica, promovendo ainda a pacificação social. O presente trabalho busca analisar a compatibilidade da matriz jurídica do *civil law*, tradicionalmente praticada no Brasil, com um instituto advindo do direito anglo-saxônico, caracterizado pelo prestígio conferido ao precedente fixado pelo magistrado. Como instrumento nuclear do sistema de precedentes encontra-se o *stare decisis*, consubstanciado na obrigatoriedade do magistrado em atender às decisões fixadas pelos tribunais acerca de determinada matéria. A elevada carga valorativa conferida pelo legislador ao precedente judicial não importa ruptura do princípio da separação dos poderes, cujo enfoque deve se dar à luz do constitucionalismo moderno, que admite sua flexibilização.

Palavras-chave – Direito processual civil. Precedentes judiciais. Código de Processo Civil. Tribunais superiores.

Sumário – Introdução. 1. A cultura jurídica brasileira e o desafio da compreensão dos precedentes judiciais como ferramenta com ela compatível. 2. Os tribunais superiores e o *stare decisis* como ferramenta de pacificação social e estabilização dos entendimentos jurisprudenciais. 3. O papel da doutrina processual civil na estruturação teórica dos precedentes judiciais em nossa cultura jurídica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa utilização dos precedentes judiciais como ferramenta de efetivação da segurança jurídica em nosso ordenamento, sob o enfoque da tradição romano-germânica. Faz-se necessária a superação de uma ideia de preponderância positivista sobre a força dos julgados de nossos tribunais. Nessa linha, o presente trabalho busca ainda expor que o direito positivado se harmoniza com aquele que prestigia mais a força dos julgados como fonte de normas jurídicas.

Para isso, lança-se mão de bibliografia referente ao tema em estudo, para que se possa entender como pensa hoje a doutrina brasileira sobre os precedentes judiciais e como pensava

tradicionalmente. É certo que se trata de um tema novo para os processualistas, que ganhou enorme prestígio com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e requer uma adequação à nossa cultura, de modo que os julgados de nossos tribunais ganhem renovada força. Considerando o assoberbamento de nossos Tribunais, especialmente dos Superiores, com processos que veiculam a mesma matéria, e o reconhecimento da jurisprudência como fonte de direito apta à unificar decisões repetitivas, pode-se afirmar que o direito praticado no Brasil é de matriz unicamente romano-germânica ?

Há controvérsia sobre o tema em nossa doutrina, sobretudo do ponto de vista cultural, pelo que a análise que se empreende aqui inclui a de adequação da tradição jurídica brasileira com aquela de países como Estados Unidos da América e Inglaterra.

Para melhor compreensão do tema, se analisa o conceito de *stare decisis* e sua importância para que o sistema de precedentes judiciais alcance seus dois objetivos principais, quais sejam, a efetivação da isonomia e da segurança jurídica, mormente quando versar a questão sobre matéria repetitiva. Enfoca-se a força desse princípio legal que, em um sistema prestigiador dos precedentes judiciais como busca ser o nosso, é de necessária observância pelos magistrados.

O primeiro capítulo desta pesquisa apresenta a possibilidade de harmonização entre as escolas jurídicas romano-germânica e anglo-saxônica, apontando a necessidade de utilização dos precedentes judiciais, que é instituto jurídico oriundo dessa segunda escola, como ferramenta de pacificação jurídica e social.

No segundo capítulo do trabalho, segue-se para a ponderação sobre aplicação do *stare decisis* pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para o alcance da pacificação social e unificação interpretativa das normas, sem que isso se transforme em atividade legiferante, vedada ao Poder Judiciário.

O terceiro capítulo encerra o estudo ao defender que se construa em nosso ordenamento jurídico teorias explicativas do sistema de precedentes judiciais criado pelo legislador ordinário quando da edição do Código de Processo Civil de 2015. Aborda-se a necessidade dessa construção teórica para que se conclua que a valorização da fonte jurídica jurisprudencial se coaduna com o direito brasileiro, reconhecidamente fundado em terreno legalista.

