

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES PREVISTO
NO CPC/15: UMA ANÁLISE ACERCA DA ADEQUAÇÃO DO INSTITUTO AO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

ANA CAROLINA LIMA AYRES

Rio de Janeiro
2019/1º semestre

ANA CAROLINA LIMA AYRES

**A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES PREVISTO
NO CPC/15: UMA ANÁLISE ACERCA DA ADEQUAÇÃO DO INSTITUTO AO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann.**

**Rio de Janeiro
2019/1º semestre**

CIP - Catalogação na Publicação

A985i Ayres, Ana Carolina Lima
A Implantação do Sistema de Precedentes
Vinculantes Previsto no CPC/15: Uma Análise Acerca
da Adequação do Instituto ao Ordenamento Jurídico
Brasileiro / Ana Carolina Lima Ayres. -- Rio de
Janeiro, 2019.
68 f.

Orientador: Guilherme Kronenberg Hartamann.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Precedentes Judiciais. 2. Processo Civil. 3.
Racionalidade das Decisões. 4. Direito
Constitucional. I. Hartamann, Guilherme Kronenberg,
orient. II. Título.

ANA CAROLINA LIMA AYRES

**A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES PREVISTO
NO CPC/15: UMA ANÁLISE ACERCA DA ADEQUAÇÃO DO INSTITUTO AO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

_____ **Orientador**

_____ **Co-orientador (Opcional)**

_____ **Membro da Banca**

_____ **Membro da Banca**

Rio de Janeiro
2019/1º semestre

AGRADECIMENTOS

Por toda a minha jornada na FND, agradeço, primeiramente, aos meus pais, que sempre me deram todo suporte e apoio para seguir em frente. Agradeço também à minha amiga Ana Beatriz Bueno, que sempre esteve do meu lado. Por fim, no que diz respeito à presente monografia, agradeço, especialmente, aos meus professores de processo civil que, ao longo deste curso de direito, despertaram em mim o interesse e amor pela disciplina. Aqui, cito André Roque e Márcia Xavier, que lecionaram a matéria para a turma de 2014.2, bem como o meu orientador Guilherme Hartmann e seu antecessor na função, Walter Rodrigues. Obrigada por tudo!

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar as principais características do Sistema de Precedentes Vinculantes previsto no Código de Processo Civil de 2015 e a sua adequação ao Ordenamento Jurídico brasileiro. A referida codificação processual, ao sistematizar os precedentes judiciais, conferindo-lhes força obrigatória para conformar o Judiciário às suas razões, elevou-os ao patamar de fonte primária do direito, engendrando uma consequente alteração no panorama da racionalidade das decisões tomadas sob a sua égide. Objetivou o legislador, ao importar o instituto, que é originário de tradição jurídica diversa da nossa, conferir ao Judiciário pátrio maior celeridade e higidez, com uma pretensão uniformizadora da jurisprudência nacional. Ocorre que, conforme será explanado ao longo da presente produção, a aplicação dos precedentes obrigatórios, conforme estruturados na legislação em vigor, suscita diversos questionamentos acerca de sua possível inconstitucionalidade, cindindo a doutrina em diversas correntes. Mediante considerações históricas, objetiva-se neste estudo a construção de um raciocínio que esclareça se a adoção do inédito Sistema de Precedentes Vinculantes poderia violar a integridade do nosso Ordenamento Jurídico.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais; Processo Civil; Racionalidade das Decisões; Direito Constitucional.

ABSTRACT

This current project intent to analyze the main characteristics of the Binding Precedents System provided for in the Code of Civil Procedure of 2015, as well as the aspects of its harmonization with the Brazilian Legal Order. The aforementioned procedural codification, by systematizing the judicial precedents, giving them mandatory force to conform the Judiciary to their reasons, elevated them to the level of primary source of the right, engendering a consequent alteration in the panorama of the rationality of the decisions taken under its aegis. The aim of the legislature, when importing the institute, which originates in a legal tradition different from ours, gives the country's judiciary greater speed and robustness, with an uniformizing pretension of the national jurisprudence. It occurs that, as will be explained throughout the present production, the application of mandatory precedents, as structured in the current legislation, raises several questions about its possible unconstitutionality, dividing the doctrine in diverse currents. Based on historical considerations, this study aims to construct a rationale that clarifies whether the adoption of the unprecedented System of Binding Precedents could violate the integrity of our Legal Order.

Keywords: Judicial Precedents; Civil lawsuit; Rationality of Decisions; Constitutional right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 CONTEXTO HISTÓRICO.....	11
1.1 Breves Considerações Acerca das Tradições Jurídicas do <i>Civil Law</i> e do <i>Common Law</i>	11
1.2 Historicidade do Panorama da Racionalidade das Decisões no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	17
2 TEORIA DOS PRECEDENTES À LUZ DO CPC/15.....	26
2.1 Conceitos Fundamentais.....	26
2.2 Sistemática dos Precedentes Vinculantes previstos no CPC/15.....	37
3 ADEQUAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES PREVISTO NO CPC/15 AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	50
3.1 Análise de Conformidade dos Precedentes Vinculantes ao Ordenamento Jurídico Brasileiro sob o Viés da Historicidade.....	50
3.2 Conceito de Precedentes Interpretativos como Solução para o <i>Civil Law</i> no momento Pós-Positivista do Direito.....	53
3.3 Potencial Inconstitucionalidade na Sistematização dos Precedentes Vinculantes Prevista no CPC/15.....	55
3.4 Tendência de Valorização dos Precedentes em Países de <i>Civil Law</i>	61
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como principal objetivo o estudo do Sistema de Precedentes Vinculantes implementado com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15) e a análise de sua harmonização com a integralidade do Ordenamento Jurídico brasileiro.

O Novo CPC – como será chamado, apesar dos seus mais de três anos de vigência¹ – trouxe para Ordenamento Jurídico pátrio uma novidade, qual seja, a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios (ou vinculantes), através do qual diversos proferimentos judiciais que antes tinham força apenas persuasiva, passaram a ter caráter vinculante, conformando a atuação do Poder Judiciário às suas razões.

Objetivou o legislador, pois, que a norma geral contida na fundamentação de certas decisões judiciais vinculasse todo o Ordenamento, o que fez sob a bandeira da necessidade de melhoria da prestação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, os Precedentes Obrigatórios foram implementados com a finalidade de racionalizar a atuação Poder Judiciário brasileiro, garantindo à sociedade uma expectativa de coesão, coerência e celeridade nos proferimentos judiciais, que deveriam passar a respeitar uma lógica de obediência aos seus próprios posicionamentos anteriores.

Nesse ponto, mister ressaltar a inquestionável falência do Judiciário brasileiro, que, há muito, atua de forma ineficiente². É o que se depreende dos diversos dados estatísticos levantados pelo Conselho Nacional de Justiça, especialmente aqueles referentes aos anos anteriores à vigência do novo código.

¹ Conforme definição do Superior Tribunal de Justiça, a Lei Federal nº 13.105/15 entrou em vigor no dia 18/03/2016. In.: STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado administrativo n. 1**. Enunciados aprovados pelo Plenário do STJ na Sessão de 2 de março de 2016, online.

