



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PAPEL DO JUIZ COMO CRIADOR DE NORMA JURÍDICA INDIVIDUAL E A  
PRETENSA ESTABILIDADE DO SISTEMA DE UNIFORMIZAÇÃO DE  
JURISPRUDÊNCIA: ADVERSÁRIOS OU ALIADOS?

Gabriela Silva Fasano

Rio de Janeiro  
2020

GABRIELA SILVA FASANO

O PAPEL DO JUIZ COMO CRIADOR DE NORMA JURÍDICA INDIVIDUAL E A  
PRETENSA ESTABILIDADE DO SISTEMA DE UNIFORMIZAÇÃO DE  
JURISPRUDÊNCIA: ADVERSÁRIOS OU ALIADOS?

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

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2020

## O PAPEL DO JUIZ COMO CRIADOR DE NORMA JURÍDICA INDIVIDUAL E A PRETENSA ESTABILIDADE DO SISTEMA DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA: ADVERSÁRIOS OU ALIADOS?

Gabriela Silva Fasano

Graduada pela Faculdade  
Cenecista de Rio das Ostras.  
Advogada. Pós-graduanda em  
Direito Público e Privado pela  
Escola da Magistratura do Estado  
do Rio de Janeiro.

**Resumo** – desde a aprovação do atual Código de Processo Civil, percebeu-se entre os estudiosos uma tendência do código – apesar de o Brasil adotar a *civil law* – de aproximação com o sistema de precedentes (*common law*) adotado pelo ordenamento americano. Sendo assim, com a maior valorização desse sistema, trazida pelo atual Código de Processo Civil, torna-se relevante a discussão dos contornos que traz essa sistemática. O trabalho pretende fazer uma análise de como funciona ou intenciona funcionar o atual sistema processual brasileiro, e se essa pretensão da legislação processual civil traz prejuízos para a autonomia e independência dos juízes no exercício da sua função, ou se poderiam coexistir sem maiores prejuízos, entendendo, por fim, pela ausência de conflito entre a liberdade de decidir e as modificações realizadas no ordenamento.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Liberdade do juiz. Criação de norma jurídica individual. Sistema de uniformização da jurisprudência.

**Sumário** – Introdução. 1. Os sistemas jurídicos ocidentais e sua atuação no ordenamento brasileiro, bem como as possíveis repercussões. 2. O atual panorama do direito processual civil brasileiro e o funcionamento do microsistema dos precedentes. 3. O microsistema e a alegação de inflexibilidade do direito. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A pesquisa científica discute o papel do juiz como criador de norma jurídica individual, e a pretensão estabilidade do sistema de uniformização de jurisprudência. Procura-se demonstrar que são duas vertentes, até então, aparentemente colidentes, ou seja, cuja coexistência seria contraditória, razão pela qual seria necessário apreciar os contornos que envolvem a incidência de ambos no ordenamento jurídico, de modo a descobrir se seria possível eventual coexistência entre ambas.

Sabe-se que desde a aprovação do atual Código de Processo Civil, muito se tem discutido acerca de uma possível tendência de aproximação do ordenamento jurídico com o sistema do *common law*, utilizado pelo direito norte-americano.

Sendo assim, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do assunto, de modo a discutir eventuais contornos trazidos por essa tendência do direito processual, para descobrir quais seriam algumas das repercussões práticas trazidas por essa sistemática.

Dentre as discussões realizadas, está inserida uma das mais interessantes: a autonomia e a independência do juiz no exercício da sua função, com relação a interpretação e aplicação da lei estariam sendo mitigadas com essa nova tendência trazida pela legislação?

Para tanto, é utilizado material que demonstra posições da doutrina, bem como análise das disposições legais a respeito do tema, com fito de discutir se, de um modo geral, a sistemática da uniformização da jurisprudência e eventual rigidez trazida pelo instituto afrontam princípios e garantias que tragam prejuízos a liberdade de decidir concedida ao juiz.

Sendo assim, inicia-se no primeiro capítulo do trabalho apresentado a discussão acerca de um possível “sistema misto”, com características tanto da *civil law* quanto da *common law*. Além dessa questão, é feita uma análise a respeito das possíveis repercussões trazidas por essa eventual sistemática nova.