A presente pesquisa científica é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que se busca eleger um conjunto de hipóteses, as quais o autor crê serem viáveis e adequadas ao cotejo do objeto da pesquisa, com a intenção de comprová-las ou rechaçá-las de forma argumentativa.

Para esse fim, a abordagem do objeto da presente pesquisa jurídica é qualitativa, tendo em vista que o pesquisador lança mão de bibliografia atinente ao tema à matéria em análise, bem como da legislação pertinente ao seu estudo.

1. A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA E O DESAFIO DA COMPREENSÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FERRAMENTA COM ELA COMPATÍVEL

O direito brasileiro é compreendido historicamente como fruto da escola romano-germânica, cuja característica marcante é o prestígio à lei positivada. O apego à legislação escrita na cultura jurídica nacional é resquício do período que sucedeu a Revolução Francesa, em que se verificou a necessidade de assegurar a liberdade e a autonomia dos indivíduos. Nesse contexto histórico se erigiu a separação de poderes como mecanismo intrínseco à estabilidade do Estado. O Poder Legislativo cria a lei, o Poder Executivo a executa e o Poder Judiciário a aplica ao caso concreto.

Essa era a lógica absoluta que norteou o direito brasileiro, sobretudo o ramo processual, durante todo o século XX e início deste século. O artigo 126 do Código Civil de 1973 estabeleceu a lei como fonte primária e única do direito, conferindo à atuação jurisprudencial caráter meramente subsidiário. Do espírito dessa codificação se extraía que aos juízes era atribuída a tarefa única de aplicar a lei ao caso concreto, interpretando-a sem modificar seu propósito.

Essa dogmática foi -e ainda é - entoada pacificamente pela doutrina processualista no Brasil. Enxergava-se que o direito processual brasileiro não haveria de se adaptar a criações da escola jurídica anglo-saxônica, como são os precedentes judiciais. Nesse contexto a princípio adverso, advertia José Carlos Barbosa Moreira ¹:

No caso de nosso país, o máximo de cuidado há de ser posto justamente na abertura das portas jurídicas aos produtos vindos dos Estados Unidos, dada a notória diferença estrutural dos dois sistemas o brasileiro, de linhagem européia continental, com o predomínio das fontes escritas, e o norteamericano, muito mais afeiçoado à formação jurisprudencial do direito. Devo declarar com absoluta sinceridade, por exemplo, acerca da atribuição de eficácia vinculativa a precedentes judiciais, que a julgo

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 9.

conatural a este último sistema, enquanto me parece duvidoso, para dizer o menos, que se harmonize com aquele.

Contudo, estudos desenvolvidos em sistemas jurídicos diversos revelaram que o precedente judicial não é mais enxergado como instituto exclusivo da chamada *common law*:

Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmos os de *civil law*. Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha sido no passado – qualquer valor descritivo. Na *civil law* se faz amplo uso à referência da jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, ‘codificadas’.²

Esse prestígio exacerbado dado à lei escrita pelo legislador de 1973 se provou um equívoco, à medida que os tribunais ficaram cada vez mais assoberbados, lidando na imensa maioria das vezes com demandas repetitivas. Não anteviu a legislação processual que se faria necessária a criação de mecanismos processuais capazes de dirimir tais demandas, estabilizando decisões e uniformizando a aplicação da lei em casos idênticos.

Verificada pelo legislador a necessidade de estabelecer mecanismos legais para remediar o excesso de processos na Justiça e a insegurança jurídica, se estabeleceu na legislação o julgamento com base em precedente do próprio juízo e o julgamento com base em recursos especiais e extraordinários repetitivos. Em que pesem essas alterações salutares, à legislação então vigente faltava profundidade, o que viria a ser corrigido pela Lei nº 13.105 de 2015, que criaria um verdadeiro sistema e precedentes.

Precedentes judiciais, nessa linha de intelecção, podem ser entendidos como fruto da densificação de normas entabuladas após a compreensão de determinado fato e das circunstâncias que lhes são particulares. Ao aplicar ao caso determinada razão de decidir elaborada anteriormente, tem-se o chamado *leading case*, do qual se extrai um núcleo, que será aplicado a casos posteriores. Esse núcleo é chamado de *ratio decidendi*, o elo comum aos casos análogos a serem julgados pelos tribunais. Segundo Cruz e Tucci³:

² TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. São Paulo: RT, 2011, p.140.

