



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SISTEMA DE PRECEDENTES: DA ATIVIDADE JURISDICIONAL MERAMENTE
DECLARATÓRIA À FUNÇÃO CRIATIVA

Isabelle Vidal Aires

Rio de Janeiro
2019

ISABELLE VIDAL AIRES

SISTEMA DE PRECEDENTES: DA ATIVIDADE JURISDICIONAL MERAMENTE
DECLARATÓRIA À FUNÇÃO CRIATIVA

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

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

SISTEMA DE PRECEDENTES: DA ATIVIDADE JURISDICIONAL MERAMENTE DECLARATÓRIA À FUNÇÃO CRIATIVA

Isabelle Vidal Aires

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – a implementação de um sistema de precedentes judiciais no ordenamento brasileiro por meio do Código de Processo Civil de 2015 trouxe à tona uma série de reflexões acerca de isonomia e celeridade na solução de conflitos pelo Poder Judiciário. Cada vez mais se verifica a necessidade de uniformização da jurisprudência para a segurança jurídica no Brasil. A essência do trabalho é abordar a relevância da aplicação dos precedentes judiciais para esse fim, a compatibilidade do sistema com a ordem jurídica brasileira de origem *civil law* e o papel criativo do Poder Judiciário em colaboração com os outros Poderes na busca por uma tutela eficiente dos jurisdicionados.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Sistema de precedentes judiciais. Precedentes vinculantes. *Civil law*. *Common Law*. Atividade jurisdicional.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação dos precedentes judiciais: uma discussão pautada pelos princípios da celeridade e da isonomia. 2. Análise da compatibilidade dos precedentes judiciais com o sistema brasileiro da Civil Law. 3. Princípio da Separação dos Poderes: reflexão acerca da legitimidade do Poder Judiciário na criação de normas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática do sistema de precedentes judiciais, introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, e sua influência na atividade jurisdicional, que assume papel criativo da norma jurídica, na missão de proporcionar celeridade e segurança jurídica aos tutelados.

Objetiva-se discutir a implementação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico e seu impacto na forma como a atividade jurisdicional é desempenhada, bem como enfrentar as críticas doutrinárias acerca da introdução de tal sistema.

A recorrente instabilidade judicial apontou a necessidade da busca por decisões previsíveis e isonômicas. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o sistema de precedentes judiciais foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de proporcionar celeridade e segurança jurídica aos tutelados.

O Brasil é um país pertencente à tradição do *civil law*, que tem a lei como principal fonte do Direito. Tendo em vista que uma mesma lei comporta inúmeras interpretações, o que pode

conferir tratamentos distintos para casos idênticos, identifica-se a necessidade de importar a técnica dos precedentes originária do sistema do *common law*.

O tema constitui debate de relevo no meio acadêmico, haja vista as severas críticas de parcela doutrinária aos precedentes judiciais. No entanto, a teoria dos precedentes não representa a erradicação da liberdade no desempenho da função judicante. Pelo contrário, convoca o Poder Judiciário a dar soluções isonômicas a casos semelhantes, honrando a confiança depositada nele pelo jurisdicionado.

Dessa forma, o sistema de precedentes judiciais à luz do Código de Processo Civil de 2015 agrega estabilidade, segurança e celeridade ao Poder Judiciário e às decisões por ele proferidas.

No primeiro capítulo, será abordada a necessidade da implementação da teoria dos precedentes judiciais para solucionar o problema da instabilidade e insuficiência judicial, gerando a segurança jurídica e celeridade buscadas.

Por sua vez, no segundo capítulo, será analisada a compatibilidade do sistema de precedentes judiciais com o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de o Brasil pertencer à tradição do *civil law*.

Por fim, no terceiro capítulo, se verificará que a atuação criativa do Poder Judiciário, ao extrair normas jurídicas dos precedentes judiciais, não carece de legitimidade, tampouco viola o princípio da separação dos Poderes.