² Cita-se Leonardo Greco quando, em 2013, da análise de possíveis caminhos para solucionar a crise da administração da Justiça brasileira, conclui que: “A atual crise da justiça se insere num contexto mais amplo de crise do próprio Estado e de perda de credibilidade das instituições políticas. (...) No âmbito da administração da justiça, enfraquece-se a noção de jurisdição como atuação da vontade da lei e fortalece-se a ideia de jurisdição como instrumento de pacificação social, de tutela dos direitos dos mais fracos e das minorias e de suprimento dos déficits do desempenho dos poderes legislativo e executivo.” Cf. GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coords.). **O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 11.

A título demonstrativo, pode-se apontar o fato de que o relatório elaborado pela CNJ em 2018, tendo como ano-base 2017, classificou com bem sucedido o fato de que mais de 80 milhões de processos aguardavam solução definitiva, pelo fato de que, no ano base, “[...] foi a primeira vez que o volume de processos baixados superou o patamar de 30 milhões de casos solucionados, 6,5% a mais do que a demanda de casos novos”³.

Pelos números, percebe-se a gravidade da situação. Ora, temos que, mesmo após anos de vigência do CPC/15, com a aplicação dos diversos institutos por este previstos para otimizar a atuação do Judiciário brasileiro, como a sistematização dos precedentes obrigatórios, as melhorias para os jurisdicionados ainda são pequenas e, por conseguinte, não se mostram satisfatórias à garantia da duração razoável do processo⁴.

Logo, em caráter preliminar, para entendermos o porquê do estudo do tema, é preciso analisar brevemente em que contexto os Precedentes Obrigatórios se inserem no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Pois bem, o Sistema de Precedentes Obrigatórios, conforme já mencionado, é uma das novidades do Código de Processo Civil de 2015. A legislação, por seu turno, foi promulgada em um momento de crise institucional do Poder Judiciário, que, sem conseguir atender satisfatoriamente às demandas da sociedade, tornou-se um entrave à garantia constitucional da prestação da efetiva tutela jurisdicional⁵, expressão essencial do Estado Democrático de Direito⁶.

³ CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2019, online.

⁴ Nesse sentido, cita-se Cramer quando aduz que: “O novo CPC propõe resolver esse grave problema por meio da implementação de um sistema de precedentes. Assim, se é certo que um sistema de precedentes não resolverá, por si só, o problema do abarrotamento do Judiciário, também é indubitável que, sem isso, a Justiça brasileira tende a entrar em colapso”. In: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 04.

⁵ “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”. In.: BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.

⁶ A ineficácia na prestação da tutela jurisdicional é, por si só, inconstitucional, de forma que afirma Pinho: “Pela Teoria da Jurisdição Constitucional, o objetivo primário da jurisdição seria prescrever e aplicar os princípios constitucionais àquele processo”. In.: PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. 6ª Ed., Editora Saraiva, 2015, p. 153.

Já em seu primeiro artigo⁷, o Novo CPC demonstra seu espírito de permear de constitucionalidade o processo civil e, ao longo do Capítulo I do Livro I, elenca uma série de normas fundamentais que devem reger o processo civil, de forma a torná-lo instrumento de garantia de direitos⁸.

É nessa conjuntura de insatisfação e críticas dos jurisdicionados que o legislador brasileiro, seguindo uma tendência mundial de Convergência dos dois mais tradicionais Sistemas Jurídicos do mundo ocidental: o *Common Law* e o *Civil Law*⁹, optou, na elaboração do NCPC, por importar, do *Common Law*, os Precedentes Obrigatórios, implantando no Brasil, país tradicionalmente adepto do *Civil Law*, um sistema através qual diversas decisões judiciais que antes apenas exerciam um papel persuasivo para casos posteriores, ganhassem força obrigatória, vinculando todo o ordenamento jurídico à sua *ratio decidendi*.

Analisar-se-á na presente monografia, portanto, a adequação do recém adotado sistema de Precedentes Vinculantes com ao Ordenamento pátrio. Esse estudo é tanto atual, quanto necessário e isto porque, primordialmente, lidamos com a ideia de que a conformação dos precedentes obrigatórios à nossa Constituição ainda não se mostra como uma certeza entre os operadores do direito, cindindo-se a doutrina em diversos posicionamentos que serão comparados ao longo da presente pesquisa.

Para o presente estudo, seguir-se-á o método de análise dogmática comparativa, através do qual se buscará considerar diversos posicionamentos acerca do objeto de estudo, a fim de se alcançar as conclusões pretendidas.

⁷ Lei 13.105/2015 – “Art. 1º - O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. In.: BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 17/3/2015, Página 1.

⁸ Nesse sentido, dispõe Zaneti Jr. e Pereira que “O CPC/2015 (LGL\2015\1656) é um código orgânico, fruto do Estado Democrático Constitucional (art. 1.º), com um compromisso interno de prestar a tutela jurisdicional de forma tempestiva, adequada e efetiva (art. 4.º do CPC/2015 (LGL\2015\1656)) e um compromisso externo de preservar a coerência e integridade do ordenamento jurídico (art. 926 do CPC/2015 (LGL\2015\1656).” In.: ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016, p. 376.

⁹ Conforme dita Cramer: “[...] observa-se, cada vez mais, uma tendência de convergência entre o *Common Law* e o *Civil Law*. Esse movimento, muito embora não tenha começado hoje, acentuou-se bastante recentemente”. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 28.

1. CONTEXTO HISTÓRICO

1.1 Breves Considerações Acerca das Tradições Jurídicas do *Civil Law* e do *Common Law*

Conforme já mencionado, o Brasil segue, tradicionalmente, o sistema Jurídico do *Civil Law*. Nesse modelo, de tradição romano-germânica, predominante no continente europeu, têm-se um apreço muito grande pelo direito legislado. Seu método de normatização é dedutivo, seguindo do geral (direito positivado) para o concreto (norma criada no caso concreto).

Interessante ressaltar que Marinoni classifica o sistema brasileiro pós CPC/15 como intermediário ou misto¹⁰, ao passo que Cramer¹¹ reforça que a convergência dos sistemas não nos descaracteriza como uma país adepto do sistema do *Civil Law*.

Pois bem. Importante considerar que essa valorização do direito positivado tem uma explicação histórica, remontando à Revolução Francesa de 1789 e à criação do Estado Liberal. Nessa toada, Zeneti Jr. e Pereira afirmam que:

O caráter meramente persuasivo dos precedentes judiciais é fruto do período de consolidação do Estado Liberal, especialmente após a Revolução Francesa. Neste momento histórico, os revolucionários ascenderam ao poder e buscaram estatuir um documento escrito (a lei) que funcionasse como instrumento de controle dos poderes instituídos e garantia aos cidadãos contra os arbítrios cometidos pelo Estado absolutista. A absorção da jurisdição pelo Parlamento e a total separação de poderes após a Revolução Francesa foram marcos responsáveis por introduzir diferentes valores culturais no sistema jurídico da tradição de *Civil Law*.¹²

Similar entendimento é exarado por Cramer quando dita que:

¹⁰ “O Direito brasileiro, classicamente considerado como integrante do sistema *civil law* (família romano-germânica), vem atribuindo, paulatinamente, importância cada vez maior aos precedentes judiciais, razão pela qual passou a ser, em verdade, um sistema *intermediário* ou *misto*, no meio do caminho entre o *civil law* e o *common law*.”. In.: MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 98-101; PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Jurisprudência: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006, p. 17; e NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 161, jul. 2008, p. 101 e ss. apud REDONDO, Bruno Garcia. **Precedente Judicial no Direito Processual Civil Brasileiro**. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial: volume 2. São Paulo: RT, 2014. v. 2, p. 167-188.