³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.11.

Seja como for, é certo que em ambas as experiências jurídicas os órgãos judicantes, no exercício regular de pacificar cidadãos, descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim, núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um precedente judicial. O alcance deste somente pode ser depreendido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente nasce então como uma regra e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos.

Elucidativo é ainda o conceito dado por Fredie Didier Jr.: “Decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior”⁴. Quanto à sua finalidade, os precedentes judiciais podem ser compreendidos como uma consequência particular, erigida ao status de regra jurídica para nortear atuação jurisdicional.

Para que possam atingir seu objetivo, importa a verificação de certos elementos essenciais, quais sejam, um caso concreto, um princípio ou um dispositivo legal que embasem a decisão e a própria argumentação empregada no desenvolvimento do precedente. A agregação desses elementos permite a construção de uma estrutura processual inovadora, mas perfeitamente compatível com nossa tradição jurídica, de matriz romano-germânica.

Sobre a compossibilidade do sistema de precedentes judiciais com o direito positivo, À luz das inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, elucida Miranda de Oliveira⁵:

Com a ampliação do direito jurisprudencial e agora com a positivação de um sistema de precedentes, é inegável (...) que houve uma aproximação dos sistemas. Mas essa aproximação não constitui uma abrupta ruptura com a tradição brasileira de direito codicista. O que está ocorrendo, na verdade, é uma interpenetração, sem transmutação.

Há, portanto, de ser superada a visão de que os precedentes judiciais são uma espécie de importação do direito inglês ou americano, mas uma ferramenta hodiernamente universal para a efetivação da segurança jurídica e da isonomia aos jurisdicionados e à sociedade como um todo.

É inarredável a conclusão de que o complexo jurídico criado pela nova codificação processual é firme na intenção de vedar ao magistrado decidir de maneira diferente quando o caso com que se defronta possui um precedente a ser aplicado, seja fruto de enunciado sumular,

⁴ DIDIER Jr.; Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 43.

⁵ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *A força das decisões judiciais*. São Paulo: Revista de Processo, 2013, p. 3.

acórdãos em resolução de demandas repetitivas ou outro correlato. Com efeito, o legislador infraconstitucional de 2015 quis tornar a jurisprudência fonte formal do direito, retirando da lei a exclusividade conferida tradicionalmente.

A evidência mais notável dessa alteração de paradigma é a criação dos chamados precedentes vinculantes, estabelecidos em rol do artigo 927 do Código de Processo Civil. Diz a lei que os juízes e tribunais “observarão” o rol disposto. Ora, o termo citado não tem o condão de sugerir ou de facultar ao magistrado observar ou não os precedentes elencados, mas de determinar que se observem obrigatoriamente aqueles precedentes. Daí decorre a vinculação.

Anote-se a explicação de Alexandre Freitas Câmara ⁶ acerca da controvérsia:

É que a eficácia vinculante não resulta do disposto no art. 927 do CPC. E é equivocado, data vênua, pensar que tal eficácia resultaria do fato de que o texto normativo do caput desse dispositivo afirma que juízes e tribunais observarão o que consta dos incisos do aludido artigo de lei. A exigência, contida no caput do art. 927, de que os órgãos jurisdicionais observarão o que ali está elencado indica, tão somente, a exigência de que tais decisões ou enunciados sumulares sejam levados em conta pelos juízes e tribunais em suas decisões. Em outras palavras, o art. 927 cria, para juízes e tribunais, um dever jurídico: o de levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do art. 927. Daí não resulta, porém, qualquer eficácia vinculante. Esta, quando existente, resultará de outra norma, resultante da interpretação de outro dispositivo legal (e que atribua expressamente tal eficácia).