A metodologia empregada no presente trabalho baseia-se na pesquisa bibliográfica, da qual se extrai os ensinamentos e debates acerca do tema. Para tanto, a abordagem do objeto dessa pesquisa será quantitativa.

Ademais, a pesquisa jurídica será exploratória, vez que trata de temática recentemente introduzida no ordenamento jurídico, e explicativa, quanto a conceitos e outros aspectos já definidos por estudiosos do assunto.

1. A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ISONOMIA

A recorrente instabilidade judicial apontou a necessidade de buscar decisões previsíveis. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015¹, o sistema de precedentes judiciais foi

¹BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 23 set. 2019

introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a fim de dotá-lo de celeridade, isonomia e segurança jurídica.

Dessa forma, torna-se necessária, primeiramente, a análise e conceituação dos pressupostos de criação dos precedentes judiciais.

À luz da doutrina de Alexandre Câmara², precedente é:

O pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Dito de outro modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, a partir de outra decisão proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente.

O precedente é a decisão judicial proferida pelo magistrado no âmbito do caso concreto que, ao abordar todos os principais argumentos relacionados à questão de direito do caso³, poderá ter seu elemento normativo aplicado a casos análogos posteriores, servindo como diretriz decisória a subordinar julgamentos futuros⁴.

Por certo, os precedentes não possuem força de lei. Entretanto, têm previsão na Constituição da República e, em razão disso, as decisões que gozam desta eficácia já nascem com esta condição.

Diante disso, Ronaldo Cramer⁵ definiu precedente como todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos.

O pronunciamento judicial deve reunir três características, para que seja considerado precedente: (i) ser um julgado de tribunal; (ii) ser uma norma criada a partir da interpretação das leis; e (iii) ter se tornado estável⁶.

No que concerne ao primeiro pressuposto, em respeito à regra da colegialidade, não é possível que uma decisão do relator seja considerada como precedente. Ainda, cumpre ressaltar que os fundamentos determinantes da decisão devem ter sido adotados pela maioria dos

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 432.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216.

⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 513.

⁵ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 86.

⁶ *Ibidem*, p. 87-88.

integrantes do tribunal julgador, como se extrai do Enunciado 317, do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁷ (“FPPC”).

Em relação ao segundo pressuposto, é certo que o precedente é uma norma criada a partir da interpretação das regras e princípios aplicados ao caso concreto. Por fim, quanto ao último pressuposto do precedente, faz-se necessário que o julgado do tribunal não esteja sujeito à interposição de recurso, visto que isso ocasionaria a possibilidade de modificação da decisão.

No sistema de precedentes, a fundamentação do julgado é composta pela *ratio decidendi* e pelo *obiter dictum*, além dos três elementos obrigatórios de qualquer decisão, quais sejam: (i) o relatório, (ii) a fundamentação e (iii) o dispositivo.

A *ratio decidendi* constitui a norma geral extraída do caso concreto que servirá como fonte de direito para casos futuros idênticos. Desse modo, somente é possível considerar *ratio decidendi* a regra jurídica que tenha a capacidade de ser universalizada, não obstante sua criação casuística⁸.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni⁹, a *ratio decidendi* se encontra dentro da fundamentação, mas não se confunde com ela. O autor acrescenta que o elemento compreende as razões necessárias e suficientes para a solução da causa. Com efeito, a *ratio decidendi* é a própria norma do precedente.

De acordo com Alexandre Câmara¹⁰, o resultado do julgamento não possui relevância, vez que o caráter vinculativo do precedente se encontra na fundamentação, não no dispositivo da decisão.

Por sua vez, o *obiter dictum*, como bem destaca Cramer¹¹, é todo argumento dispensável para determinar a norma do precedente, sem nenhuma relevância para a decisão proferida, incluindo digressões, ilustrações e complementações.

Ademais, os precedentes se dividem quanto à eficácia, isto é, alguns têm o poder de vincular julgamentos futuros, outros não. Dessa forma, existem os precedentes dotados de vinculação absoluta, os chamados precedentes vinculantes; e os precedentes com eficácia persuasiva, os precedentes persuasivos.

