



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES E A LIBERDADE DECISÓRIA: POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Thaís Capecchi Valadão

Rio de Janeiro
2020

THAÍS CAPECCHI VALADÃO

SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES E A LIBERDADE DECISÓRIA: POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

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

Lucas Tramontano

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro
2020

SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES E A LIBERDADE DECISÓRIA: POSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Thaís Capecchi Valadão

Graduada pela Universidade Cândido Mendes - Campus Niterói- RJ. Advogada.

Resumo - a presente pesquisa tem como ponto nodal a análise da compatibilidade entre os precedentes vinculantes obrigatórios e a liberdade decisória conferida aos julgadores no Direito brasileiro. Demonstra a aproximação entre os principais sistemas jurídicos ocidentais e a necessidade de adaptação cultural frente ao fenômeno da globalização. Destaca, também a importância dos conceitos dessas liberdades e a relevância de elucidar qual seu real significado e suas consequências. Em seguida faz uma análise acerca da possibilidade de coexistência entre os institutos tratados, sob a ótica da hermenêutica, pontuando os limites do juiz criativo.

Palavras-chave - Direito Processual Civil. Precedentes Vinculantes. Liberdade decisória. *Civil Law*. Hermenêutica.

Sumário – Introdução. 1. *Common law e Civil* – o fenômeno da globalização e a matriz híbrida do ordenamento jurídico brasileiro. 2. Aplicação dos precedentes vinculante e a liberdade decisória. 3. A compatibilidade do respeito aos precedentes e da liberdade decisória - o papel interpretativo do juiz. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O intuito deste estudo é discutir acerca da liberdade para decidir do magistrado, frente a necessidade de respeito aos precedentes formalmente vinculantes, instituto adotado com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Há tempos o ordenamento jurídico brasileiro vivencia o fortalecimento da utilização de decisões pretéritas, proferidas pelos tribunais superiores, nas fundamentações das decisões de primeiro grau de jurisdição. O que antes era apenas uma tendência, passa a ser fonte primária do Direito.

O legislador ao adotar o sistema de precedentes obrigatórios, pretende solucionar algumas questões enraizadas no ordenamento jurídico, como as demandas repetitivas, a insegurança jurídica, a preocupação em manter a uniformidade das decisões e de assegurar garantias constitucionais, mantendo a coerência da ordem jurídica.

Ainda que a adoção do sistema de precedentes vinculantes, seja legítima e tenha a concordância da maior parte da doutrina, o tema merece atenção, uma vez que sua aplicação mitiga a autonomia dos magistrados.

Uma vez vinculados aos entendimentos já consolidados por Tribunal Superior, a obrigatoriedade de respeito aos precedentes, constitui um óbice a inovação proposta pelo direito nacional, porquanto esbarra na independência dos juízes, prerrogativa que lhes é conferida constitucionalmente. É frente a esse impasse que a presente pesquisa se desenvolve.

A pesquisa busca compreender até que ponto a obrigatoriedade na aplicação dos precedentes formalmente vinculantes caracteriza a uma violação ao princípio do livre convencimento motivado e ao poder discricionário do julgador.

É indispensável ressaltar que a inovação a que o presente tema se refere, é um dos temas de destaque do novo Código de Processo Civil, e gira em torno da possibilidade de coexistência dos institutos, aparentemente antagônicos.

O primeiro capítulo se inicia com a demonstração do fenômeno da convergência entre as maiores tradições jurídicas do ocidente – *civil law e common law* e formação híbrida do ordenamento jurídico brasileiro, tendo como pano de fundo a forma como ambas desenvolveram a aplicação e a valoração dos precedentes judiciais, ao longo do tempo.

O segundo capítulo segue apresentando o aparente paradoxo entre a liberdade decisória do magistrado e a necessidade de respeito aos precedentes, ponderando acerca dos limites da interpretação da norma pelo julgador dentro do modelo romano-germânico, e da nova dimensão da interpretação jurídica.

No último capítulo, analisa-se a relação de dependência entre a interpretação feita pelo julgador e a norma positivada e a divisão de trabalho entre o legislador e os juízes na atividade de interpretação operativa, buscando demonstrar a possibilidade de coexistência dos institutos tratados, no ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange a metodologia da pesquisa, esta será desenvolvida pelo método dialético de abordagem, realizando uma análise que traga uma contribuição consistente à evolução dos estudos acerca do tema.