Doutra banda, há a posição de Ronaldo Cramer ⁷, para quem os precedentes elencados nos incisos do art. 927 são, inequivocamente, vinculantes. Segundo o autor:

Com já dito, se é certo que, diante da nova hermenêutica jurídica, a interpretação do legislador não mais determina o que é a norma, também me parece correto que essa vontade não pode ser completamente desprezada. A interpretação se dá sobre um texto, que não foi gerado de forma autômata, sem nenhum tipo de intenção. O texto legal é obra de vontade, e esta vontade tem que ser pelo menos levada em conta no processo de interpretação da norma. Não é possível encontrar qualquer significado normativo no texto legal, desconsiderando as intenções que o produziram.

Acertada essa última visão, uma vez que clara a intenção legislativa de elevar a jurisprudência a novo patamar normativo, excluindo-se uma visão unicamente persuasiva dos precedentes. Com efeito, não há que relativizar o poder dos precedentes chamados vinculantes

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 434.

⁷ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 190.

estabelecidos pela legislação de 2015 se o que se busca, na sistemática moderna, é fortalecer tais decisões.

2. OS TRIBUNAIS SUPERIORES E O STARE DECISIS COMO FERRAMENTA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E ESTABILIZAÇÃO DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Na matriz jurídica do direito consuetudinário, a previsibilidade nos provimentos judiciais é um dos pilares da segurança jurídica e do tratamento isonômico que se deve dispensar aos jurisdicionados que se encontrem em situações jurídicas semelhantes. O *stare decisis*, sistema consagrado no direito norte-americano, recebeu salutar atenção do legislador infraconstitucional por ocasião do Código de Processo Civil, lei que privilegia os postulados da já citada previsibilidade do Direito, da isonomia e da segurança jurídica.

A teoria jurídica do *stare decisis*, abreviação do termo latino *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser traduzido como "mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido", surgiu na Inglaterra, no século XIX, quando a Câmara dos Lordes concluiu que o precedente judicial passaria a ostentar natureza autovinculativa, além da vinculação externa, alcançando todos os juízos de grau inferior. A doutrina convencionou chamar esse fenômeno de eficácia vertical do precedente.

A esse respeito leciona Luiz Guilherme Marinoni ⁸:

A técnica da eficácia vinculante da fundamentação se funda na ideia de que, na decisão, não só o dispositivo, mas também os fundamentos devem adquirir estabilidade, devendo, por isto, ser realçados e externados com eficácia vinculante. A eficácia vinculante da fundamentação, indiscutivelmente essencial para o tribunal constitucional cumprir o seu papel, é uma técnica jurídico-processual que tem como premissa a importância de respeito aos precedentes e aos seus fundamentos.

A teoria do *stare decisis*, então, por representar imposição ao magistrado de obediência ao que foi julgado anteriormente, quando se deparar com caso que guarde identificação com

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade: A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 1010.

outro já analisado, é a base fundamental para o sistema de precedentes judiciais implantado no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa obediência que a lei prescreve ao precedente consolidado deve ser analisada sob dois enfoques, quais sejam, o da *ratio decidendi* e do *obter dictum*, elementos que compõem o precedente judicial.

A noção de *ratio decidendi* relaciona-se aos fundamentos nucleares que integram a decisão judicial formadora de precedente. Pode ser entendida como a razão de decidir, a partícula decisória fundamental, que não se confunde com o resumo de toda a fundamentação exarada pelo magistrado. O Código de Processo Civil de 2015 faz uso da denominação "fundamentos determinantes" em dois dispositivos - art. 489, § 1o, V e art. 979, § 2º - consolidando e prestigiando a *ratio decidendi* como o núcleo determinante da vinculatividade do precedente.

Nessa linha é a lição de Alexandre Freitas Câmara ⁹:

Deve-se considerar como fundamentos determinantes de uma decisão aqueles fundamentos da decisão judicial colegiada que tenham sido expressamente acolhidos ao menos pela maioria dos integrantes da turma julgadora (FPPC, enunciado 317). Outros fundamentos, que não contem com a expressa adesão pelo menos da maioria dos juízes que integram o colegiado não são determinantes e, por isso, não têm eficácia vinculante. É neste ponto que nasce a diferença entre a *ratio decidendi* e o *obter dictum*.