Os precedentes vinculantes são de aplicação obrigatória, ou seja, o órgão julgador, ao se deparar com um caso que já possui tese jurídica firmada, está vinculado a ela.

⁷ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados aprovados em Belo Horizonte*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 17 set. 2019.

⁸ DIDIER JR., op. cit., p. 513-515.

⁹ MARINONI, op. cit., p. 149.

¹⁰ CÂMARA, op. cit., p. 447-449.

¹¹ CRAMER, op. cit., p. 107.

Prelecionam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira¹² que se verifica o efeito vinculante quando a norma jurídica geral (*ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação da decisão tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando os órgãos jurisdicionais a adotarem aquela mesma tese jurídica.

Por sua vez, os precedentes de eficácia persuasiva e argumentativa não possuem efeitos de aplicação obrigatória. Entretanto, não podem ser ignorados pelos órgãos jurisdicionais, deve haver sempre uma fundamentação específica que justifique a sua não aplicação¹³.

Diante disto, no caso dos precedentes persuasivos é admissível decisão conflitante, se o órgão responsável pelo julgamento discordar do entendimento. No entanto, é imprescindível que a decisão esteja devidamente fundamentada, indicando os motivos pelos quais é legítimo o julgamento em sentido diverso.

Conforme Ronaldo Cramer¹⁴, independentemente da eficácia atribuída ao precedente, a sua aplicação pressupõe a demonstração de um enquadramento entre ele e o caso concreto. Em suas palavras, o precedente somente será aplicado quando “houver identidade de tese jurídica e semelhança de fatos entre os casos, o do precedente e o sob julgamento”.

Havendo semelhança entre o caso do precedente vinculante e o caso sob julgamento, o precedente será necessariamente aplicado. Em qualquer caso, o magistrado deve fundamentar a aplicação do precedente ao caso concreto, nos termos do artigo 489, § 1º, V do Código de Processo Civil.

De modo diverso, quando não houver identidade de tese jurídica e semelhança de fatos, não ocorrerá a aplicação do precedente. Em razão disso, se o precedente for de eficácia vinculante, utiliza-se os institutos da distinção e da superação, sendo certo que em ambos os casos o magistrado também deverá motivar a sua decisão.

A técnica da distinção importa na não aplicação do precedente vinculante quando o caso concreto não possui fatos semelhantes ou não guarda os mesmos fundamentos jurídicos do caso do precedente.

Por sua vez, diz Cramer¹⁵ que a superação trata da “revogação do precedente por outro precedente proferido pela mesma corte que criou o anterior ou por uma corte hierarquicamente superior”.

¹² DIDIER JR., op. cit., p. 514.

¹³ CÂMARA, op. cit., p. 440.

¹⁴ CRAMER, op. cit., p. 139.

¹⁵ CRAMER, op. cit., p. 145.

Ressalta-se, portanto, que a aplicação do sistema de precedentes traz mais celeridade e efetividade ao Poder Judiciário, acelerando o procedimento dos processos e adiantando a entrega da tutela jurisdicional, ainda mais para as causas repetitivas¹⁶.

Alguns exemplos de tal aplicação são a improcedência liminar (art. 332, inciso I a IV, CPC), a tutela de evidência (art. 311, inciso II, CPC), a dispensa de remessa necessária quando a sentença for escorada em precedente (art. 496, parágrafo 4º, incisos I a III, CPC), a possibilidade de decisão monocrática do relator para dar ou negar provimento com fundamento em precedente (art. 932, incisos IV e V, CPC), previsão de decisão do presidente do tribunal a quo que nega provimento do recurso excepcional baseada em precedente (art. 1030, I, alínea B, CPC).

Além disso, os precedentes auxiliam na estabilidade da jurisprudência ao prestigiar o princípio da isonomia, vez que sua própria razão de ser é a adoção de soluções uniformes em casos idênticos.

2. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COM O SISTEMA BRASILEIRO DA *CIVIL LAW*

As expressões *Common law* e *Civil law* tratam dos dois grandes sistemas que comportam tradições jurídicas diversas quanto à concepção do Direito e sua aplicação. As duas “famílias”, como são tradicionalmente chamadas, demonstram formas diferentes de compreensão de como se dá a criação das normas. Cada país, devido a sua formação e desenvolvimento históricos, acolhe um desses sistemas.

Em síntese, na tradição do *common law*, a principal fonte do direito consiste nos precedentes judiciais. Diante disso, a norma jurídica é extraída, via de regra, do julgamento de casos concretos pelos Tribunais para a sua posterior aplicação aos casos idênticos.

Nesse sistema, os precedentes são criadores, não interpretativos, porque a jurisprudência é a principal fonte de normas. Como preleciona Benjamin Cardozo¹⁷, “o método é indutivo, e ele desenha suas generalizações dos casos particulares”. Isso se justifica vez que a tradição prestigia o direito processual em detrimento do direito material, fazendo do Poder Judiciário o seu grande protagonista.

¹⁶ Ibidem, p. 61

¹⁷ CARDOZO, Benjamin N. *The nature os the judicial process*. New Heaven e Londres: Yale University Press, 1921, p. 22-23.

De modo diverso, na tradição do *civil law*, a lei é a principal fonte irradiadora do direito, depreendendo-se dela a norma jurídica que servirá para disciplinar todos os casos previstos em sua hipótese de incidência. Nessa família, portanto, o papel de destaque pertence ao Poder Legislativo, motivo pelo qual há uma preponderância do direito material em relação ao direito processual¹⁸.

Segundo Patrícia Perrone Campos Mello¹⁹, a lei pretende abranger uma variedade de casos futuros em sua moldura. Por um método dedutivo, que parte do comando geral para regular a situação particular, os casos deverão encontrar sua solução na norma. A lei, naturalmente, tem o benefício de tornar o direito mais sistemático, sua generalidade e abstração, todavia, tornam seu significado final em uma consequência da aplicação feita pelos juízes.

Nada obstante, os sistemas passaram a apresentar notáveis pontos de convergência contemporaneamente. Verifica-se essa tendência de aproximação na medida em que cada sistema vem incorporando institutos próprios do outro, com o objetivo de tentar solucionar de forma mais eficiente os problemas práticos inerentes ao seu modelo.

A recepção de institutos de uma tradição em outra, sem descaracterizá-la, é a chamada técnica de recepção jurídica. Verificando a existência de falhas em sua cultura jurídica, o operador do direito busca institutos no direito comparado que possam ser úteis e eficazes para resolver tais problemas.

Entretanto, ressalta-se que não há nesta convergência uma descaracterização da tradição original, vez que preponderam as suas características. O que ocorre é uma influência do outro modelo, com a incorporação de algumas de suas qualidades.

Sobre este tema, Freddie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza²⁰:

[...] O Direito brasileiro não aderiu, com uma penada legislativa, à tradição jurídica da *common law*, tão somente porque adotou um sistema de precedentes vinculantes nos seus tribunais superiores, ou porque já instalou um regime de respeito aos precedentes baseado na atribuição de eficácia processual à jurisprudência – afinal, já foram muitas as incorporações de elementos jurídicos transplantados de sistemas ou tradições estrangeiras. Se há *crossing over* jurídico em curso nos diversos sistemas jurídicos, isto não desnatura a sua forte carga genética que lhes dá identidade e significação.

¹⁸ CRAMER, op. cit., p. 28.

¹⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47.

²⁰ DIDIER JUNIOR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, n° 2, p. 119-, jul-dez. 2015.

A recepção jurídica não consiste na importação pura e simples da técnica ou instituto de uma família jurídica para outra, motivo pelo qual é preciso adaptar o instituto para torná-lo compatível com o ordenamento receptor, de maneira que se encaixe harmoniosamente nele²¹.