¹¹ “A convergência é a incorporação de institutos de outra tradição, para resolver, de maneira mais eficiente, os problemas práticos do sistema jurídico local, **sem descaracterização da tradição originária**.” (grifo nosso). In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 02.

¹² ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016, p. 372.

Com a Revolução de 1789, os revolucionários desejavam constituir uma nova ordem estatal, com base no ideário do movimento, mas também queriam restringir o poder da magistratura. Valendo-se desta tese de Montesquieu, os revolucionários separaram os poderes do Estado, deixando para o Judiciário apenas o poder de julgar. O poder de julgar deveria se restringir a declarar a lei no caso concreto, nada mais do que isso. O juiz deveria ser a boca da lei (*bouche de la loi*) e de modo nenhum poderia criar o direito, que cabia somente ao Poder Legislativo. O Judiciário não poderia nem mesmo executar suas decisões.¹³

Percebe-se, pois, que a separação dos poderes fora a forma encontrada pela sociedade francesa, em especial a crescente burguesia, para esquivar-se das arbitrariedades tradicionalmente perpetradas pelos Magistrados, que em sua maioria eram oriundos de famílias nobres e atuavam em favor da manutenção do *status quo*.

À época, buscava-se um modelo de justiça que garantisse aos jurisdicionados segurança e previsibilidade na aplicação do direito. A vinculação rigorosa do Judiciário à letra da lei – que seria criada pelos representantes do povo, os membros Poder Legislativo – fora a forma encontrada para garantir que os Juízes não mais julgariam os casos de acordo com os interesses pessoais¹⁴.

Historicamente, portanto, temos que a repulsa a quaisquer arbitrariedades judiciárias, característica tão presente no *Civil Law*, deriva do caráter antidemocrático que tomava pra si o Judiciário no continente europeu pré-revolução francesa¹⁵.

No Estado liberal, contudo, havia a pretensão de democratizar o Poder Judiciário, o que ocorreria mediante a limitação de sua autonomia. Ao magistrado, não mais caberia a criação do direito diante do caso concreto, devendo este conformar-se apenas em aplicar o direito já

¹³ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 26.

¹⁴ Zaneti e Pereira, nesse sentido, afirmam que “somente a promulgação da lei era insuficiente para atingir tal objetivo, mormente considerando que os abusos de poder cometidos pela aristocracia eram vivamente chancelados pela magistratura, classe em sua maioria composta por nobres cujos cargos eram comprados ou herdados e que usavam sua atividade como uma maneira de manter o status quo, consistente em privilégios que beneficiavam seus pares. Os revolucionários franceses estavam vacinados contra juízes legisladores, disfarçados como meros intérpretes. Desta feita, foram introduzidas nos códigos diversas técnicas para inviabilizar a interferência judicial na racionalidade legislativa, tais como a previsão de regras fechadas, a proibição de interpretação da lei por parte dos juízes, a criação de uma Corte de Cassação para tutelar a lei cassando decisões judiciais cuja fundamentação não reproduzisse as palavras da lei”. In.: ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016, p. 02.

¹⁵ “Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses de seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o status quo e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para julgar.”. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 26.

positivado, ou seja, a lei escrita pelo legislador. Surge a ideia de um Juiz com função meramente declaratória, sendo, por isso, chamado de “boca da lei”¹⁶.

O papel do Juiz no Estado liberal, pois, consistiria em apenas analisar o caso concreto e enquadrá-lo em alguma das hipóteses previstas lei, que era tida como completa e perfeita, precisa em sua totalidade e inquestionável, porquanto elaborada pelo legislador, escolhido pela sociedade para representar os seus anseios¹⁷. Ascendia o positivismo jurídico clássico, que ditava uma supremacia legalista.

Nesse contexto, ganharam força os códigos de direito positivo, que, à época, já existiam, influenciados pelo movimento iluminista e fruto do árduo trabalho das Universidades do continente europeu para recuperação do direito romano¹⁸. Era inaugurada a “Era das Codificações”¹⁹.

Quanto ao tema, Cramer afirma que “Os códigos marcaram, definitivamente, o *Civil Law* como um sistema em que as normas estão na lei, e não nas decisões judiciais, bastando ao juiz afirmá-las em seus pronunciamentos”²⁰.

Surge, então, a cultura jurídica que conhecemos como *Civil Law*, calcada em ideais positivistas formalistas que, até certo ponto, e com as devidas atualizações históricas, perduram ainda hoje em países desta tradição, como o Brasil.

¹⁶ “A proibição de os juízes interpretarem a lei, aplicando-a de forma autômata, foi a saída encontrada para garantir a imparcialidade e a neutralidade legislativa, como revela o brocardo *in claris cessat interpretatio*.” In.: ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016, p. 02.

¹⁷ “A limitação do poder de julgar a dizer a vontade da lei exigia uma legislação completa, que previsse soluções para todos os tipos de conflitos.” In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 20.

¹⁸ “No século XIX, inspirados pelo movimento iluminista, iniciado no século XVIII, os países da Europa continental começaram a elaborar códigos, diplomas legais que pretendiam reunir todas as normas de cada uma das áreas do direito.” In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 25.

¹⁹ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016, p. 02.

²⁰ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 27.

Mister ressaltar que essa tendência de positivação do direito que se espalhou no continente Europeu pós-revolução francesa pouco influenciou os países adeptos do *Common Law*. Nesse ponto Zaneti Jr. e Pereira, mencionam a seguinte citação de Marinoni:

Se no *civil law* imaginou-se que a segurança e a previsibilidade poderiam ser alcançadas por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança de que a sociedade precisa para se desenvolver.²¹

O *Common Law* é o sistema jurídico de tradição anglo-saxã, oriundo da Europa insular e, posteriormente, adotado na maioria dos estados integrantes dos Estados Unidos da América, em razão de sua colonização inglesa. Nesse modelo, em sua versão “pura”, não há direito legislado, razão pela qual a normatização sempre fora feita de modo indutivo: do julgado de um caso concreto (precedente), extrai-se, de sua fundamentação, a norma geral (*ratio decidendi* ou *holding*).

Para entender esse sistema, cuja origem distingue-se fundamentalmente da do *Civil Law*, precisamos diferenciar os conceitos de direito comum anglo-saxão (em tradução livre, o “*common law*”, em sentido amplo), que, originalmente, consistia nos costumes e práticas locais, do *Stare Decisis*, que é o modelo de vinculação dos precedentes criado alguns séculos depois (nas primeiras décadas do Século XIX²²), caracterizador do que que conhecemos e estudamos como o sistema jurídico do *Common Law* (em sentido estrito).

Pois bem. O direito comum anglo-saxão, o “*common law*” no sentido amplo, era o direito tradicionalmente aplicado nas Europa insular, calcado nas tradições e nos ideais de justiça locais. Assim, tem-se que se tratava de um direito casuístico (*case law*), sendo as decisões judiciais a sua principal fonte, em razão da inexistência de leis positivadas.

Nos países adeptos do *Common Law*, portanto, sempre houve uma valorização dos precedentes judiciais, porquanto as normas gerais (*ratio decidendi* ou *holding*) neles inclusas, representavam a existência do tal “direito comum” anglo-saxão. A vinculação do Ordenamento

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 51 apud ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016, p. 10.

²² CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 19.

aos mesmos contudo, nem sempre fora uma realidade. O caráter vinculante dos precedentes apenas surgiu com a criação *Stare Decisis*²³. Cramer, nesse sentido afirma que:

Como se viu, o *Commom Law* não se confunde com o *stare decisis*. O *Commom Law* nasceu como um sistema em que não tinha direito legislado, sendo a norma jurídica produzida a partir unicamente das decisões das cortes reais. Por força desse método, era hábito buscar os casos julgados, para verificar a existência de um determinado direito. Ou seja, o *Commom Law* emergiu como um sistema de *case law*, em que o direito se forma a partir de casos julgados. No *Stare Decisis*, o precedente não constitui apenas a fonte de produção do direito, mas tem que ser seguido pelos órgãos judiciais, de forma que os tribunais são vinculados às suas próprias decisões, e as declarações dos tribunais de hierarquia superior subordinam as decisões dos tribunais de hierarquia inferior.²⁴

Redondo, por seu turno, sumariza:

O sistema do *common law* compreendia, em seu início, essencialmente os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*. Séculos depois, passou o *Common Law* a fundamentar-se na teoria do *stare decisis*, pela qual o precedente judicial (isto é, a sua *ratio decidendi*), principalmente aquele advindo da Corte Superior, é dotado de eficácia vinculante, não apenas para a própria Corte, como para os demais juízos a ela hierarquicamente vinculados e inferiores.²⁵

Temos, portanto, que o *Commom Law*, como sistema jurídico, é a evolução do direito comum anglo-saxão, sendo a sistematização de precedentes vinculantes a medida adotada com o objetivo de conferir segurança e previsibilidade aos jurisdicionados – opção essa diametralmente oposta àquela adotada pelo Civil Law, que, na busca das mesmas finalidades, seguiu pelo caminho do positivismo, instituindo a lei positivada como única fonte do direito.

Importante ressaltar que, conforme afirmam Zanetti Jr. e Pereira, a essa função declaratória do Juiz do *Commom Law* fora duramente rechaçada pelos doutrinadores locais

²³“Há, contudo, nos países de origem anglo-saxônica uma visão muito bem desenvolvida dos precedentes judiciais, o denominado sistema do common law, informado pela teoria do stare decisis, termo de origem latina (stare decisis et non quieta movere) que significa mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido. Tal teoria também é denominada de doctrine of binding precedent, que teve início na Inglaterra, nas primeiras décadas do século XIX, tendo sido devidamente reconhecida em 1898, no caso London Tramways Company v. London Country Council, oportunidade em que a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito auto-vinculante do precedente, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízos de grau inferior, denominada de eficácia vertical do precedente”. In.: LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial Como Fonte Do Direito: Algumas Considerações Sob A Ótica Do Novo CPC*. Revista da AGU. Ano 11, nº33, jul/set 2012, p. 39.

²⁴ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 22.

²⁵ REDONDO, Bruno Garcia. **Precedente judicial no direito processual civil brasileiro**. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, MARINONI, Luiz Guilherme, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial: volume 2*, São Paulo: RT, 2014, v. 2, p. 167-188, p. 170.

porquanto impossível declarar o direito comum, em razão da necessidade de se considerar a “artificialidade do direito”²⁶.

Justo pensamento, pois, ao passo que declarar o direito legislado parece-nos razoável – considerando a ideia liberal de leis com cláusulas gerais e fechadas criadas pelo legislador –, declarar o direito costumeiro seria, via de regra, exatamente o mesmo que criá-lo. Mero jogo de palavras, que chegou a ser ironizado como “ficção infantil” por John Austin, conforme bem ressaltaram Zanneti Jr. e Pereira²⁷ e Marinoni²⁸, em suas respectivas obras.

Interessante destacar, ainda, a comparação pensada por Zaneti e Pereira entre os sistemas do *Civil Law* e *Common Law* em seus dois principais momentos, o naturalismo (quando o direito era pautado pelo ideal moral de “justiça”) e o positivismo (quando o direito passou a ser pautado pela legalidade):

Nas tradições do *Civil Law* e do *Common Law* há um estranho espelhamento, portanto, entre as teorias vigentes no jusnaturalismo e no juspositivismo clássicos. No primeiro momento, em ambas tradições, como a norma de reconhecimento era a justiça, era defendido que os juízes do *Civil Law* criavam direito a partir dos valores morais da Justiça - teoria constitutiva - e que os juízes do *Common Law* declaravam o direito comum preexistente - teoria declaratória. No segundo momento, como a norma de reconhecimento passou a ser o princípio da legalidade, os juízes do *Civil Law* passaram a declarar o direito preexistente atuando a vontade concreta da lei – teoria declaratória – e os juízes de *Common Law* passaram a criar direito através da *judging make-law* - teoria constitutiva.²⁹

²⁶ “Curiosamente, o positivismo gerou diferente reação nos países anglo-saxões, ligados à tradição do *Common Law*. A teoria meramente declaratória do *common law* consistia na afirmação de que juízes não criavam direito, mas tão somente descobriam e declaravam o *common law*. Esta doutrina foi alvo de ácidas críticas proferidas por Jeremy Bentham e John Austin que a compararam, respectivamente, a uma *dog-law* e a uma ficção infantil, ora, se os juízes podem decidir conforme a metafísica, ao direito “justo”, sem referência a textos legais ou a decisões anteriores, é impossível o controle intersubjetivo da decisão, justamente por não considerar a artificialidade do direito. Desde então, a teoria positivista do *Common Law* adotou uma teoria constitutiva da jurisdição, segundo a noção de que juízes efetivamente criam direito através dos precedentes judiciais e a eles estão submetidos, o denominado *law making-authority*”. In.: ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016, p. 373.

²⁷ AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. vol. 2. London: John Murray, 1885 apud ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016.

²⁸ AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. vol. 2. London: John Murray, 1885 apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatório**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26.

²⁹ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016, p. 373.

Temos, pois, que, em algum momento de sua história, vigorou no *Common Law* a ideia de um juiz declarador do direito, tendo esse posicionamento sido declinado em razão do positivismo jurídico, que trouxe contornos à essa tradição muito diferente daqueles que levou ao *Civil Law*.

Marinoni, nesse sentido, dita que:

Assim, enquanto no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à Era da Codificação e à concepção da função judicial como meramente declaratória da lei, no *common law*, observou-se o surgimento da ideia da criação do direito.³⁰

Temos, pois, a linha histórica dos dois principais sistemas jurídicos do mundo ocidental, os quais, até recentemente, não se misturavam, gerando estranheza mútua entre seus operadores. A tendência a miscigenação, já ressaltada, contudo, vem ocasionando pontuais flexibilizações, como é o caso da implementação do Sistema de Precedentes Obrigatórios no direito brasileiro.

1.2 Historicidade do Panorama da Racionalidade das Decisões no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Tendo sido o Brasil colonizado por Portugal, país adepto do *Civil Law*, de tradição jurídica romano-germânica, a doutrina nacional³¹ é uníssona ao afirmar que nunca foram suscitados muitos questionamentos acerca do sistema adotado pelo nosso Ordenamento.

Em conformidade com a ideia positivista formalista de que a fonte do direito deveria ser única e exclusivamente a lei escrita pelo legislador, porquanto premissa máxima da função meramente declaratória do judiciário, construiu-se as bases do Ordenamento Jurídico brasileiro, no qual fora instituído um modelo de litigância que, tradicionalmente, fiava-se, exclusivamente, no direito legislado para manter a sua integridade.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 918, p. 351-414, abr. 2012, p. 44.

³¹ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016.