Conclui-se daí que, na formação de precedentes pelo colegiado, a vinculação se constrói a partir de um fundamento jurídico determinado e não a partir de um capítulo decisório inteiro. Tal razão fundamental se comporá de um encadeamento lógico acerca da matéria jurídica posta e de um juízo decisório a respeito dela.

A partir da compreensão da *ratio decidendi* ou, razão fundamental, conforme exposto na legislação processual vigente, importa analisar sua otimização pelos tribunais superiores, que exercerão papel fundamental para que se promova a adequação desse instrumento de origem consuetudinária em nosso ordenamento predominantemente positivista.

De modo que o novo sistema de precedentes criado pelo legislador de 2015 possa adquirir, na prática, a cogência que a lei lhe atribui, se faz necessária uma mudança de entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras, até hoje tão afeitas à sistemática positiva que permeia o chamado *civil law* prevalente no Brasil. A abertura de nosso

⁹ CÂMARA, op. cit., p.439.

ordenamento ao uso de institutos da *common law* não significa um abandono de nossa tradição jurídica, mas indica a necessidade de conformações eminentemente culturais.

Nesse sentido é a reflexão de Rubens Glezer¹⁰:

A implementação de um sistema de precedentes é menos uma questão de transplantes e inovações institucionais e mais uma questão de cultura jurídica. Para que precedentes e suas *rationes* tenham algum tipo de autoridade normativa é preciso que a comunidade jurídica o trate dessa forma. A circularidade sobre esse ponto é apenas aparente. Como bem apontou John Searle, quando tratamos de fatos do mundo que existem em uma dimensão muito mais social do que fática, como “dinheiro”, “excesso de velocidade”, “fronteiras” e o “sistema métrico”, seu fundamento está em convenções sociais.

O papel de liderar esse processo de alteração paradigmática é dos tribunais superiores, a quem incumbe, institucionalmente, garantirem a estabilidade e integridade de sua jurisprudência. Não se busca dizer que o sistema de precedentes foi inaugurado com a edição do CPC de 2015 e se trata de área cinzenta, não antes perscrutada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. O que acontece é que tais tribunais são acostumados a lidar com precedentes judiciais de ordem persuasiva, ou seja, aqueles cuja aplicação pelo magistrado é facultativa.

O que se verifica atualmente é um movimento de verticalização dos precedentes, em resposta à tradicional visão horizontal, pautada pelo já mencionado caráter persuasivo que podem assumir. O escopo dessa estratificação dos precedentes transcende a necessidade de otimizar e agilizar a prestação jurisdicional, buscando também promover a necessária adequação do direito civil ao mecanismo de vinculação dos precedentes.

A recepção de um sistema de precedentes vinculantes, com força cogente, amplifica o poder do juiz diante do caso concreto, exigindo, todavia, atuação criteriosa e ética à luz do caso concreto, por meio da *ratio decidendi* e da pormenorizada explicitação dos motivos da adequação do caso ao precedente firmado, de modo que se preserve os limites de atuação jurisdicional, em compasso com a separação dos poderes.

O princípio da separação de poderes, sob o enfoque do constitucionalismo moderno, há de ser visualizado como uma conquista social ante eventuais expedientes tirânicos e centralizadores do Estado. A (in)adequação do sistema de precedentes judiciais a esse contexto jurídico, histórico e cultural deve ser cotejado com base nas vicissitudes experimentadas pela sociedade.

¹⁰ GLEZER, Rubens. *Ratio decidendi*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidendi>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

É nessa linha a observação de Gilmar Ferreira Mendes ¹¹:

O princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes teorias constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Nesse contexto de ‘modernização’, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se dentro da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei– bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.

A matéria, toda via, não é imune a controvérsias doutrinárias. Há corrente que defende a inconstitucionalidade do sistema a de precedentes, ao argumento de este viola a cláusula pétrea da separação de poderes. Admitir a vinculação de precedentes judiciais, portanto, seria admitir atuação legiferante do poder judiciário.