O segundo capítulo discute acerca do sistema de uniformização da jurisprudência, previsto pelo CPC, no sentido de pesquisar sobre uma possível tendência desse sistema em tornar o ordenamento jurídico mais inflexível ou rígido, em um contexto geral. Além disso, realiza uma espécie de contraposição entre eventuais prejuízos e benefícios que pode trazer esse sistema, de modo a obter alguma ideia do impacto causado pelo instituto.

O terceiro capítulo pesquisa se o atual panorama consegue manter o equilíbrio entre a independência funcional do juiz e a segurança jurídica, ou se ainda seriam necessárias mudanças, com o objetivo de trazer eventual comedimento entre os dois importantes aspectos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, porque pretende expor um problema, para em seguida serem formuladas hipóteses, de modo a deduzir consequências a partir dessa hipótese, para comprová-las ou rejeitá-las, por meio de testes que coloquem a hipótese em prova.

Em consequência do método, exposto no parágrafo anterior, a abordagem da pesquisa é qualitativa, se valendo o pesquisador do uso de bibliografias que estão relacionadas com o tema apresentado, por meio da busca na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

## 1 OS SISTEMAS JURÍDICOS OCIDENTAIS E SUA ATUAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO, BEM COMO AS POSSÍVEIS REPERCUSSÕES

Antes de iniciar a explanação a respeito dos dois principais sistemas jurídicos atuantes na esfera ocidental, merece destaque a importância que o próprio Poder Judiciário possui para o funcionamento da sociedade como um todo.

Isso se dá porque, considerando ser da própria essência do Direito o fato de servir de instrumento de ordenação e pacificação social, o meio que muitas nações encontraram para atingir esse objetivo foi o uso da lei, de um ordenamento jurídico com base na legislação que dispusesse, de maneira genérica e abstrata, a respeito de condutas humanas, tanto esperadas quanto reprovadas, de modo a atingir os objetivos já descritos.

Diante disso, inegável que o Poder Judiciário assume papel elementar nesse contexto, tendo em vista que, diante do surgimento de eventuais lides ou conflitos entre membros da comunidade em geral, será o responsável por solucioná-los, de modo a cessar eventuais discussões e, por vezes, utilizar do poder constitucionalmente lhe atribuído para fazer com que essas soluções sejam cumpridas e respeitadas.

Ocorre que nem sempre, porém, será a lei o instrumento escolhido para reger esses comportamentos sociais adequados. Por vezes, alguns países criam um ordenamento com os mesmos objetivos, mas em vez da lei, utilizam o direito costumeiro para reger esse comportamento social.

Os estudiosos costumam, tradicionalmente, utilizar o termo “*civil law*” para definir o sistema jurídico que tem por base o uso da legislação escrita. Quando o sistema, por sua vez, tem por base o direito costumeiro, é utilizada a expressão “*common law*”.

Leonardo Greco<sup>1</sup> entende que os dois sistemas apresentam ideias distintas do que viria a ser justiça. Para o autor, a *civil law* teria seu sistema voltado para uma justiça guiada pelo Estado, enquanto a *common law* seria guiada pela própria sociedade.

Greco<sup>2</sup> faz menção, ainda, ao fato (que chama de crise de legitimidade do poder jurisdicional) de que o Judiciário estaria perdendo credibilidade nos tempos modernos, entendendo que essa seria a razão pela qual os países que adotam a *civil law* estariam buscando soluções para eventuais omissões em seu ordenamento, e a *common law*, de igual modo, buscando respostas para eventuais problemas no direito escrito ou *civil law*.

---

<sup>1</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V.1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, [e-book].

<sup>2</sup> Ibid.

Logo, visualiza o autor supracitado uma tendência a uma comunicabilidade ou aproximação entre os dois sistemas jurídicos, apesar das suas distinções, que já foram mencionadas em sua essência.

Essa “crise de legitimidade”, acima mencionada, também é observada por Dinamarco<sup>3</sup>, que vê necessidade de o processo civil brasileiro utilizar mecanismos e institutos desses sistemas processuais distintos, como resolução de eventuais embaraços existentes na atual sistemática adotada no país.