Criou-se, assim, uma cultura de valorização extrema do direito positivo, que, em razão de seu caráter inerentemente democrático, seria, em tese, o único apto a garantir ao jurisdicionado a tão almejada segurança jurídica, bem como a previsibilidade na atuação do Judiciário, evitando quaisquer arbitrariedades por parte dos magistrados.

Nesse tocante, Cramer³² é preciso ao afirmar que, no *Civil Law*, os códigos legais sempre foram vistos como um “oráculo”, apto a solver todas as demandas da sociedade, bastando a aplicação pelo julgador, com pouco ou nenhum processo interpretativo envolvido. Apesar de uma ideia problemática, como veremos, não podemos ignorar, contudo, que nela estão fundadas as bases da nossa cultura jurídica.

A lógica positivista clássica era bem simples: se a lei escrita era igual para todos, estava-se concretizado o princípio da isonomia. Temos aqui um raciocínio fechado que perdurou por muito anos.

O panorama da racionalidade das decisões judiciais, pois, estava posto. Assim funcionava nosso sistema até as recentes alterações advindas com implantação do Novo CPC (e algumas anteriores, que, conforme veremos, já pavimentavam o caminho para a implantação de um Sistema de Precedentes Obrigatórios).

Nesse panorama, as decisões deveriam ter, como única diretriz vinculante, a lei (e com isso, entenda-se a lei codificada, perfeita e, em tese, capaz de abarcar todas as relações da sociedade), não sendo o magistrado vinculado à observação de qualquer decisão anterior como fonte do direito, uma vez que, tradicionalmente, os precedentes tinham, como regra, no máximo, força persuasiva.

O CPC/15 intentou alterar esse contexto decisório ao passo que, ao determinar a implantação de um sistema que compelissem o Judiciário a seguir às razões de suas próprias decisões anteriores, nos termos previstos pela legislação, visava permear de racionalidade e previsibilidade a atividade jurisdicional do Estado brasileiro.

³² CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 31.

Afirma Cramer que “O ordenamento brasileiro está valorizando o precedente para adotar um sistema de precedentes que promova a integridade do Direito e, sobretudo, possibilite o controle do caos que se instaurou –ou está em vias de se instaurar – no Poder Judiciário”³³.

Ressalta-se que, pese ser recente a implantação do instituto, o que enseja a conseqüente impossibilidade de verificação de uma completa mudança da cultura jurídica local³⁴, não há como negar que, na sistematização dos precedentes obrigatórios, reside toda uma potencialidade se alterar a lógica decisória do Judiciário nacional.

Frente ao insucesso do modelo legalista “puro”, precisamos, pois, questionar em que momento o nosso *Civil Law* tradicional deixou de funcionar, levando o Poder Judiciário brasileiro a transformar-se em uma instituição ineficiente e descreditada pela sociedade. Devemos indagar quais razões levaram o legislador a procurar, no direito comparado, institutos – como o Sistema de Precedentes Obrigatórios – que fossem capazes de solucionar à ineficácia da nossa Justiça.

O que ocorre é que o “panorama” da nossa sociedade mudou, razão pela qual o panorama das decisões, muito dificilmente, permaneceria imutado. Nesse tocante, Cramer³⁵ elenca três principais mudanças que considera determinantes para ocorrência pela flexibilização do direito codificado como conhecemos: (i) perda de centralidade dos códigos; (ii) advento do pós-positivismo; (iii) constitucionalismo.

Pois bem, conforme já exposto, as bases do *Civil Law* são fundadas na ideia de que a lei codificada é completa e perfeita, tendo a capacidade de abarcar todas as situações que possam, porventura, ocorrer em uma sociedade. Ainda, mister considerar que estamos falando de normas gerais e fechadas, que deveriam deixar pouca ou nenhuma margem interpretativa para o Judiciário.

³³ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 03.

³⁴ “Porém, a despeito da evolução na teoria da interpretação, o formalismo-interpretativo ainda exerce forte influência na atividade jurisdicional brasileira. A ideia de que a lei possui uma vontade concreta passível de declaração é utilizada em diversas decisões de juízes de primeiro grau e de Tribunais Superiores, em clara oposição à visão de que juízes efetivamente interpretam textos para tomar” suas respectivas decisões. In.: ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016.

³⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 31-32.

Conforme as relações sociais se aprofundaram, contudo, cada vez mais percebeu-se uma maior dificuldade em garantir que atividade legislativa fosse ágil o suficiente para suprir absolutamente todas as demandas levadas pela sociedade ao Judiciário, ainda declarador do direito.

Nesse contexto, surgiu a técnica da edição, pelo Legislativo, de normas gerais e abertas, que, por sua natureza principiológica³⁶, confeririam uma maior amplitude criativa do direito ao Judiciário. Objetivou-se, assim, que a lei positiva abarcasse uma maior gama de situações sociais. Tal estratégia demandava que o magistrado não apenas declarasse a lei, mas passasse a interpretá-la na aplicação ao caso concreto.

Temos, assim, que o aumento da complexidade das relações pessoais demandou a capacidade do legislador de abarcar, no direito positivo, alguma forma compreender a completude de todas as mudanças ocorridas na sociedade. Isso aconteceu com a edição, cada vez mais frequente, de normas com conceitos jurídicos abertos, que demandavam uma maior tarefa interpretativa do Juiz (vide a Constituição da República de 1988, repleta de princípios que demandam interpretação do aplicador³⁷).

Esse não foi um movimento exclusivo do Brasil, tendo ocorrido na maioria dos países adeptos do *Civil Law*, com especial foco para a Alemanha (constituição de Weimar) e México (Constituição Mexicana de 1917).

Marinoni, nesse ponto sintetiza como a alteração do papel do juiz no *Civil Law* gerou repercussões no panorama decisório, conferindo um maior destaque na análise do contexto

³⁶ Alexy separa as normas em regras e princípios. In.: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60

³⁷ “No Brasil, a consolidação do modelo de precedentes vigente no CPC/2015 (LGL\2015\1656) não é obra do acaso, mas fruto de uma evolução quanto à percepção gradativa de que o paradigma científico vem mudando, e já é outro. A Constituição Federal de 1988 e a sua força normativa³⁷ definitivamente constitucionalizou o modelo processual brasileiro, revolucionando a teoria das normas com a normatividade dos princípios e as técnicas legislativas com a previsão de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que exigem concreção do aplicador da norma jurídica, isto é, “um conjunto de atos tendentes a preencher, valorativamente, as normas, atribuindo-lhe sentido diante do caso concreto” O legislador foi paulatinamente percebendo esta mudança e iniciou um movimento de “recepção mitigada do *stare decisis*” ao alçar a jurisprudência a patamar de fonte primária do direito junto à legislação,⁴¹ o que se vê, principalmente, com a adoção de súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional 45/2004, mas também com diversas alterações no CPC/1973 (LGL\1973\5).” In.: ZANETTI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016, p. 05.

fático do caso concreto no qual a norma geral contida no precedente (*ratio decidendi*) fora criada (tópico que será abordado no item 2.1 do presente trabalho):

É interessante perceber que a nova dimensão poder atribuída ao juiz de *civil law*, em razão do constitucionalismo e da técnica legislativa das cláusulas gerais, tem repercussão sobre a dignidade dos fatos no nosso sistema. Como o princípio não se limita a emoldurar fatos e atribuir-lhes consequência jurídica, tendo textura mais aberta e escopo mais generalizado, a racionalização da sua adoção exige a detida identificação das particularidades fáticas do caso concreto. Ademais, as cláusulas gerais, diante de seu próprio propósito, não podem ter sua aplicação justificada de maneira racional sem a identificação dos fatos sobre os quais estão a incidir. Mas a importância que os fatos assumiram no sistema do *civil law* contemporâneo não deriva apenas desses fatores. A superação da ideia de que o juiz está subordinado à letra da lei permitiu a percepção da relevância dos fatos para a identificação da norma que lhes deve das regulação, bem como da necessária interação entre os fatos e as normas jurídicas, fazendo frutificar uma nova hermenêutica, em tudo preocupada com tais circunstâncias.³⁸

Enquanto o Estado liberal de direito, outrora tão inovador, decaía, frente ao seu insucesso em garantir direitos básicos a parcelas da população, elevava-se, em seu lugar, a ideia de um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, o positivismo clássico deu vez ao pós-positivismo, que veio para mitigar algumas ideias engessadas anteriormente tida como inabaláveis.