Para tal, utilizará de textos normativos e da abordagem sob a ótica do direito comparado, além de pesquisas bibliográficas para, a partir de textos já publicados sobre o tema, analisar a viabilidade de aplicação da norma recém-inserida no ordenamento jurídico brasileiro.

1. COMMON LAW E CIVIL LAW – O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E A MATRIZ HÍBRIDA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Existe hoje uma multiplicidade de direitos no mundo, todos dotados de uma grande variedade de regras e peculiaridades, além de técnicas para formular normas e métodos diversos para interpretá-las.

Apesar da influência que uns exercem sobre os outros, a valorização das semelhanças e das diferenças existentes, determina o seu agrupamento em famílias.

Sob a ótica do direito comparado, tradicionalmente, são consideradas como principais tradições jurídicas do ocidente a *commun law* - tradição anglo-saxônica, que surge no século XII, tendo como pano de fundo o fim da Idade Média na Europa Ocidental, e a *civil law* – tradição romano-germânica, que se passa a se desenvolver no início do século XIII na Europa Continental.

É imprescindível para o desenvolvimento da pesquisa, compreender as distinções e o movimento de aproximação dessas tradições jurídicas.

Como amplamente conhecido pela comunidade jurídica, consideram-se antagônicas as principais características das tradições jurídicas em comento. A título comparativo, denota-se que o Direito anglo-saxão não tem como principal fonte o direito legislado. Formado pela análise caso a caso e pautado no respeito aos precedentes, trata-se de um direito jurisprudencial em sua concepção.

Como bem pontua René David¹, é um direito guiado pelos costumes locais, sendo essa a principal característica que o difere da tradição romano germânica - *civil law*, que por sua vez teve sua formação com base no direito romano e suas regras de Direito concebidas estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral.

A base da *civil law*, consiste em regular as relações entre os cidadãos e formular um conjunto de regras de conduta para o futuro. Portanto, o oposto da tradição *common law*, que tem como função precípua dirimir casos peculiares, objetivando diretamente o imediato reestabelecimento da ordem perturbada. Outrossim, é um equívoco acreditar que a distinção central entre as referidas tradições jurídicas, reside na definição – direito não escrito *versus* direito escrito. Segundo Luiz Guilherme Marinoni²:

¹DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23

²MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47-48.

[...] a codificação, por si só, não pode explicar a distinção entre o *common law* e o *civil law*. Não se pense que o *civil law* é caracterizado pelos códigos pela tentativa de completude da legislação enquanto o *common law* tem uma característica exatamente contrária. O *common law* também tem uma intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exercia ao considerá-los.

Não se insere nas pretensões desse trabalho esgotar, todas as características de ambos os sistemas jurídicos tratados apenas trazer as distinções pertinentes.

O que deve ficar compreendido, por ora, é que, conforme leciona Thomas da Rosa Bustamante³ “O ponto mais importante para estabelecer a diferença entre os sistemas continentais e o *common law*, não é a denominada doutrina do efeito vinculante dos precedentes judiciais”, mas sim a atitude de ambos frente ao precedente - a forma como se entende e de aplicá-los

Embora distintas em sua essência, durante o desenvolvimento de ambas as tradições pontuadas acima, surgiu a necessidade de adaptação dos sistemas à realidade social. com o contato que os países tanto da *civil law* quanto da *common law*, tiveram ao longo dos séculos, os métodos utilizados por ambas as tradições tendem a se aproximar, sobretudo pela ideia comum de justiça.

Conforme esclarece David⁴, o fenômeno da convergência das tradições jurídicas ocidentais, são notórias. O mundo atual, não permite o isolamento de qualquer sistema, seja ele econômico, político ou jurídico. Com o processo de globalização tornou-se de extrema importância a conexão das relações e a preocupação em estabelecer maneiras e adaptações a fim de anteder as demandas impostas pelo mundo contemporâneo.

Consoante as lições de Marinoni,⁵ a *common law* costuma ser encarada pelos países de *civil law*, como um sistema jurídico distinto e complexo, essa visão equivocada traz concepções mal fundadas sobre o papel do juiz e acerca dos limites da jurisdição. Fala-se de um juiz que cria o direito e de um legislativo que não ocupa o seu espaço, como se a jurisdição deste sistema pudesse, sem qualquer constrangimento, invadir a esfera do poder legislativo.

Ocorre que a *civil law* ao longo da história sofreu inúmeras modificações em sua essência, tendo o pós-positivismo indiscutivelmente aproximando os sistemas jurídicos.

³BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER, JR, Fredie [et al] *Precedentes/* coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC, V.3; Juspodvim.2016, p. 289.

⁴DAVID, op. cit.

⁵MARINONI apud LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. *Revista Eletrônica Temas atuais de processo civil*, v. 1, n. 6, 2011.

Esclarece Lorena Miranda Santos⁶ Barreiros, no que tange, à metodologia, às perspectivas, às fontes de direito, à estrutura e ao procedimento, é inegável que as citadas distinções vêm sendo paulatinamente mitigadas com a crescente aproximação e recíproca influência entre ambas.

Os precedentes funcionam como uma das principais fontes do juízo para decidir, independentemente de seu grau de vinculação. Mesmo em ordenamentos jurídicos em que a obrigatoriedade de aplica-los, existe a prática de seguir os precedentes. Nesse sentido, Bustamante⁷: “Ainda que não exista uma regra de direito positivo estabelecendo o dever de observar precedentes judiciais, haverá ao menos uma regra moral fortemente internalizada pelos aplicadores do direito positivo recomendando a atenção ao precedente judicial.”, o referido autor entende que aplicar decisões do passado para resolver problemas atuais ou futuros é elemento precípua da racionalidade humana.

Não parece correto, afirmar categoricamente que o Brasil é um país cujo Direito se estrutura apenas com base na escola romano-germânica. Mesmo antes da criação e promulgação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, e da introdução dos precedentes vinculantes, decisões pretéritas eram usadas para fundamentar decisões judiciais no sistema jurídico brasileiro.

De acordo com os ensinamentos de Fredie Diddier Jr⁸, existe uma característica muito peculiar do sistema jurídico brasileiro. Observa o autor, a existência de um direito constitucional inspirado nas ideias do *common law* norte-americano, e um direito infraconstitucional inspirado na família romano-germânica. Afinal traz para seu ordenamento jurídico institutos como o controle de constitucionalidade difuso, e concentrado, inspirados no *common law* estadunidense, em contrapartida, possui inúmeras codificações legislativas, construiu gradativamente um sistema de valorização dos precedentes judiciais, até torná-los fonte primária do Direito

⁶BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER, op. cit., p. 183-211.

⁷BUSTAMANTE, op. cit., p 276.

⁸DIDIER, Fredie Jr. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 18, n. 36, 2015, p. 114-132.

2. APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES E A LIBERDADE DECISÓRIA

A ideia de pluralidade nas das decisões judiciais em casos semelhantes a inconstância da jurisprudência, são perniciosas não só para o Estado de Direito, mas também, para os jurisdicionados. Trazem para a sociedade o descrédito na justiça, bem como a insegurança jurídica.

A necessidade de manter a uniformidade das decisões, segurança jurídica, solucionar os problemas decorrentes das demandas repetitivas, assim como assegurar as garantias constitucionais, como o devido processo legal, a isonomia e a efetividade da tutela jurisdicional, levou os legisladores a incorporarem um sistema de precedentes vinculantes inspirado no *common law*, que segundo Bruno Garcia Redondo⁹, busca a estabilidade e a racionalidade decisória.

Em que pese o instituto adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ser inspirado na *common law*, a maioria da Doutrina reconhece que o ordenamento jurídico nacional é construído segundo as diretrizes da escola romano-germânica – o *civil law*. De outro vértice, é inegável, a influência, cada vez maior, exercida pelo *common law*.

Entretanto, as práticas e o *modus operandi*, do *civil law*, encontram-se enraizadas no imaginário e no dia-a-dia dos operadores do direito.

Marinoni¹⁰, destaca a ideia do individualismo do juiz do *civil law*, nas palavras do referido autor, “embora as decisões no sistema variem constantemente de sinal trocando de sentido ao sabor do vento, isso deve ser visto como uma patologia ou um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa cultura jurídica.”

Portanto, a compreensão de que o juiz, de forma individualizada pode decidir de acordo com sua convicção, passando sobre o próprio sistema do qual faz parte, é equivocada e deve ser melhor observada.

O escopo deste capítulo é elucidar o conceito de independência do poder judiciário e da liberdade decisória. Importante esclarecer que esses, são conceitos que estão interligados.

Conforme pontua José Reinaldo de Lima Lopes¹¹ a relação entre o Poder Judiciário os demais poderes da República, foi completamente alterada, no que se refere ao papel, que aquele exercia.

⁹REDONDO, Bruno Garcia. *Precedente judicial no direito processual civil brasileiro*: Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2014, p. 167-188.

¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p. 54 - 55.

¹¹LOPES apud ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: Teoria dos precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 42.

A partir da República, o Poder Judiciário, passou a ser considerado um poder soberano e independente. De poder subordinado ao Imperador, ganhou status de árbitro do sistema de freios e contrapesos no Brasil república, com a função precípua de manter o equilíbrio, a regularidade e sua independência.

Cabe destacar, que por independência do poder judiciário, entende-se tanto a liberdade institucional, como a liberdade de seus membros. Ressalta-se, que esta pesquisa não tem por objetivo se aprofundar em todas as classificações, apenas clarificar os conceitos, para melhor compreensão do tema tratado.

Nesse sentido, esclarece Eugênio Facchini Neto¹², “a independência da magistratura não seja um privilégio concedido ao juiz, mas sim o resultado de um conjunto de medidas que procuram garantir ao cidadão um processo justo e um magistrado imparcial.”. Portanto a independência do juiz não pode se um fim em si mesmo.

O aludido autor, aborda o tema dividindo a independência do magistrado em externa, interna e psicológica. Segundo seus critérios, independência externa está ligada ao papel desempenhado pelos juízes, papel esse, protegido de pressões advindas de outros poderes, sejam políticos ou econômicos. O conceito trazido pelo autor, já foi considerado a única forma de independência inerente aos magistrados.

Acerca da independência funcional do juiz, afirma Nelson Nery Júnior¹³, ser esta o corolário do princípio do juiz natural e tem a função de manter o julgador, submetido exclusivamente a lei e não a critérios particulares, além de mantê-lo livre de interferências de instituições de outros Poderes.

De outro prisma, há o conceito de independência interna, que consiste na possibilidade de o juiz singular decidir livremente, sem se submeter ao poder de controle de seus superiores hierárquicos –importante frisar que aqui não se trata do controle jurisdicional exercido por meio das vias recursais.

Por fim, a terceira noção de independência, que Facchini¹⁴ chama de independência psicológica. Esta acepção de independência consiste na possibilidade de garantida ao magistrado de desenvolver opiniões, livres das pressões externas, imunes às pressões culturais, e ideológicas de uma sociedade. Como questiona Nalini¹⁵:

¹²FACCHINI NETO, Eugênio. O Poder Judiciário e sua independência. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 3, n. 8, 30 set. 2009, p. 121-149.

¹³NERY JUNIOR, Nelson. *Poder do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.149.

¹⁴Ibid.

¹⁵NALINI, apud FACCHINI NETO, op. cit.

Se o julgamento é ato de vontade, se o juiz primeiro se convence e depois vai procurar argumento para justificar sua convicção, se tem poderes para conferir novos contornos aos ditames da lei, qual a garantia de que não se deixará levar por ideologias, interesses, preconceitos, idiosincrasias ou qualquer outra manifestação de subjetivismo?

O magistrado tem o dever de manter a racionalidade de suas decisões e consequentemente a coerência da ordem jurídica. Conforme já bordado, o juiz e o tribunal, decidem para o jurisdicionado e não para si. Marinoni¹⁶, firmemente esclarece de forma contundente:

[...] pouco deve importar se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere das Cortes Superiores. (...) É preciso colocar um ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com as Cortes Superiores. O juiz além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão.

No direito brasileiro, firmada a cultura precedentalista no ordenamento jurídico, há a natural incidência destes nos tribunais e juízes monocráticos. Segundo Marinoni¹⁷, trata-se da eficácia vertical dos precedentes, além da vinculação da própria Corte aos seus precedentes – eficácia horizontal.

Além do exposto no parágrafo anterior, é inegável, que nenhum juiz estará obrigado a julgar casos distintos aplicando precedentes anteriormente fixados. Para dirimir essas questões aplicam-se as técnicas de distinção do caso em análise para julgamento – *distinguished*¹⁸, o que afasta qualquer tese de que a obrigatoriedade de seguir os precedentes vinculantes engessam as decisões judiciais.

Estão inseridas na ideia de independência judicial, a liberdade de julgar conforme o direito, livre convencimento motivado – atinente à valoração probatória - e a discricionariedade dos atos praticados pelo juízo.