Para o autor, como consequência da necessidade de comparação entre os sistemas dos demais países com o brasileiro, de modo a buscar constante otimização, estaria o interesse por alguns institutos, como *stare decisis* (sistema de vinculação dos precedentes judiciais).

Fredie Didier Jr.<sup>4</sup>, constatando esse diálogo entre os sistemas jurídicos, em capítulo que titulariza como “a tradição jurídica brasileira: nem *civil law*, nem *common law*”, afirma que parece errônea a constatação de que o Brasil adota a *civil law* como sistema, tendo em vista a presença de marcas tradicionais da *common law*, utilizando como exemplo o microsistema de direito coletivo.

Aduz o autor<sup>5</sup>: “o pensamento jurídico brasileiro opera (tem de operar), com alguma desenvoltura, com marcos teóricos e metodológicos desses dois grandes modelos de sistema jurídico”.

Sendo assim, é possível, conforme demonstrado a seguir, considerar que, atualmente, o sistema jurídico brasileiro não é resultado de inspiração de apenas um dos paradigmas mencionados, mas de uma espécie de diálogo entre ambos, buscando, conforme observa Dinamarco<sup>6</sup> em sua obra, um aprimoramento do sistema, de modo a encontrar soluções para problemas que venham a surgir.

Alguns estudiosos observam essa como uma tendência do próprio direito, como Mark Tushnet, que traz a tese da globalização jurídica, prevendo justamente essa inspiração recíproca entre os dois sistemas como uma inclinação moderna.

Um dos institutos considerados como marca do sistema da *common law* é, como visto, o *stare decisis*, que regula a vinculação de precedentes judiciais.

---

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 36.

<sup>4</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 61.

<sup>5</sup>Ibid., p. 62.

<sup>6</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 36.

Na lição de Fredie Didier<sup>7</sup>, precedentes seriam decisões que tem como fundamento casos concretos, cujas teses utilizadas para solucionar servirão de base para provir casos cuja discussão seja assemelhada. A decisão fruto desse caso concreto forma uma “norma geral”, como menciona o autor, que irá se desgarrar da situação particular, e possibilitará a aplicação da tese em outras situações que sejam equivalentes àquela.

Como já visto, no Brasil, apesar de atualmente o sistema da *civil law* não ser utilizado de maneira exclusiva no ordenamento jurídico, sabe-se que a lei ainda é, talvez, a principal ferramenta da qual se vale o Direito Brasileiro.

Fredie Didier Jr. aponta para a necessidade de distinção de dois momentos: a criação da norma jurídica abstrata (a mencionada pelo parágrafo anterior, realizada pelo Estado), e, como segundo momento, a criação da norma jurídica individualizada ou concreta, que nasceu com base na norma abstrata, em tarefa exercida pelo Estado-juiz<sup>8</sup>, na busca pela heterocomposição dos conflitos.

O autor aduz que “daí se dizer que a sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo)<sup>9</sup>”.

Sendo assim, da análise da atuação de ambos os paradigmas (tanto a *civil law* quanto a *common law*), possível perceber que ambos são distintos, possuindo características elementares que o distinguem um do outro.

Considerando o papel do juiz como prolator da decisão que cria a norma jurídica individual, como já visto, é evidente que a sua atuação dependerá dos fundamentos que terá para utilizar no que se refere ao modelo de ordenamento jurídico adotado, isto é, se buscará fundamento na lei, nos casos concretos ou em ambos.

Sendo assim, é nítido que, sendo diferentes os sistemas, atuarão de maneiras diferentes no ordenamento. Importante esmiuçar de maneira detalhada o sistema dos precedentes judiciais, de modo a compreender a maneira como o mesmo funciona, para que se possa analisar, num contexto geral, quais seriam as possíveis repercussões causadas pela inspiração e aplicação desse instituto.

---

<sup>7</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 441.

<sup>8</sup>Ibid., p. 442.

<sup>9</sup>Ibid., p. 443.