Com o advento do neoconstitucionalismo, a lei deixou de ser a única fonte do direito (a perda de centralidade dos códigos enunciada por Cramer), não sendo mais absoluto o direito positivo, posto que este deveria estar sempre conformidade com a constituição como condição de validade. Nessa esteira, caberia ao Judiciário a análise dessa conformidade.

O pós-positivismo trouxe o chamado “giro hermenêutico”, através do qual dissociou-se a norma do texto normativo, entendendo-se que aquela apenas poderia ser *criada* pelo julgador quando da interpretação e aplicação do texto normativo (lei positiva ou texto da decisão precedente) ao caso concreto. Logo, inegável a maior conferência de poder ao Judiciário, tornando desconectada da realidade a sua classificação como “mero declarador” do direito fruto da vontade legislativa.

Nesse sentido, Cramer afirma que:

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatório**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 185.

É bem sabido que, depois do chamado giro hermenêutico, em que se passou a diferenciar texto e norma e se concluiu que o legislador entrega apenas textos, que, após interpretados pelo julgador, viram normas, a vontade do legislador não é mais determinante para definir o sentido normativo.³⁹

Abboud e Cavalcanti exaram similar entendimento:

A norma jurídica não se confunde com o texto normativo. A superação do paradigma positivista, decorrente de sua adequação aos avanços alcançados pela filosofia da linguagem e da hermenêutica jurídica, permite dizer que há diferenças entre o texto normativo e a norma jurídica. Ou seja, o texto normativo não traz nele próprio o significado da norma jurídica.⁴⁰

Zaneti Jr. e Pereira consolidam essa dissociação de norma e texto normativo para reforçar seu posicionamento de que os precedentes obrigatórios no direito brasileiro se coadunam com o princípio da legalidade ao passo que a norma do precedente vinculante é fruto do entendimento do magistrado acerca do direito positivo:

A compreensão de que os juízes, através da interpretação operativa, acrescentam ao ordenamento jurídico o conteúdo reconstruído dos textos normativos é de extrema relevância para combater a equivocada assertiva de que o Poder Judiciário estaria "legislando" com a incorporação de um modelo de precedentes pelo CPC/2015 (LGL\2015\1656). Esta expressão, por sinal, é uma contradição em termos por dois motivos. [...] A duas, porque não há violação ao princípio da legalidade. A legalidade neste particular deve ser compreendida não como lei em sentido estrito, mas como a conformidade com o ordenamento jurídico, como já consta do art. 140 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), afinal, a "lei, no Estado Constitucional, é somente a lei válida perante a Constituição". Esta é a razão pela qual a atividade do julgador sempre será tendencialmente cognitiva, na medida em que partirá da lei e demais textos normativos para que um precedente seja construído. A lei, portanto, é o primeiro limite à discricionariedade judicial em um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes.⁴¹

Esse aumento do poder de interpretação do Poder judiciário brasileiro, somado ao crescente número de demandas repetitivas ajuizadas nas últimas décadas, gerou uma situação insustentável para a Justiça brasileira, que, não apenas não conseguia atender toda a demanda, como, a depender do órgão julgador, proferia decisão que, muitas vezes, era distinta daquela proferida em caso similar – famosa “loteria jurídica”.

³⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 182.

⁴⁰ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araujo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 351-378, jul. 2015, p. 355.

⁴¹ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016, p. 375.

As violações ao princípio da isonomia tornaram-se uma constante, razão pela qual, como exposto, o Poder Judiciário perdeu grande parte de sua confiabilidade perante a sociedade, sendo esse um dos principais fundamentos para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil.

Tivemos, pois, como consequência da legalidade estrita, um aumento exponencial da insegurança jurídica. Interessante pensar que o sistema do *Civil Law* deu “uma volta em si mesmo”, porquanto fora justamente o aumento da atividade interpretativa do Judiciário, prevista com a finalidade de abarcar no direito positivo uma maior completude de fatos sociais, que pavimentou o panorama no qual os proferimentos judiciais tornaram-se tão divergentes, demandando, por conseguinte, que o legislador procedesse com a sua flexibilização afim de conferir racionalidade ao ordenamento.

Contraditório, pois, imaginar que, em algum momento ao longo do percurso do Poder Judiciário brasileiro, a escolha do uso exclusivo da lei como fonte de direito tornou-se um entrave ao próprio acesso ao direito, e o direito positivo, que outrora serviu como garantia de não arbitrariedades do Juízo, com o aumento do poder interpretativo conferido ao Judiciário com a edição de normas abertas, tornou-se uma armadilha em si mesmo, vez que passou a justificar as mais absurdas alegações de que cada magistrado deveria julgar conforme o seu “entendimento” da matéria.

Por essas, razões, visando a uniformização na forma de decidir do Judiciário, adotou-se o Sistema de Precedentes Obrigatórios, a fim de que se pudesse garantir o mínimo de segurança de que casos similares seriam tratados de maneira similar (respeito ao princípio da igualdade). O que se pretende é alterar o panorama da racionalidade das decisões brasileiras, que, pela lógica do novo Código, devem seguir uma lógica de respeito aos seus próprios precedentes.

Como exposto, em um contexto pós-positivista, temos a clareza de que a norma não está inserida no texto normativo, pronta para ser “revelada”, e sim na interpretação que o julgador realiza desse texto. Logo, sendo a norma fruto do processo interpretativo do magistrado, não mais cabe sustentarmos uma necessária ligação entre a “igualdade dos indivíduos perante à lei” e o pleno atendimento ao princípio constitucional da isonomia. Devemos, pois, considerar a

integridade do ordenamento, entendendo que a igualdade deve ocorrer também perante a norma criada pelo magistrado no caso concreto.

Isso ocorre pois, do mesmo texto normativo, a depender da interpretação conferida pelo julgador, podem extrair-se diferentes normas, violando-se, assim, o direito à isonomia que detêm os jurisdicionados. Nesse sentido, Didier, Braga e Oliveira defendem ser necessária a reconstrução do princípio da legalidade para considerar a eficácia dos precedentes. Para o autor:

O princípio da legalidade impõe que o juiz decida as questões em conformidade com o Direito. A referência a “legalidade” é metonímica: observar a dimensão material do princípio da legalidade é decidir em conformidade com o Direito, como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes. O dever de integridade, decorrente do art. 926 do CPC, é, sobretudo, o dever de decidir em conformidade com o Direito.⁴²

No CPC/15, ocorreu pela primeira vez a institucionalização do precedente de forma a conferir-lhe força para vincular o ordenamento jurídico as suas razões. Intenta-se, pois, alterar o panorama da racionalidade das decisões no direito brasileiro, incutindo na sociedade, em especial no tocante aos operadores do direito, uma ideia de respeito à decisão precedente,

Nesse sentido, Cramer afirma que “Não há dúvida de que a observância dos precedentes trará mais celeridade às definições dos processos, não só aqueles em que os precedentes serão aplicados, mas também os que não sofrerão a incidência dos precedentes”⁴³.