Sobre o tema deve-se observar a ideia trazida por Hermes Zaneti Jr¹⁹. Segundo o autor, as ideias e a “doutrina do livre convencimento” foi expurgada do CPC de 2015:

[...] a doutrina da jurisprudência afirma a liberdade de interpretar do juiz, escolhendo a “melhor” razão para fundamentar a decisão “justa”. Por tanto, a doutrina da jurisprudência e a doutrina do livre convencimento, expurgada do CPC/ 2015 (art.371), guardam uma íntima relação. Essa concepção do Direito como fonte natural de justiça foi superada, na tradição *civil law*, pela doutrina da legalidade, mas não no Brasil. (...) Marcada pelo personalismo e pela predominância do senso individual, a doutrina da

¹⁶Ibid.

¹⁷MARINONI, op. cit., p. 96.

¹⁸*Distinguishing*, no sistema jurídico do *common law*, consiste na técnica de distinção, usada pelos juízes com a finalidade de aplicar corretamente a *ratio decidendi* – núcleo vinculante da decisão. Importante ressaltar, que não se trata de uma técnica de superação do precedente, mas da análise das peculiaridades fáticas e jurídicas entre o caso sob julgamento e o *leading case* – caso paradigma. Ibid., p. 238.

¹⁹ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. In: op. cit., 2016, p. 416.

jurisprudência acaba por permitir, inconstitucionalmente, que os tribunais e não o legislador, determinem as boas razões para as tomadas de decisão caso a caso, determinando um modelo de justiça casuística.

Encerra o autor citado esclarecendo que por esse motivo, a implantação de um sistema de precedentes vinculantes obrigatórios, reforça os limites da discricionariedade dos julgadores, os mantendo vinculados às suas próprias decisões, fazendo com que as decisões sejam proferidas de forma racional.

Observa-se, conforme explicado anteriormente, que a ideia arraigada na mentalidade dos operadores do direito, consiste em um conceito equivocada e ultrapassado.

Muitos juristas favoráveis a percepção de que o juiz deve ser livre para julgar, valorar a prova ou escolher entre vários caminhos jurídicos, segundo um juízo discricionário, são reticentes a implementação de um sistema de precedentes no direito brasileiro. Para eles, a obrigatoriedade em aplicar os precedentes formados em casos pretéritos, feriria diretamente a independência funcional – independência interna, decisória dos juízes, ou o livre convencimento motivado.

Em contrapartida, os defensores do sistema de precedentes obrigatórios, aduzem que esses não afrontam a independência judicial. Nesse sentido Teresa Arruda Alvim²⁰ esclarece que ao decidir, o julgador deve fazê-lo à luz do *ethos* dominante, e não de suas convicções, sejam elas, políticas ou religiosas. Pontua, pertinentemente que a liberdade que os sistemas da *civil law* proporcionam destinam-se ao judiciário e não individualmente a cada juiz, cabendo a ele interpretar a lei criada pelo Poder Legislativo.

3.A COMPATIBILIDADE DO RESPEITO AOS PRECEDENTES E DA LIBERDADE DECISÓRIA – O PAPEL INTERPRETATIVO DO JUIZ

Após esgotar as definições de liberdade decisória e liberdade judiciária, pode-se concluir, frente às informações trazidas no segundo capítulo, que a quase romântica ideia de liberdade do juiz para decidir conforme suas convicções pessoais é um grave equívoco arraigado no imaginário dos juristas brasileiros.

As lições do *common law* ajudam a esclarecer e melhor compreender, nas palavras de Lênio Streck e Georges Abboud²¹, o “sistema de vinculação jurisprudencial”. A aplicação dos

²⁰WAMBIER, Teresa Arruda. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente In: *Ibid.*, p. 274.

²¹STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? In: *Ibid.*, p. 176.

precedentes pelas demais instâncias, não dispensa a atividade interpretativa por parte do julgador além de, manter o contraditório, assegurando as manifestações das partes acerca da aplicação correta do provimento vinculante.

Em outras palavras, a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem os precedentes vinculantes, e aqui inclui-se súmulas e jurisprudência, não é uma proibição de interpretar. Nas lições de Streck²²:

Quem pensa isso parece estar ainda com os pés – ou a cabeça – na jurisprudência analítica do século XIX, modalidade de positivismo da common law equiparável ao positivismo exegético francês e ao pandectismo alemão.²³ O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência.