## 2 O ATUAL PANORAMA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E O FUNCIONAMENTO DO MICROSSISTEMA DOS PRECEDENTES

Se torna relevante a discussão a respeito do atual panorama adotado pela Lei 13.015/2014, atual Código de Processo Civil, que consolidou uma previsão que já vinha sendo observada pelos estudiosos: a tendência a conferir efeitos vinculantes e gerais às decisões judiciais, conforme observam Luiz Roberto Barroso e Patrícia Perrone.<sup>10</sup>

Nesse sentido, os autores acrescentam que não só países que adotam a *civil law* tem se aproximado das ideias do *common law*, mas o segundo também tem produzido leis para regular seu ordenamento<sup>11</sup>, existindo uma tendência, portanto, de “fusão” entre elementos de ambos os sistemas em diversos países, assim como no Brasil.

A atividade do juiz, para alguns doutrinadores, se traduz em produzir sentença com base na atividade interpretativa da lei, gerando uma certa discricionariedade na atuação do magistrado, o que sempre foi objeto de crítica por diversos estudiosos:

Orientava COUTURE, ao considerar que na sentença existem diversas circunstâncias alheias ao silogismo, que seu processo intelectual não se limita a operação lógica, concedendo a lei simples esboço para a formação da norma concreta. Certo se admitir que as questões de direito expostas no processo retratam realidades jurídicas distintas, problemas não resolvidos pela lei e que dependem necessariamente da atuação concreta da mesma através a sentença, posto que essa adapta, individualiza, constitui ato de razão e vontade da norma sobre o caso em concreto.<sup>12</sup>

Sendo assim, para esses doutrinadores, a norma, por si só, não tem o efeito concreto necessário para conceder a tutela de direitos individuais e coletivos, sendo imprescindível que a sentença atue no sentido de completar a lei.<sup>13</sup>

Nesse diapasão, em um sistema jurídico orientado essencialmente pela lei, a atuação do juiz se daria no sentido de dar concretude, por meio do processo, às previsões genéricas e abstratas da lei, por meio da interpretação das normas, de modo a criar a norma jurídica individual específica para aquele caso concreto.

---

<sup>10</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf> >. Acesso em: 29 fev. 2020.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> ROCHA, Fabiano de Bem da. A função criadora da sentença e o direito processual civil brasileiro. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, RJ, n.76 - p.57-60, maio 2005.

<sup>13</sup> Ibid.



O ex-ministro do STF Eros Roberto Grau, em passagem de uma de suas obras<sup>14</sup>, faz a seguinte afirmação: “por isso tenho medo dos juízes e dos tribunais que praticam esse inusitado controle de proporcionalidade e de razoabilidade das leis, legando-me incerteza e insegurança jurídicas[...]”.

Como observa Eros Roberto Grau<sup>15</sup> existem duas vertentes que, em direções contrárias, percorrem o direito: uma tendente à rigidez, outra à elasticidade.

A afirmação acima colacionada demonstra receio por parte do autor com relação a eventual elasticidade demasiada atribuída a juízes e tribunais, observando o ex-ministro como consequência de tal “liberdade” a insegurança jurídica, considerando que a atividade interpretativa de cada um dos magistrados pode, e provavelmente será, diferentes umas das outras, ainda que em situações que envolvam casos semelhantes.

De acordo com Carlos Aurélio, estão dentre os fatores causadores de insegurança jurídica de um ordenamento com número excessivo de leis, bem como a mudança rápida destas, dentre outros fatores.<sup>16</sup>

Sendo assim, no contexto do ordenamento brasileiro, em que a presença de número excessivo de leis é notório, é fácil observar que a discricionariedade do magistrado é ampliada, tendo em vista a possibilidade de utilização de inúmeros diplomas legislativos em vigor.

Por essas razões, passou a existir, ao longo do tempo, uma valorização da jurisprudência no ordenamento brasileiro, de modo que, de alterações de início meramente pontuais no CPC/73, culminou a aprovação de um novo código, por meio da Lei nº 13.015/2014, que criou um novo sistema de precedentes vinculantes.<sup>17</sup>

Como já se pretendeu extrair do pensamento de Eros Roberto Grau, são dois sistemas de características bem definidas e distintas. A criação de um sistema com ambas as características acabaria criando uma aparente colisão, considerando que, como já visto, um tenderia à elasticidade, o outro à rigidez.