Entende o autor, muito bem, a potencialidade de mudança que a adoção de um Sistema Obrigatório de Precedentes pode gerar não somente naqueles casos por ele afetados, mas em todo o sistema, uma vez que o respeito ao que foi decidido anteriormente é uma cultura que se tenta, com o NCPC, introduzir no cotidiano dos operadores da Justiça brasileira.

Didier, Braga e Oliveira, nesse tocante, ressaltam a importância que tem as decisões judiciais em um sistema que valoriza os precedentes como fonte primária do direito, sendo precisos ao afirmar que:

⁴² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 467.

⁴³ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 61.

A regra segundo a qual toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF), precisa ser redimensionada na mesma proporção em que precisamos redimensionar a *importância* da motivação de uma decisão. Considerando que a eficácia normativa do precedente judicial é hoje um dado do nosso sistema jurídico, bem como que, em um sistema de precedente, a motivação é a pedra de toque, núcleo mesmo – até porque é nela que está o precedente –, é imprescindível exigir maior qualidade na fundamentação dos autos decisórios.⁴⁴

Por fim, no tocante ao panorama das decisões, interessante conclusão se pode inferir da leitura de Abboud e Cavalcanti⁴⁵. Os autores criticam o chamado “caráter semântico da norma” (ideia positivista), afirmando que a norma não pode ser entendida como preexistente ao caso concreto e, por conseguinte, aplicada por subsunção. Seguindo essa lógica de pensamento, que se alinha à corrente pós-positivista do direito, a norma apenas surge no caso concreto, fruto de um “processo de construção de justificação do magistrado”⁴⁶, razão pela qual sempre está no plano pragmático ou estruturante (concreto) e não no mundo abstrato das leis.

Nesses termos, tanto a decisão judicial precedente, quanto a lei codificada, são meros enunciados normativos, não prescindindo de interpretação para sua aplicação, razão pela qual não se aplicariam por subsunção. Criticam os autores, pois, a ideia da “norma semântica” em posicionamento que, se bem enquadrado à abordagem do presente estudo, leva a conclusão de que, segundo sua lógica, não haveria que se falar em qualquer alteração no panorama da racionalidade das decisões em razão da implementação de um Sistema de Precedentes Obrigatórios previsto no CPC/15, porquanto não se trouxe a norma para o seu lugar estruturante no direito.

Ultrapassados posicionamentos que discorrem, de forma mais aprofundada, acerca de conceitos hermenêuticos do que é a norma jurídica, temos que há, inegavelmente, na lógica prevista no CPC/15, uma potencialidade de alterar todo o panorama da racionalidade das decisões. Passaremos, assim, a considerar os principais aspectos desse Sistema de Precedentes Vinculantes implantado no Brasil.

⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 470.

⁴⁵ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araujo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 351-378, jul. 2015.

⁴⁶ Idem.

2. TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À LUZ DO CPC/15

2.1 Conceitos Fundamentais:

O precedente nada mais é do que uma decisão judicial que, ao analisar determinados fatos, firma tese jurídica que pode servir de paradigma para casos posteriores⁴⁷⁴⁸. Importante ressaltar que nem todo proferimento judicial configura-se como precedente. É o que afirma Marinoni:

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido de se falar em precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.⁴⁹

O precedente, em si, portanto, não é nenhuma novidade no Ordenamento Jurídico brasileiro, porquanto consequência lógica da atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário⁵⁰. A grande novidade do CPC/15 reside na conferência de caráter vinculante a esses precedentes, que, até então, não conformavam o Judiciário pátrio às suas razões, servindo apenas como balizas persuasivas para casos posteriores⁵¹.

Como já mencionado, uma das características mais marcantes do *Civil Law*, tradição a qual o Brasil historicamente se alinha, é a valorização do direito positivo, relegando à jurisprudência um caráter de menor destaque, porquanto apenas a lei configuraria fonte do

⁴⁷ “Em *sentido lato*, o *precedente* é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.” “(...) em sentido estrito, o precedente pode ser definido como a própria *ratio decidendi*”. In.: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 441.

Nesse sentido, os autores concluem que o precedente é tanto conteúdo, como continente, pois, conforme enuncia Cramer às fls. 78, o precedente é tanto o julgado que gerou a norma a ser seguida, quanto a própria norma que foi criada. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016.

⁴⁸ Cramer conceitua precedente como “todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos.”. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 210.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 918, p. 351-414, abr. 2012, p. 157.

⁵⁰ Entendimento consonante àquele exarado por Didier Jr., Oliveira e Braga, que entendem que precedente tem natureza de ato-fato jurídico. In.: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015.

⁵¹ Cramer, ao analisar a questão, afirma que “Não faz muito tempo, o Direito Processual Civil brasileiro não tinha necessidade de estudar os precedentes judiciais. Como eram preponderantemente persuasivos, os precedentes tinham pouco valor para serem compreendidos na forma teórica.”. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 67.

direito (normatização segue do geral para o concreto). Essa é uma visão formalista do direito, ainda muito forte no imaginário da nossa sociedade jurídica.

O CPC/15 foi editado para romper essa ideia⁵². Ao adotar um Sistema de Precedentes Vinculantes, instituto originário de países adeptos da tradição do *Common Law*, optou o legislador por flexibilizar nosso *Civil Law* – o que fez visando conferir um caráter de maior racionalidade e previsibilidade à atividade de criação normativa exercida pelo Poder Judiciário (vide lógica pós-positivista que dissocia o texto normativo da norma criada pelo julgador no caso concreto, ponto abordado no item 1.2 do presente trabalho).

Com adoção do recém-implantado Sistema de Precedentes Obrigatórios, contudo, não podemos dizer o Brasil “migrou” de sistema, porquanto não abandonamos nossas raízes de *Civil Law*⁵³. Igualmente, não se pode desconsiderar a inquestionável conferência de um papel de maior destaque ao Poder Judiciário, em especial às chamadas Cortes Superiores, que tem a missão de uniformizar a Jurisprudência nacional.

Partindo da premissa de que os Precedentes Vinculantes são, atualmente, uma realidade no nosso ordenamento, porquanto sistematizados no CPC/15, mostra-se imperativo um estudo mais aprofundado deste instituto, analisando pormenorizadamente seus aspectos de criação, aplicação e superação no direito processual civil brasileiro.⁵⁴ Para que se possa fazer essa análise, contudo, mister realizarmos algumas conceituações preliminares, afim de melhor delimitarmos o objeto do presente estudo.

⁵² Cramer, nesse tocante, cita trecho do relatório elaborado pelo Senador Vital do Rego afim de demonstrar a clara intenção legislativa de fazer vigorar um sistema de precedentes vinculantes no país: “O respeito aos precedentes jurisprudenciais é uma das marcas do futuro Código, o que reduzirá o grau de imprevisibilidade jurídica que impera sobre os atores da vida civil”. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 181.