Assim entende Ingo Sarlet ¹²:

[A] eficácia futura, geral e abstrata, prevista no Projeto, transforma o Judiciário em legislador, em afronta ao princípio da separação dos poderes. Recorde-se, a propósito, que a súmula vinculante foi introduzida no Brasil por emenda constitucional, o que poderá ser um argumento a reforçar tal entendimento. Por outro lado, é possível argumentar que se o problema é o de atribuição de funções de legislador positivo ao Poder Judiciário, este problema se verifica igualmente no caso da súmula vinculante do STF instituída por emenda constitucional que, por violar ‘cláusula pétrea’ (separação dos poderes) também seria inconstitucional, embora isso não tenha sido reconhecido pelo STF, a despeito de ventilado por setores da doutrina por ocasião da discussão e aprovação da assim chamada Reforma do Judiciário, no bojo da qual foi criada a súmula vinculante.

Com todo o respeito, tal entendimento não merece sustentação. Os precedentes e as súmulas vinculantes não servem para substituir as leis mas, ao contrário, para fortalecer sua interpretação e garantir a efetivação de outros preceitos constitucionais essenciais ao Estado de Direito, qual sejam, a isonomia e a segurança jurídica.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.

¹² SARLET, Ingo W. et al. *Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no projeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-de-uniformizacao-da-jurisprudencia-e-precedentes-obrigatorios-no-projeto-do-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

3. O PAPEL DA DOCTRINA PROCESSUAL CIVIL NA ESTRUTURAÇÃO TEÓRICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS EM NOSSA CULTURA JURÍDICA

A normatização do sistema de precedentes judiciais inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 representa uma alteração na percepção e na abordagem do direito processual brasileiro. O paradigma tradicional, a matriz positiva fulcrada no *civil law* é desafiado por um instituto jurídico "importado", prestigiador da atuação judicante na resolução de casos que, apesar de já ter, há algum tempo, traços em nosso direito (veja-se a previsão constitucional de elaboração de enunciados de Súmula Vinculante, trazida com a Emenda Constitucional n° 45 e a técnica de julgamento de casos repetitivos, positivada no Código de Processo Civil), somente passou a integrar a ordem processual de forma mais aprofundada a partir da legislação de 2015. Já foram abordados no presente trabalho as vantagens da adoção de um sistema legal de precedentes, mais notadamente a isonomia e segurança jurídica que proporcionam. Contudo, a doutrina processualista aponta alguns entraves causados pela novel legislação. O sistema de precedentes desafiaria as peculiaridades da prática forense enfrentadas pelos diversos tribunais do Brasil, promovendo um "engessamento" do Direito, violando ainda o princípio do juiz natural.

Lênio Streck aponta para a criação de um realismo jurídico que sequer se refletiria no direito anglo-saxônico, notável pelo seu sistema de precedentes. Segundo o autor:

[...]penso ser arriscado defender um papel tão amplo — e poderoso — para as cortes superiores sem antes se ocupar de uma teoria da decisão jurídica, dos mecanismos de controle, públicos, intersubjetivos e da qualidade dessas decisões. Se a corte vai “normar”, parece-me ser sempre útil invocar, para demarcar as diferenças entre juiz e legislador, a distinção entre os argumentos de princípio (obrigatórios para os primeiros) e argumentos de política (no caso da tese dos precedentalistas, permitidos aos segundos).¹³

Um outro argumento apresentado pelos críticos ao sistema de precedentes é assentado numa suposta violação do princípio da separação de poderes. A atuação dos tribunais na confecção de precedentes judiciais, capazes de vincular a atuação de magistrados em grau hierárquico inferior, representaria afronta à atuação legiferante, constitucionalmente atribuída

¹³ STRECK, Lênio Luiz. *Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidendi>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

ao Poder Legislativo. Tal visão, contudo, é obsoleta, em vista da harmonização entre os poderes e do jogo de equilíbrio entre as instâncias.

Nessa linha de intelecção, esclarece Marinoni: "Na verdade, a doutrina esquece-se de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias de hoje, outra figura." ¹⁴

Ademais, não se deve admitir que a segurança jurídica é garantida unicamente pela lei positivada. A lei é inexoravelmente submetida à interpretação do magistrado no caso concreto, cabendo, ao fim e ao cabo, ao Poder Judiciário extrair a norma do texto legal. O cerne da questão encontra-se na interpretação, cuja estabilidade é fundamento da segurança jurídica que se reclama.