A previsão de institutos clássicos da *common law*, talvez por esta razão, é objeto de crítica de muitos estudiosos do assunto, que têm como um dos principais pontos de desaprovação o fato de trazer a valorização da jurisprudência uma rigidez ao ordenamento que é desaprovada por estes autores.

---

<sup>14</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6 ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 24.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>16</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo, LTr, 1996, p. 157.

<sup>17</sup> MELLO; BARROSO, *op. cit.*, p. 9.

Não parece correta a constatação, porém, de que o sistema de precedentes torna, de maneira absoluta, a atuação do magistrado engessada. Em primeiro lugar, porque o sistema de precedentes não torna toda e qualquer decisão dos Tribunais Superiores dotada de eficácia vinculante.

Existem precedentes que produzem três espécies de eficácia: meramente persuasiva, eficácia intermediária e eficácia forte/normativa<sup>18</sup>. Na primeira, como o próprio nome já diz, podem ser utilizadas como fonte secundária de direito, mas seus efeitos são *inter partes*. Na eficácia intermediária, por sua vez, os efeitos são observados além das partes, atingindo outras pessoas, ou porque o direito determinou observância obrigatória.

A eficácia normativa ocorre quando os posicionamentos ou julgados devem ser observados obrigatoriamente pelas demais instâncias. Barroso e Campos destacam que só se considera a eficácia forte quando a desobediência do julgado enseja reclamação.<sup>19</sup>

Desse modo, no presente capítulo foram expostos alguns pontos de vista que permitem a observação da principal vantagem da previsão do sistema de precedentes, recentemente previsto como microssistema no ordenamento processual civil brasileiro: a segurança jurídica, que passa a existir de maneira mais evidente após a formação de uma decisão com eficácia normativa ou vinculante, de modo que o número de decisões diferentes baseadas em situações concretas semelhantes tende a diminuir com a produção dessas decisões vinculantes.

Diante de todo o exposto no capítulo a respeito das decisões, tem-se que, de fato, uma das principais desvantagens do microssistema dos precedentes é o impacto indubitável na liberdade de decisão de um juiz de direito, tendo em vista a necessidade de observância da *ratio decidendi* daquela decisão dotada de eficácia vinculante.

Os estudiosos que afirmam esse engessamento do Direito entendem que com esse sistema, com aplicação de decisões vinculativas como a súmula vinculante, o juiz passaria a ser obrigado a adotar uma posição que não é a sua, um entendimento que não foi formado pelo próprio magistrado, logo, para esses autores, o juiz “se veria compelido a como uma “máquina”, carimbar com o selo vinculante suas decisões”.<sup>20</sup>

Sendo assim, alguns fundam as críticas ao mencionado sistema em eventual impossibilidade de evolução do próprio direito, o que o tornaria rígido, como já mencionado. Lenio Streck, jurista brasileiro, propõe o seguinte questionamento, ao criticar a adoção do

---

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Súmula Vinculante: heroína ou vilã?*. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151813330.sumulavinculante.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

sistema de precedentes: “se o Direito é o que o Judiciário, por suas cortes de vértice, disser que é, a quem reclamar?”<sup>21</sup>”.

Outra observação feita pelo autor é no que se refere a eventual equiparação das decisões judiciais com efeito vinculante a leis, ou até mesmo uma eventual sobreposição das decisões com relação as leis. Além disso, questiona: se o precedente é um texto, assim como a lei, porque eles gerariam menos problemas de interpretação do que a lei?<sup>22</sup>

O entendimento de Lenio Streck serve como base para expor uma das principais críticas feitas com relação ao sistema de precedentes: eventual afronta a separação dos poderes, tendo em vista uma possível invasão feita pelo Judiciário em uma atividade que a Constituição atribui, em regra, ao Poder Legislativo.

Daniel Amorim<sup>23</sup>, ao estudar as súmulas vinculantes, analisa essa ótica de “invasão” do Judiciário, destacada por alguns doutrinadores:

[...] o Judiciário estará, ao editar regras com efeitos erga omnes e vinculativos, colocando essas súmulas ao lado da lei, conferindo-lhes características particulares dessa, quais sejam, a generalidade e a força obrigatória”. Assim sendo, o Judiciário estaria na verdade legislando, o que, pelo sistema de tripartição dos poderes, não pode ser permitido.