Diante disto, os países afiliados à tradição do *civil law* vêm apresentando a tendência de aplicação mais contundente dos precedentes, a fim de garantir maior segurança e isonomia nas respostas judiciais. Por sua vez, os países da família do *common law* vêm editando leis com mais frequência, de modo a produzir normas jurídicas de forma mais célere.²²

A adoção do sistema de precedentes judiciais pelo ordenamento jurídico brasileiro, portanto, implica adaptações a partir da sua concepção original. Como o Brasil é um país afiliado à tradição do *civil law*, o tema deve ser peculiarizado nesses moldes²³.

Dessa forma, não se pretende transformar o sistema jurídico brasileiro em *case law*, tal como nos países de tradição do *common law*. O que se almeja é conjugar o modelo do direito legislado com um sistema de precedentes, que criará as normas com fundamento nas leis vigentes.

A convergência do nosso sistema em direção ao *Common Law* se deu por um objetivo específico: implementar um sistema de precedentes, de modo a gerar parâmetros decisórios, principalmente, para as causas repetitivas, assegurando isonomia e celeridade ao Direito²⁴.

Por conseguinte, cumpre ponderar a importante diferença entre os precedentes aplicados pelos países de origem do *common law* e aos adotados pelo Brasil.

Nos países da matriz do *common law*, o julgado não é reconhecido como precedente no instante de seu nascimento, ele adquire este status por meio de decisões posteriores. Em outras palavras, a decisão torna-se um precedente a partir do momento em que é utilizada como fundamento para casos futuros.

Sob este aspecto retrospectivo do precedente, o magistrado deverá buscar um precedente que trate do mesmo problema jurídico, ao verificar a questão legal a ser enfrentada no novo litígio. A partir da constatação de que a nova causa é um caso análogo a um precedente, o juiz deverá obrigatoriamente aplicar a conclusão do julgado anterior²⁵.

Ao contrário, no direito brasileiro, há previsão na Constituição Federal dos precedentes vinculantes. Em razão disso, já são conhecidas previamente as decisões que gozam desta

²¹ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 70.

²² *Ibidem*, pp. 78-79.

²³ CÂMARA, op. cit., p. 442.

²⁴ CRAMER, op. cit., p. 33.

²⁵ MELLO, op. cit., p. 23.

eficácia, sendo prescindível o reconhecimento delas como tal por decisões posteriores. Diante disso, o julgado já nasce para vincular.

Segundo Alexandre Câmara²⁶:

[...] nos sistemas jurídicos vinculados à tradição de common law, quem diz que uma decisão judicial é precedente é o juiz do caso seguinte. Explique-se melhor: quando, em um ordenamento jurídico ligado à tradição anglo-saxônica, um tribunal julga uma causa, não se sabe se aquela decisão será ou não, no futuro, tida por precedente. Apenas quando, posteriormente, surge um segundo caso cujas circunstâncias são análogas à do caso anterior é que o órgão jurisdicional a quem incumba a função de julgar este segundo caso afirmará que aquela primeira decisão é um precedente.

O Código de Processo Civil de 2015, na esteira da Constituição da República, trouxe mecanismos que tornam a decisão judicial, de plano, em um precedente judicial, principalmente em seu artigo 927.

Importa esclarecer que o precedente persuasivo não nasce dotado dessa condição, diferente do vinculante. Conforme conceituado anteriormente, ele é extraído de decisões dos Tribunais e deve ser considerado, mas não possui a eficácia de obrigatoriedade. Assim sendo, torna-se precedente posteriormente, no momento em que é reconhecido como tal pelo órgão julgador que proferirá decisão futura.

Aponta Ronaldo Cramer²⁷ que é irrelevante se o pronunciamento nasce como precedente ou é reconhecido dessa forma posteriormente. Para o autor, no sistema brasileiro, o momento do reconhecimento do precedente é desimportante para a sua caracterização, diferente da visão retrospectiva do precedente no sistema de *common law*.

Portanto, verifica-se que o sistema de precedentes é compatível com a ordem jurídica brasileira, apesar da afiliação à tradição *civil law* do país. Ademais, não há uma transmutação de um sistema para outro, apenas a influência da família da *common law* por meio da implantação do sistema de precedentes para assegurar a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade processual.

3. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: REFLEXÃO ACERCA DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA CRIAÇÃO DAS NORMAS

Existe grande debate acadêmico acerca da legitimidade do Poder Judiciário para a produção de normas por meio da criação de precedentes. Tal controvérsia implica a

²⁶ CÂMARA, op. cit., p. 443.

²⁷ CRAMER, op. cit., p. 28.

compreensão de outra, na qual a doutrina se divide naqueles que entendem que o artigo 927 do CPC elenca precedentes de natureza persuasiva e aqueles que entendem que o rol do artigo 927 é de precedentes vinculantes.

A primeira posição doutrinária, em apertada síntese, sustenta que o *caput* do artigo 927 exige que os juízes e tribunais apenas levem em conta as decisões ou enunciados sumulares elencados em tal dispositivo²⁸.

Desse modo, os demais órgãos jurisdicionais devem considerar os precedentes persuasivos criados pelos Tribunais e elencados no artigo 927. No entanto, não ficam obrigatoriamente vinculados, motivo pelo qual podem decidir de forma distinta, desde que fundamentadamente.

Na concepção dessa corrente, a eficácia vinculante das decisões só pode existir a partir de previsão constitucional. Em razão disso, tão somente as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, cuja previsão encontra-se no artigo 102, §2º, da Constituição da República, e os enunciados de súmula vinculante, dispostos no artigo 103-A, da Constituição da República, gozam de efeito de natureza obrigatória.

A segunda parcela acadêmica defende que o rol de precedentes elencado pelo Código de Processo Civil é vinculativo. A vinculação do Poder Judiciário por um precedente emitido por ele próprio constitui hipótese de autorregramento, sendo possível sua previsão apenas em lei federal. Razão pela qual, conforme a segunda posição doutrinária, o art. 927²⁹, CPC estabeleceu um rol de precedentes vinculativos, ou seja, de observância obrigatória.

O Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis³⁰ corrobora esse entendimento, orientando: “as decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

Ronaldo Cramer³¹ acompanha essa corrente, destacando que, ao longo do processo legislativo do novo Código, o legislador optou por retirar o termo “em princípio” da redação do dispositivo, indicando a intenção de estabelecer um rol de precedentes vinculantes. Por isso, sustentam Didier, Braga e Oliveira³² que os Tribunais e juízes deverão conhecer os precedentes de ofício, sob pena de omissão e denegação de Justiça.

²⁸ CÂMARA, op. cit., p. 440.

²⁹ DIDIER JR., op.cit., 2018, p. 455.

³⁰ FPPC, op. cit., p. 28.

³¹ CRAMER, op. cit., p. 190-191.

³² DIDIER JR., op. cit., 2018, p. 528-529.

Ainda acrescenta Cramer³³ que a utilização do termo “observar”, inserido no *caput* do art. 927, evidencia uma imposição legal ao aplicador do direito de observar os precedentes ali elencados, ou seja, não se trata de uma faculdade.

Quanto ao ponto da autorização constitucional, arguido pela primeira corrente, a previsão só é necessária para garantir força vinculante quando os precedentes vincularem, além do próprio Poder Judiciário, a Administração Pública Direta e Indireta (Poder Executivo), quais sejam, as decisões de controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes.

Justifica-se tal entendimento vez que esses precedentes obrigam os outros poderes, portanto, são vinculantes em essência, não somente vinculativos. Deste modo, a eficácia vinculante destes precedentes tem assento constitucional porque interfere na separação de poderes³⁴.

Na medida em que o precedente vinculante tem força normativa, surgem questionamentos acerca da possibilidade de o magistrado, não eleito democraticamente, proferir decisões vinculativas.

A parcela doutrinária que argumenta contra a eficácia obrigatória dos precedentes sustenta que o Poder Judiciário exerce função legiferante atípica ao criá-los. Por isso, o juiz estaria imiscuindo-se nas atribuições do legislador, sem autorização constitucional, ferindo o princípio da separação de Poderes.