Uma das maiores críticas ao sistema de precedencialista é possibilidade de uma aplicação mecânica dos precedentes formalmente vinculantes, que levaria a uma verticalização rígida do judiciário, mitigando a aludida liberdade decisória, o que de acordo com parte da Doutrina não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, importar conceitos teóricos e técnicas de um ordenamento jurídico diverso, parece impossível legislativamente, tendo em vista este ser fruto de uma evolução histórica. É nesse contexto que Streck²⁴ defende a necessidade da compreensão hermenêutica com características pós-positivistas, para que a aplicação dos precedentes vinculantes elencados no artigo 927 do CPC/2015, sejam aplicados de forma íntegra e coerente com as diretrizes constitucionais. O objetivo é evitar que os provimentos vinculantes contêm soluções prontas, aplicadas de forma mecânica em casos futuros, sem que haja interpretação de seu conteúdo.

Em linha similar Hugo Chacra Carvalho e Marinho²⁵, afirma que é natural e até salutar, que existam várias interpretações para um mesmo texto legal, entretanto, sendo esses interpretados contemporaneamente de forma contraditória e aplicados a casos semelhantes, atinge-se frontalmente a ideia de justiça, bem como a segurança jurídica.

²²Ibid., p. 176.

²³Segundo Hermes Zaneti Jr., a melhor doutrina internacional, apresenta algumas ideologias distintas em relação à força vinculante do precedente. O modelo francês afirma que aos juízes franceses é permitido o exercício da função judicial, mas não o do poder judicial, pois lei promulgada pelo parlamento é a única expressão da vontade geral. Também pautado no sistema *civil law*, o modelo alemão é considerado um sistema flutuante entre decisões superáveis por razões concorrentes e decisões vinculantes quanto às razões, por exemplo, nas decisões do Tribunal Constitucional. ZANETI JUNIOR, op. cit., p. 357-362.

²⁴STRECK, op. cit., In: DIDIER JR, op. cit., p. 176.

²⁵MARINHO, Hugo Chacra Carvalho, A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: Ibid., p. 175.

Conforme já observado, o Direito brasileiro, mesmo antes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 já apresentava alguns indícios de aproximação do sistema de precedentes - a súmula vinculante é um exemplo claro.

Acerca do tema, Hermes Zanetti Jr.²⁶ esclarece, “tínhamos uma ideologia que, do ponto de vista cultural e normativo, compreendia os precedentes como instrumentos fracos de persuasão e não como normas vinculantes do nosso sistema.”

A ideologia do CPC/2015, é voltada para a vinculatividade formal das decisões listadas em seu artigo 927. Importante destacar que essas decisões devem ser proferidas racionalmente, de forma coerente e íntegra – exigências trazidas pelo artigo 926 do mesmo código.

Indispensável compreender que em qualquer dos sistemas jurídicos tratados no presente trabalho, não existe ou não deve existir, aplicação automática ou subsuntiva na solução de casos concretos mediante a utilização do precedente.

Nas palavras de Streck e Abboud²⁷, “não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros.”. Portanto, nunca será dispensável a interpretação na aplicação dos precedentes, o que distancia cada vez mais a ideia de mitigação ou de afronta às liberdades conferidas aos julgadores dentro dos limites estabelecidos, tratados no capítulo anterior.

Fica a lição trazida pelo referido autor, a aplicação dos precedentes vinculantes é um ato hermenêutico e não mecânico. Para que os precedentes do CPC/2015, não petrifiquem o sistema jurídico, devem observar a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e fundamentação que o embasam, dinamizando assim o sistema, tornando o precedente o ponto de partida para o debate do caso concreto e o embasamento para sua solução. Nessa linha, Streck²⁸:

[...] o juiz não deve aceitar cegamente o resultado alcançado pelo provimento vinculante anterior. Essa lição, precisamos sempre ressaltar, é necessária para assegurar o respeito aos provimentos do CPC não configura a submissão mecânica e cega ao que foi decidido pelos tribunais superiores.

Outra questão levantada por parte da doutrina é sobre o papel do juiz diante da omissão do poder legislativo – quando o juiz pode ser criativo?

Para elucidar a questão, é necessário abordar a ideia do magistrado como legislador – *Judge make law*. Zanetti Jr.²⁹, enfatiza que texto e norma não se confundem e que é fundamental

²⁶ZANETTI JR., op. cit., p. 357

²⁷STRECK; ABBOUD, op. cit., In: DIDIER JR, op. cit., p. 178.

²⁸Ibid., p.179

²⁹ZANETTI JR, ZANETTI JR, op. cit., p. 170.

o trabalho do intérprete para extrair o significado da norma, em outras palavras, textos não se confundem com normas pois todo texto depende de interpretação e a norma é o resultado do texto interpretado. É nesse momento que surge a sensação, de que em tais circunstâncias, o juiz necessariamente criaria o direito, logo, uma vez vinculante a decisão criada, o juiz atuaria como legislador.