Segundo a teoria da legitimidade dos precedentes judiciais, conforme lição de Ronald Dworkin, se a determinado caso concreto for atribuído determinada interpretação, que se tornou norma naquela situação específica, tal interpretação deverá se estender aos casos posteriores que sejam idênticos.

Há ainda contestação, em sede doutrinária, a respeito do status do precedente judicial como fonte do direito. Tal indagação parte do pressuposto de que o precedente é uma ferramenta de uniformização interpretativa da própria lei, sendo dela dependente e a ela intimamente ligado. Contudo, o estabelecimento dos precedentes judiciais enquanto fonte do direito não decorre do caso concreto que originou o precedente ter sido resolvido da maneira "correta", mas deflui do fato de que a questão foi resolvida da forma que foi, com a obediência do magistrado aos ditames legais e constitucionais.

E é essa preocupação constitucional, fruto da atual fase do constitucionalismo, que fundamenta o *status* do precedente judicial como fonte de direito. A atuação jurisdicional que se percebe hodiernamente desborda do simples dever de dizer o direito aplicável ao caso concreto.

É nessa linha o entendimento de Haroldo Lourenço ¹⁵:

A lei (e sua visão codificada do século XIX) perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.55.

¹⁵ LOURENÇO, Haroldo. *Precedentes judiciais como fonte de direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <file:///C:/Users/lpcarneiro/Downloads/precedente_judicial_como_fonte_do_direito_algumas_consideracoes_so_b_a_otica_do_novo_cpc%20(2).pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. A função dos juízes, ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda no início do século XX, deixou de ser apenas atuar (declarar) a vontade concreta da lei, assumindo o caráter constitucional, possibilitando, a partir da judicial review, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Examinadas essas discordâncias, pendemos para a superação da ideia de que os precedentes devam, necessariamente, depender da lei como vetor de sua existência, posto que a atual sistemática processual, que consagra os precedentes judiciais e seu poder de fonte jurídica, é capaz de existir autonomamente.

Com efeito, o sistema de precedentes, qualquer que seja a matriz jurídica, decorre de gradual evolução cultural. Essa evolução deve conter a necessária separação conceitual entre precedente e *common law*.

Não há como negar que foi no ambiente jurídico da *common law* que nasceu o *stare decisis*, instituto já analisado no presente estudo. Sua gênese é compreendida pela marcante necessidade de garantir segurança jurídica em um ambiente social permeado pela aplicação dos costumes, em detrimento de legislação escrita. Todavia, a compatibilidade inegável do sistema de precedentes entabulado no Código de Processo Civil com a vivência jurídica brasileira afasta o entendimento de que precedente é sinônimo de *common law*.

Não há como negar que foi no ambiente jurídico da *common law* que nasceu o *stare decisis*, instituto já analisado no presente estudo. Sua gênese é compreendida pela marcante necessidade de garantir segurança jurídica em um ambiente social permeado pela aplicação dos costumes, em detrimento de legislação escrita. Todavia, a compatibilidade inegável do sistema de precedentes entabulado no Código de Processo Civil com a vivência jurídica brasileira afasta o entendimento de que precedente é sinônimo de *common law*.

O precedente não é o ponto de chegada, mas um norte, um ponto de partida, não se confundindo com o sistema de direito consuetudinário em si. Ao contrário do que ocorre em países como Estados Unidos, onde o sistema de precedentes judiciais não decorre de uma normatização positivada, a sistemática brasileira se funda em expressa prescrição legal.

A adoção sistemática dos precedentes judiciais demonstra uma preocupação do legislador infraconstitucional com ditames constitucionais, notadamente os já citados isonomia e segurança jurídica. A atual fase do constitucionalismo que vivemos denota uma notável perda da supremacia da lei positivada face à Constituição, seus princípios implícitos e explícitos.