Como é possível perceber, existem defensores de ambas as hipóteses: aqueles que acreditam na melhora do ordenamento jurídico com a adoção do sistema de precedentes, bem como os que entendem ser medida que não resolve os “problemas” acerca da flexibilidade existente com a diversidade de leis, que seria uma das causas para a existência de problemas interpretativos nas decisões judiciais, conforme já mencionado em passagem anterior.

### 3 O MICROSSISTEMA E A ALEGAÇÃO DE INFLEXIBILIDADE DO DIREITO

Apesar das críticas com relação a eventual “atividade legislativa” do Judiciário, não parece ser o melhor entendimento o adotado pelos doutrinadores que mencionam a privação da criatividade do magistrado.

O microssistema dos precedentes faz com que as decisões tendam a ser cada vez mais uniformes, diminuindo o risco de decisões conflitantes sobre uma mesma temática.

---

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> NEVES, op. cit.

No final do capítulo anterior, foram apresentados, em síntese, algum dos benefícios e malefícios observados por alguns estudiosos a respeito do tema. Uma das principais críticas feitas tem como questão central a rigidez, ou ausência de flexibilidade que o sistema causaria no direito.

Desse modo, torna-se relevante a discussão no que se refere à inclusão do sistema no ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de chegar a uma conclusão a respeito do seguinte questionamento: a segurança jurídica trazida pela uniformização, e o papel do juiz como criador de norma jurídica individual são, a rigor, colidentes? Não haveria possibilidade de coexistirem e se tornarem ambos instrumentos úteis a serviço do direito?

O autor Luiz Guilherme Marinoni faz uma observação a respeito do funcionamento do Poder Judiciário, entendendo existir uma certa desvalorização da atuação do juiz de primeiro grau como aplicador da norma, na passagem a seguir extraída de sua produção<sup>24</sup>:

De forma acrítica, ao mesmo tempo em que se vê na obrigatoriedade dos precedentes um atentado contra a liberdade do juiz, celebra-se o duplo grau de jurisdição como garantia de justiça. Os juízes pensam que exercem poder quando julgam como desejam, mas não percebem que não têm poder para decidir (sozinhos) sequer uma ação de despejo fundada em falta de pagamento ou uma ação ressarcitória derivada de acidente de trânsito.

A intenção do autor, no artigo em que tece esse comentário, é demonstrar que muitas vezes o sistema de precedentes é criticado, mas, ao realizar uma análise aprofundada do ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que, na realidade, os institutos já previstos no direito brasileiro acabam, na prática, por produzir o mesmo efeito que supostamente ocorreria com a introdução do sistema de precedentes, tendo em vista que o próprio duplo grau de jurisdição acaba por desvalorizar a atuação do juiz de primeiro grau, de certo modo.

Além disso, diferente do que muitas vezes é propagado a respeito dessa sistemática dos precedentes, esse sistema não prevê uma obediência absoluta e “cega” às decisões passadas: deve ser visto como um fator de melhoria, tendo em vista a possibilidade de se aproveitar decisões de qualidade, sem negar a possibilidade de rejeição do precedente quando não obedecida a razoabilidade, ou mesmo se dotado de algum eventual equívoco.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398 - p. 25-42, dez. 2010. Disponível em:

<<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

<sup>25</sup> FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. *Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil*. Disponível em:

<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1726>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

O direito, como um mecanismo regulador da sociedade, não poderia ser inflexível, estando a sua atuação dinâmica evidente no transcorrer da história, tendo em vista tantas adaptações sofridas até os dias atuais, como a escravidão, que era permitida e atualmente é tipificada como crime, o adultério, que também já foi considerado ilícito, mas deixou de ser, dentre diversos outros exemplos.

Não seria correta, portanto, a afirmação de que o sistema de precedentes traria uma absoluta rigidez ou inflexibilidade na tarefa do juiz de primeiro grau.