O papel do juiz não é passível de comparação com o trabalho do legislador, ocorre que em determinadas matérias a norma pode ser mais abrangente ou mais precisa – trata-se de uma questão de técnica legislativa. Ao legislador cabe criar a lei e ao juiz cabe interpretá-las, reconstruí-las.

Marinoni³⁰ ilustra a noção de uma nova teoria da interpretação, onde o intérprete não mais está preso a uma norma preexistente – conceito clássico atribuído ao juiz do *civil law*. Demonstra que com a evolução desta teoria, é função precípua do interprete reconstruir a norma a partir dos elementos textuais e extratextuais das ordens jurídicas. *In verbis*:

A evolução da teoria da interpretação coloca na mão das Supremas Cortes a função de atribuir sentido ao direito (ou definir a interpretação adequada do texto legal), evidenciando a necessidade de a decisão da corte ser legitimada por uma argumentação racional.(...) a decisão deixa de se situar no local de “sentido exato da lei” e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou seja da racionalidade da interpretação. O direito, então, é interpretação e prática argumentativa e, assim a decisão ganha autonomia em relação a lei.

A atividade reconstrutiva, assim chamada pelos autores citados acima, ocorrerá através da interpretação operativa, entendida por Hermes Zaneti³¹ como aquela cuja a interpretação acrescenta conteúdo reconstituído ao ordenamento jurídico. Na mesma esteira, alerta Luigi Ferrajoli³²: “Só ocorre interpretação operativa se atividade identifica um caráter dúbio no sentido da interpretação. Não são, portanto, quaisquer decisões que formarão os precedentes, precedentes são apenas as decisões que acrescentam conteúdo ao ordenamento jurídico.”

No caso da interpretação operativa, a função interpretativa dos julgadores – juízes e tribunais, não é independente da função do Legisladores, nem das normas constitucionais trazidas na forma de limites e vínculos para decisão. Conforme ensina Zanetti³³, ao proferirem uma decisão que reconstrua o ordenamento jurídico, juízes e tribunais passam necessariamente pelos princípios democráticos, tradição jurídica e pela premissa racional de universalização, que vinculará os demais julgadores em momentos vindouros.

³⁰MARINONI, op. cit., p. 77.

³¹ZANETI JR., op. cit., In: DIDIER JR, op. cit., p. 142.

³²ZAFARONI apud ZANETI JR, op. cit., 2016, p. 421-423.

³³Ibid.

Inegável, diante de todo o exposto, que os precedentes não retiram a liberdade interpretativa dos juízes, por consequência a liberdade decisória – em seu real sentido.

Os precedentes não estão subordinados à letra fria da lei, entretanto, o princípio da legalidade é um limite à sua aplicação. Fica claro então, o papel dos juízes e tribunais de reconstruir, quando necessário, o ordenamento jurídico, a partir do direito posto e da Constituição, interpretando e aplicando o direito. De acordo com Zaneti,³⁴ “Quando há aplicação direta de lei ou precedente, sem necessidade da interpretação operativa, não há que se falar em força normativa dos precedentes, mas da força vinculante da própria lei ou precedente.”

Por fim, com base nos ensinamentos de Wambier³⁵ é o ambiente decisional que trará aos julgadores, a percepção das nuances do caso concreto, que poderá lhe conferir certa margem de liberdade; e se o juiz pode legitimamente levar em conta nas suas decisões alterações sociais que autorizam a divergir suavemente, nunca bruscamente do que até então estava estabelecido.

Segundo a autora é em ambientes decisoriais frouxos³⁶, onde o juiz predominantemente exercerá sua liberdade criativa, nos limites legais, podendo alterar o direito. Em seu entendimento, esse é o primeiro passo para a evolução e adaptação do direito – transformação das regras de direito material.

A segurança jurídica, nas palavras de Marinoni³⁷, romanticamente desejadas na tradição *civil law* pela estrita aplicação da lei, não poderá mais rejeitar o sistema de precedentes, há muito estabelecido pela *common law*, onde a possibilidade de decisões diferentes para casos semelhantes nunca foi ignorada e, por isso, tem como seu princípio basilar o tratamento equânime entre os casos iguais. Evitar-se-á assim, a incoerência da ordem jurídica, a desigualdade de decisões, a insegurança e a falta de efetividade na distribuição de justiça. Atenuando, o caos e a falta de senso comum.