Entretanto, preleciona Teresa Wambier e Bruno Dantas³⁵:

Costuma-se apontar para a tripartição de poderes como sendo o único empecilho para se admitirem precedentes obrigatórios, já que o juiz não estaria vinculado senão à lei. Por outras palavras, trata-se do único argumento a apoiar a tese de inconstitucionalidade. Entretanto, o princípio da separação de poderes deve ser compreendido e moldado à luz da própria Constituição Federal. Deve ser adotado numa versão compatível com as exigências sociais atuais e com as da própria Constituição Federal: aqui fazemos menção à necessidade de que as normas constitucionais fundamentais sejam plenamente realizadas no plano empírico.

O julgado dá origem a duas normas, nos moldes no sistema de precedentes: uma geral, que é a norma do precedente, e uma individual, que soluciona o próprio caso concreto. Em qualquer caso, a norma é delineada pelos tribunais com base em texto normativo, não a partir da vontade dos julgadores ou dos costumes da sociedade.

³³ CRAMER, op. cit., p. 189.

³⁴ Ibidem, p. 189.

³⁵ WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, ecurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 280.

O texto normativo, por sua vez, é a própria lei ou conforme a lei, motivo pelo qual o Poder Judiciário, que constrói o precedente, está sempre limitado pela intenção do Poder Legislativo e pelos sentidos concebidos por ele na produção legislativa.

Ronaldo Cramer³⁶ preleciona que, embora rara a possibilidade de uma norma jurídica ser forjada com base em um costume, ainda que isso ocorra excepcionalmente, os tribunais só poderão fundamentar em um costume harmonizado com a lei. Em outras palavras, para fabricar uma norma no sistema brasileiro a partir de um costume, esse não pode violar a lei.

Nesse diapasão, no sistema jurídico brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni³⁷ chama os precedentes de interpretativos, vez que são criados a partir da lei. O juiz manipula a lei de forma criativa, contudo, está vinculado a ela, sua liberdade consiste em determinar, caso a caso, o perímetro ou o contorno das determinações legais³⁸.

À luz do artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal, todo poder emana do povo e os parlamentares, criadores das leis, são representantes eleitos por ele, para exercer o poder em nome dele.

Por conseguinte, não há que se falar em ausência de legitimidade do Poder Judiciário, haja vista ser o precedente forjado a partir da lei, que é produto da vontade popular. Sendo assim, arremata Cramer³⁹ que “os tribunais, quando extraem a norma do precedente a partir das leis ou em harmonia com elas, conformam-se com tal vontade”.

Dessa forma, ainda que os magistrados não sejam democraticamente eleitos, produzem as normas conforme a vontade popular, vez que limitados por parâmetros estabelecidos pelo legislador. O Poder Judiciário não tem poder de inovar e o sistema de precedentes não carrega essa pretensão.

Já houve grande debate no seio de ambas as famílias de *civil law* e *common law* se o juiz meramente declara o direito preexistente ou o cria, ao proferir uma decisão. Entretanto, a partir do entendimento de que o texto normativo e a norma não se confundem, impõe-se reconhecer que a decisão judicial cria a norma, com base na interpretação do dispositivo legal.

Conforme ensinam Teresa Wambier e Bruno Dantas⁴⁰, o reconhecimento de que o juiz, ao decidir, pode criar direito em diferentes dimensões e medidas não o equipara a um legislador. O juiz cria direito porque, ao interpretar a lei, estará exercendo, ainda que minimamente, seu poder criativo.

³⁶ CRAMER, op. cit., p. 95.

³⁷ MARINONI, op. cit., p. 254.

³⁸ WAMBIER, op. cit., p. 124.

³⁹ CRAMER, op. cit., p. 189.

⁴⁰ WAMBIER, op. cit., p. 280.

Justifica Cândido Rangel Dinamarco⁴¹ que as normas produzidas pelos juízes não dispõem de todo o caráter de generalidade e abstração que supostamente faria deles autênticos legisladores. Isso, porque a eficácia vinculante de decisões judiciais situa-se num plano intermediário entre o abstrato da lei e o concreto das decisões em casos concretos.