De início, é importante recordar que remanesce ao juiz a tarefa de analisar se a decisão vinculante é adequada para aquele caso concreto em específico.<sup>26</sup>

O ordenamento prevê institutos como o *distinguishing*, que objetiva demonstrar disparidades entre precedentes dotados de eficácia vinculante e o caso concreto a ser julgado na ocasião, caso em que permitiria ao juiz uma desvinculação de eventuais decisões pretéritas já consolidadas, desde que essa distinção seja relevante, razão pela qual sua decisão teria “liberdade” (dentro dos moldes do ordenamento jurídico) suficiente para divergir de eventual precedente formado.<sup>27</sup>

Outro instituto que também pode ser identificado no microsistema dos precedentes e permite que se desvincule, de certo modo, dos precedentes seria o *overruling*, também chamado pela doutrina brasileira de superação.

Didier e Macêdo destacam<sup>28</sup> que o *overruling* é uma evidente expressão da flexibilidade do direito. Justamente por possuir a capacidade de conferir flexibilidade ao direito, sua aplicação deve ser feita de maneira restrita. Por essa razão, Didier entende que a aplicação do *overruling* deve ser *ultima ratio*:

Ainda que, por um lado, a superação do precedente judicial seja uma quebra do *stare decisis*, pois há rompimento da continuidade do direito jurisprudencial, ela o preserva em um conteúdo mínimo, ao formular essa superação consoante parâmetros por ele estabelecidos previamente. Além disso, ao mesmo tempo em que se quebra a continuidade da norma jurídica revogada, a nova norma enunciada deve ser seguida e preservada. Por isso, há a preservação parcial do *stare decisis* - que é quebrado quanto à decisão antiga, mas plenamente aplicado à nova decisão.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> NEVES, op. cit.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 208.

<sup>29</sup> Ibid., p. 210.

Sendo assim, fica evidente que o intuito do Código de Processo Civil foi, ao mesmo tempo, conferir segurança jurídica, ao prever um mecanismo de formação de precedentes, que faria com que as decisões se tornassem mais uniformes, de modo a diminuir a possibilidade de decisões conflitantes sobre uma mesma idêntica questão, fato que inegavelmente poderia gerar insatisfação dos jurisdicionados, mas sem fazer com que o direito se torne inflexível, de modo que previu decisões vinculantes, mas criou mecanismos de distinção e superação desses precedentes, de modo a proporcionar um sistema equilibrado e passível de constante evolução, assim como costuma ser a própria sociedade.

Para alguns autores, um importante fator a ser levado em consideração é o da previsibilidade causada por essas decisões, sendo elemento essencial, elementar para um Estado de Direito. Maccormick<sup>30</sup> já observava que:

De acordo com a ‘ética do legalismo’, há valores morais e sociais específicos que dependem da manutenção e suporte de uma ordem normativa institucional, para o bem da paz e previsibilidade entre os seres humanos, e como condição (mas não garantia) para manter-se a justiça entre eles.

Desse modo, entende-se que seria possível a convivência harmônica entre uma certa liberdade do juiz de direito e a segurança jurídica proporcionada pelo microsistema de precedentes introduzido no ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil: a preocupação do legislador mostrou ser, a todo tempo, com a qualidade da tutela concedida, ao pretender proferir decisões uniformes, logo, mais isonômicas, bem como criando um mecanismo de “correção”, caso desse sistema venha a surgir eventuais erros ou que venha a ser necessária a modificação da *ratio decidendi*.

Uma importante observação feita pelo professor Luiz Guilherme Marinoni<sup>31</sup> acerca da necessidade de estabilidade das decisões judiciais:

Pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais. Para dizer o mínimo, as decisões judiciais devem ter estabilidade porque constituem atos de poder. Ora, os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário.

Daniel Amorim acrescenta que os juízes de primeiro grau devem ter sua atenção voltada para teses jurídicas inéditas, que são inúmeras no dia a dia jurídico, e não com temas que já

---

<sup>30</sup> MACCORMICK apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Os precedentes na dimensão da segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

<sup>31</sup> Ibid.

estão sedimentados. O autor destaca que um processo não deve ter a função de “palco de experimentos” para um magistrado, devendo deixar o seu poder criativo para as novas teses, ou mesmo aquelas que ainda não possuem entendimento consolidado.<sup>32</sup>

## CONCLUSÃO

É realidade a modificação no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere a inspirações trazidas da *common law*, em mistura de sistemas que é denominada “globalização jurídica” por alguns estudiosos, como já visto, e é observada como tendência a ser implementada nos dias atuais.