CONCLUSÃO

O presente estudo abordou, de forma contextualizada, a tradição jurídica brasileira, tradicionalmente inspirada pela matriz romano-germânica, em que se privilegia a primazia da lei positiva em detrimento das construções judiciais efetuadas pelo magistrado à luz dos casos concretos. Foram analisadas ainda algumas das mudanças na lei processual brasileira que, de forma paulatina, passou a adotar instrumentos de estabilização jurisprudencial, em nome de princípios constitucionais basilares.

Dentre os fundamentos principais que fundamentam o sistema de precedentes consagrado no Código de Processo Civil de 2015 se destacam a preservação da isonomia e da segurança jurídica. A uniformização de entendimentos judiciais acerca de mesmas matérias se presta à pacificação de conflitos, que é corolário dos princípios supracitados, alcançando uma unidade interpretativa das normas jurídicas. Tal atuação, de caráter exegético, não deverá se confundir com uma suposta atividade legiferante por parte do Poder Judiciário. Extrair do texto legal a norma é atividade jurisdicional típica.

A estabilização social que se busca com a implantação dos precedentes judiciais é instrumentalizada no ordenamento por meio do chamado *stare decisis*, consagrado sobretudo no direito norte-americano. Do *stare decisis* decorre o que a doutrina convencionou chamar de eficácia vertical dos precedentes, que impõe ao magistrado obediência ao precedente fixado pelo tribunal.

O trabalho atentou ainda para os elementos que compõem o chamado *stare decisis*, quais sejam, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, sendo o primeiro o responsável pelo que será considerado como precedente. A *ratio decidendi* consubstancia os fundamentos determinantes, a tese fundamentadora do julgado que, posteriormente, se tornará precedente judicial. Assim, não será todo o julgado utilizado como precedente, mas apenas o fundamento crucial para a decisão produzida.

Confrontaram-se entendimentos doutrinários acerca da adequação dos precedentes judiciais à nossa ordem, mormente no que respeita ao princípio basilar da separação de poderes. Em que pese respeitável corrente que aponta para uma atividade legiferante do Judiciário, há que prevalecer que o princípio supracitado deve ser focado e flexibilizado à luz do constitucionalismo moderno, haja vista a atuação normativa conferida ao Executivo e também ao Judiciário.

A conformação do sistema de precedentes em nossa cultura jurídica depende de uma atuação doutrinária em que se afaste o paradigma tradicional de que a lei positivada é o provedor único de segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico. Importa aludir aos ensinamentos de Ronald Dworkin, para quem a interpretação fixada em um caso concreto, capaz de originar precedente, se torna norma a ser observada.

Ademais, há que ser reconhecida pelos estudiosos a separação conceitual entre precedente e *common law*. O fato de o primeiro advir do segundo não importa em falta de compatibilidade com o *civil law* tradicionalmente praticado no Brasil. Tal diferenciação é de suma importância para que se supere a desconfiança de setores doutrinários com a adoção do precedente judicial como ferramenta essencial à pacificação social e igualdade.

REFERÊNCIAS

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p.439.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2012.
- GLEZER, Rubens. *Ratio decidendi*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidingi>>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- LOURENÇO, Haroldo. *Precedentes judiciais como fonte de direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <[file:///C:/Users/lpcarneiro/Downloads/precedente_judicial_como_fonte_do_direito_algumas_consideracoes_sob_a_otica_do_novo_cpc%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/lpcarneiro/Downloads/precedente_judicial_como_fonte_do_direito_algumas_consideracoes_sob_a_otica_do_novo_cpc%20(2).pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.55.
- _____. *O precedente na dimensão da igualdade*. A Força dos Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.
- MIRANDA, Pedro de Oliveira. *A força das decisões judiciais*. São Paulo: Revista de Processo, 2013, vol. 216, p.13-34.
- SARLET, Ingo W. et al. *Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no projeto do novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-de-uniformizacao-da-jurisprudencia-e->

precedentes-obrigatorios-no- -projeto-do-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 24 fev. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. *Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes*. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em: 3 abr. 2019.

TARUFFO, Michelle. *Precedente e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2004, vol. 199, 2011, p.140.

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