Consoante exposto, o Judiciário não produz a norma sem limites hermenêuticos. A norma é criada por meio de interpretação do dispositivo legal ou de outro texto normativo conforme a lei, conseqüentemente, sempre haverá parâmetros a serem observados impostos pelos parlamentares, eleitos diretamente pelo povo. Tais limites legais têm a função imprescindível de conferir legitimidade democrática à atividade jurisdicional.

É incontestável que a obrigatoriedade da observância dos precedentes por todos os órgãos jurisdicionais traz inúmeras vantagens àqueles que demandam uma posição jurisdicional, como segurança jurídica, isonomia e celeridade processual.

Além disso, o sistema de precedentes judiciais constitui a ferramenta mais rápida e eficaz para que o Direito acompanhe as mudanças na sociedade e, conseqüentemente, as demandas judiciais, que carregam litígios inerentes e contemporâneos à realidade social. É notória a lentidão do processo legislativo para aprovação de novas leis, portanto, um diálogo entre todos os Poderes é o caminho lógico para alcançar a eficiência na resolução de conflitos.

CONCLUSÃO

Este trabalho abordou a grande controvérsia acerca da inserção no ordenamento jurídico brasileiro do sistema de precedentes judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015. O embate configura-se, principalmente, em torno da eficácia de tais precedentes, visto que há certa relutância no seio acadêmico em aceitar que todos os precedentes tratados no artigo 927 sejam vinculativos.

Assim, por um lado, é questionada a adoção de uma teoria dos precedentes vinculantes por meio de uma norma infraconstitucional sem que exista autorização constitucional. Tal argumento se funda na possibilidade de violação da Constituição da República, que teria reservado a obrigatoriedade das decisões a casos específicos nela constantes.

⁴¹ CRAMER apud DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 100, p. 178-179, out.-dez., 2000.

Entretanto, se concluiu que os precedentes vinculativos configuram espécie de autorregramento do Poder Judiciário. Como tal, podem ser veiculados por meio de lei federal, não se tratando de hipótese de violação ao princípio da separação dos Poderes.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que as vantagens advindas da criação de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro são indiscutíveis, auxiliando na uniformização da jurisprudência e evitando a insegurança jurídica decorrente das decisões contraditórias dos tribunais.

Fato é que a aplicação dos precedentes judiciais coíbe o tratamento desigual aos destinatários do direito e manifesta-se como mais uma garantia ao direito a solução integral do mérito dentro da razoável duração do processo, devido à agilidade que sua implementação agrega à tutela jurisdicional.

Quanto à questão que se descortinou no segundo capítulo, a implementação de uma teoria dos precedentes não descaracteriza a ordem jurídica como pertencente ao sistema de *civil law*. Pelo contrário, os precedentes judiciais objetivam preencher falhas na cultura jurídica brasileira, ao prestigiar a isonomia e a celeridade da resposta jurisdicional.

Na medida em que o precedente tem força normativa, torna possível o caminhar do Direito junto à realidade social. É certo que a principal fonte do *civil law* para transformar e pautar a realidade continua sendo a lei. Contudo, a evolução do contexto histórico-social é constante e novas leis não poderiam sozinhas acompanhar com efetividade e rapidez as mudanças sem a atividade criativa do Poder Judiciário.

Portanto, restou evidente que a função criativa do Poder Judiciário é essencial para a segurança jurídica, a celeridade e a eficácia para a tutelas dos jurisdicionados. Os três Poderes devem dialogar entre si e colaborar para maior efetividade na solução de conflitos, assegurando uma convivência social harmônica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 set. 2019

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature os the judicial process*. New Heaven e Londres: Yale University Press, 1921.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; 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*. v. 2. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

_____. SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, nº 2, jul-dez. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 100, out.-dez., 2000.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados aprovados em Belo Horizonte*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 17 set. 2019.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. Fredie Didier Jr. et al. (coord.). Precedentes. Salvador: Jus Podvdm, 2015.

WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.