A implementação de institutos como precedentes com eficácia vinculante e *erga omnes*, súmula vinculante, o *distinguishing*, o *overruling*, dentre outros diversos, deixam evidente - até mesmo porque alguns desses termos não tem tradução para o português - a inspiração nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Com essa modificação, portanto, iniciou-se discussões entre os estudiosos da temática, que fizeram com que se concretizasse uma divisão entre dois polos: os que viam as mudanças como positivas, e os que as viam como negativas.

Algumas das desvantagens observadas eram fundadas em argumentos como violação à separação de poderes, na rigidez do Direito, bem como na perda da criatividade na atividade do magistrado, que deixaria de ter liberdade para decidir.

Em que pese as modificações realizadas no ordenamento processual civil brasileiro terem introduzido, de fato, instituto que é clássico da *common law*, a conclusão a que se chega é que o microsistema não pode ser visto como impeditivo da flexibilidade do direito ou da liberdade do magistrado.

É preciso analisar a questão, em primeiro lugar, sob a ótica da segurança jurídica, considerando que a atuação desse sistema traz, ao uniformizar as decisões de mesmo tema, segurança jurídica, ao diminuir as decisões conflitantes de diferentes juízes, o que evita eventual sensação de insatisfação do jurisdicionado ao comparar eventuais decisões distintas (e possivelmente mais benéficas).

Além disso, existem autores que observam, como já dito, institutos que produzem semelhante efeito, como o próprio duplo grau de jurisdição: existem sentenças que são inteiramente reformadas após revisão pelo 2º grau: se o intuito é discutir liberdade de decidir,

---

<sup>32</sup> NEVES, op. cit.

pura e simplesmente, não seria somente o microsistema de precedentes o único a interferir nessa liberdade.

Por fim, da análise dos prós e contras, é forçoso concluir que as qualidades superam os pontos fracos desse sistema, considerando que é plenamente possível a coexistência das duas vertentes que, inicialmente, pareciam contraditórias e excludentes: o juiz tem liberdade para entender que a situação que analisa é diferente daquela cujo precedente fora formado, podendo se utilizar do *distinguishing*. Pode, ainda, se utilizar do *overruling*, que é visto por muitos doutrinadores como uma técnica que privilegia a flexibilidade do direito.

Sendo assim, é possível e adequada a coexistência de ambos no ordenamento, não devendo ser considerada prejudicial a formação de precedentes no contexto da liberdade de decidir, tendo em vista que nada no direito é absoluto (nem mesmo os direitos fundamentais), bem como que o funcionamento do sistema privilegia a segurança jurídica e até mesmo uma igualdade entre aqueles que buscam o Judiciário para solucionar conflitos com temática semelhante, além de uma evidente celeridade na busca pela tutela jurisdicional.

Desse modo, tem-se que essas modificações trazidas com o microsistema de precedentes são aliadas do juiz, e não adversárias, considerando que desafogam o Judiciário no que diz respeito a temas já consolidados, trazendo uma resolução mais rápida e célere das lides cujos entendimentos já são sedimentados, além de conferir a já mencionada segurança jurídica, bem como isonomia.

Com isso, o magistrado fica menos atolado, ficando livre para explorar e usar todo o seu poder criativo nos novos temas que surgem diariamente no ambiente jurídico, e naqueles que ainda não possuem entendimento consolidado e vinculante nos Tribunais Superiores.

## REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19 ed. Salvador: Jus Podivum, 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed. Salvador: Jus Podivum, 2015.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Jus podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. *Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil*. Disponível em:



<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1726>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015 [e-book].

MACCORMICK apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Os precedentes na dimensão da segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Súmula Vinculante: heroína ou vilã?*. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151813330.sumulavinculante.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

ROCHA, Fabiano de Bem da. A função criadora da sentença e o direito processual civil brasileiro. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, RJ, n.76, p.57-60, maio 2005.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo, LTr, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>. Acesso em: 02 mai. 2020.