CONCLUSÃO

A partir do discorrido no presente artigo, pôde-se constatar o movimento de convergência das principais tradições jurídicas ocidentais – *common law e civil law*.

³⁴Ibid.

³⁵WAMBIER, op. cit., p. 265.

³⁶Conceito utilizado pela autora para definir lacunas existentes no direito, seja pela ausência interpretações em normas abertas, ou ausência de posicionamentos firmados pelos Tribunais Superiores acerca de determinado tema, que concede certa dose de liberdade decisional para o magistrado.

³⁷MARINONI, MARINONI, op. cit., p. 13.

O sistema jurídico brasileiro, ao longo de sua construção, recepcionou diversos institutos estrangeiros, principalmente os da tradição jurídica *common law*, mesmo tendo sua base pautada nos princípios da escola romano-germânica, e sendo classicamente considerado um país de ordenamento jurídico do *civil law*, conforme demonstrado no corpo deste artigo. A ideia de hibridismo do ordenamento jurídico brasileiro trazido pelo direito Processual Civil contemporâneo, reforça a possibilidade de adaptar institutos importados de diferentes ordenamentos.

A introdução do sistema de precedentes judiciais obrigatórios, que passou a ter caráter vinculante, causou diversas controvérsias na comunidade jurídica.

Frente as reflexões apresentadas no decorrer da pesquisa, foi possível perceber que a aparente incompatibilidade do sistema de precedentes e a possibilidade de mitigação da liberdade decisória conferida aos julgadores do *civil law*, são as principais questões levantadas pelos juristas. Entretanto, através da análise dos diferentes tipos de liberdade, direcionadas aos juízes e judiciário como um todo, e da demonstração de suas reais definições, ficou constatada compatibilidade dos precedentes vinculantes, com o sistema jurídico adotado pelo Brasil.

Na prática, é necessário compreender a hermenêutica como ferramenta essencial para evitar a verticalização do judiciário e a aplicação puramente semântica dos precedentes, preservando a coerência, integridade e razoabilidade das decisões judiciais.

Por fim, esta pesquisa pretendeu sustentar através da definição de interpretação operativa, que o intérprete apenas acrescenta conteúdo reconstruído ao ordenamento jurídico – em ambientes frouxos. Posto isso, não cria novo direito e não tem autorização legal ou principiológica para decidir conforme sua consciência. O presente trabalho destacou também, que o ato de interpretar não é independente da função do legislador e não fere os limites das decisões judiciais, bem como qualquer norma prevista na Constituição, incluindo os direitos fundamentais.

O entendimento acerca da compatibilidade e a possibilidade de coexistência entre os institutos estudados, vem sido construído linearmente, qual seja, a aplicação correta dos precedentes, depende de uma mudança de paradigma, no que se refere a ideia de liberdade decisória arraigada no imaginário dos operadores do Direito no Brasil e que, portanto, não há afronta a qualquer diretriz constitucional, ou incompatibilidade com ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER,

JR, Fredie. [et al] *Precedentes/ coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC*, V.3, Salvador: Juspodvim, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo *CPC*. In: DIDIER, JR, Fredie. [et al] *Precedentes, coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC*. V.3. Salvador: Juspodvim, 2016.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*. V. 7. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. ed.4. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie et al. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. V. 3. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

_____; Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 18, 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio. O Poder Judiciário e sua independência. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*. v.3, nº 8, p. 121-149, 30 set. 2009. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/478/239>. Acesso em: 20 abr. 2020.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. *Revista Eletrônica Temas atuais de processo civil*, v. 1, n. 6, 2011.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes: O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? In: DIDIER, JR, Fredie [et al] *Precedentes/ coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC*, V.3. Salvador: Juspodvim, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

NERY JUNIOR, Nelson. *Poder do processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2013, p.149.

REDONDO, Bruno Garcia. *Precedente judicial no direito processual civil brasileiro: Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *O Que é Isto: Decido Conforme Minha Consciência*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 [e-book].

_____; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? In: DIDIER, JR, Fredie [et al] *Precedentes*, coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC, V.3; Juspodvim, 2016.

WAMBIER, Teresa arruda. *A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente* In: DIDIER, JR, Fredie [et al] *Precedentes*, coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC, V.3; Juspodvim, 2016.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes normativos vinculantes*. 2.ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

_____; Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes, In: DIDIER, JR, Fredie [et al] *Precedentes*, coordenadores, coleção grandes temas do novo CPC, V.3. Salvador: Juspodvim, 2016.