⁵³ REDONDO pontua que “Reconhecer-se a importância dos precedentes judiciais não significa dizer que o sistema jurídico daquele determinado país necessariamente será integrante da família do *common law*. Precedentes podem ser levados em consideração por qualquer dos sistemas (*common law* ou *civil law*). A diferença fundamental reside no grau de eficácia de que o precedente desfruta: enquanto no sistema clássico do *common law* os precedentes são, em regra, vinculantes, no sistema puro do *civil law* eles são, de modo geral, inobservados ou meramente persuasivos.” In.: REDONDO, B. G. **Precedentes: teoria geral e seus reflexos no projeto de Novo Código de Processo Civil**. In: SOUZA, M. C. X; RODRIGUES, W. S. (Coord.). O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 319-336, p. 320.

⁵⁴ Conforme ressalva Cramer, a teoria dos precedentes que ora se considera é adequada para a lógica do processo civil brasileiro: “A teoria dos precedentes aqui cogitada é individual, porque pretende construir enunciados sobre o tema para o Direito Processual Civil brasileiro, e não para todo o direito.” In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 70.

Primeiramente, mostra-se necessária a diferenciação entre precedente e jurisprudência. Conforme aduz Cramer, essa distinção é praticamente quantitativa, pois, enquanto a jurisprudência é “substantivo coletivo, que designa o coletivo de decisões dos tribunais ou de um tribunal no mesmo sentido a respeito de uma mesma questão”⁵⁵, o precedente é uma decisão singular com potencialidade de vincular o ordenamento jurídico às suas razões.

Reforçando essa ideia de uma diferença quantitativa, Didier Jr., Oliveira e Braga, sustentam que “um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, podem dar ensejo à um enunciado de súmula da jurisprudência deste tribunal.”⁵⁶. Existe, logo, uma evolução do precedente, que, se reiteradamente aplicado por um Tribunal, transforme-se em jurisprudência.

Observação especial deve ser feita no tocante ao enunciado de súmula que, apesar de ser trato com precedente *latu sensu* pela CPC/15, na verdade apenas reproduz, de forma sintética, a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada por um tribunal⁵⁷. Esse enunciado normativo, portanto, assim com a lei, deverá ser reinterpretado em sua aplicação.

Quanto a natureza jurídica do precedente, percebe-se uma certa divergência doutrinária. Para Didier Jr., Oliveira e Braga⁵⁸, o precedente é um fato que ocorre em qualquer lugar do mundo onde houver uma decisão jurisdicional (fato anexo), estando a norma geral encartada na fundamentação de uma decisão judicial, que é um ato jurídico⁵⁹. Cramer⁶⁰ por seu turno, discorda dessa conceituação do precedente como ato-fato jurídico, entendendo que o instituto é fonte do direito em sentido próprio e, em sentido impróprio, princípio ou regra.

Para que uma decisão possa ser considerada precedente, como já levantado, é preciso que cumpra alguns pressupostos. Esses pressupostos foram sumarizados por Cramer⁶¹ da seguinte forma: (i) ser um julgado de um tribunal (observa-se o princípio da colegialidade, através do

⁵⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 72.

⁵⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 487.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 453.

⁵⁹ Entendimento que considero na presente monografia como mais adequado.

⁶⁰ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 102.

⁶¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 88.

qual se entende que, em atenção à nossa tradição processual, não poderia uma decisão não colegiada ser considerada precedente⁶²); (ii) ter criado, a partir da interpretação da lei, uma nova norma jurídica e (iii) ter se tornado estável.

Iniciando-se o estudo dos elementos do precedente, temos que Didier Jr. Braga e Oliveira, didaticamente, o dividem da seguinte forma:

De acordo com Cruz e Tucci, “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”. Além desses dois elementos, compõe o precedente também, a argumentação jurídica. Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do *precedente*, deve-se entender que o que pode ter caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõe o precedente.⁶³

Temos, pois, que, em suma, o precedente é composto por três elementos: (i) as circunstâncias fáticas que ensejaram sua criação; (ii) a tese jurídica adotada pelo tribunal, qual seja a *ratio decidendi* (ou *holging*, como chamam os norte-americanos), que é a norma geral criada a partir do caso concreto, podendo ter caráter vinculante ou persuasivo para casos futuros; e (iii) a argumentação jurídica da decisão, nela inclusa o chamado *obter dictum*. Discorrer-se-á, sucintamente, sobre cada um desses itens.

Primeiramente, temos que o precedente é composto pelas circunstâncias fáticas do caso concreto que ensejaram a sua criação, não podendo este ser aplicado a situações que com este não mantenham certa similitude fática⁶⁴, sob risco de violar-se o princípio da isonomia. Dessa forma, sintetiza-se que o julgador de um caso futuro, no qual se pretende a aplicação da norma geral (*ratio decidendi*) criada por aquele precedente paradigma, antes de aplicar a norma, deve analisar se as circunstâncias do caso sob *judice* são similares àquelas do caso concreto que ensejou a criação da norma à ser aplicada.

⁶² “[...] em atenção à nossa tradição processual, que considera jurisprudência apenas o posicionamento dos tribunais, e considerando que a jurisprudência nada mais é do que um precedente reiteradamente aplicado pelos tribunais, o precedente somente pode consistir em julgado de tribunal, inferior ou superior.” In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 88.

⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 441

⁶⁴ Importante ressaltar que Cramer em sua conceituação de precedente, define que a norma geral neste contida deve ser aplicada a casos idênticas. Considerando a maior parte da doutrina, entende-se que os precedentes servem como paradigmas para casos similares e não idênticos. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016.

Nesse ponto, importante ressaltar a diferenciação que Zaneti Jr. faz entre *ratio decidendi* (norma geral e concreta) e Lei (que é norma geral e abstrata)⁶⁵. Sendo o precedente em sentido estrito (qual seja a *ratio decidendi*) uma norma geral, ou seja, que conforma todo ordenamento jurídico às suas razões, mas que é concreta, pois apenas vincula aqueles casos que com esta mantenham certa similitude fática a ensejar a sua aplicação.

Marinoni, nesse ponto, também resalta o caráter concreto e geral da norma contida no precedente:

Acontece que respeitar os precedentes não redonda – nem jamais redundou – numa obrigação de aplicá-los de forma irrefletida. Ao contrário, não há como olhar apenas para um dos lados dos efeitos provocados pela utilização dos precedentes. Não é possível considerar os benefícios gerados pelo respeito aos precedentes, como a previsibilidade e a estabilidade, sem considerar os prejuízos decorrentes de sua inadequada utilização. Os precedentes, assim como as leis, devem ser racionalmente utilizados. Não podem ser vistos apenas em abstrato, como se fossem modelos adaptáveis a toda e qualquer situação concreta, mas como normas que devem tomar em conta as particularidades de cada situação litigiosa.⁶⁶

Essa análise das circunstâncias fáticas que ensejaram e integram o precedente judicial é de suma importância, especialmente em um ordenamento que pretende conferir-lhe caráter vinculante. Nossa cultura jurídica, contudo, pode ser um óbice a essa adequada aplicação. Nessa toada, Marinoni faz interessante ressalva de que:

No *civil law*, e no que aqui interessa no direito brasileiro, nunca se deu maior importância aos fatos do caso. Isso é facilmente explicável. A tradição do *civil law* acreditou que os fatos poderiam ser solucionados mediante a mera aplicação da lei. Restaria ao juiz, depois de enquadrar os fatos na lei, a tarefa de apenas decidir se desta decorreria o efeito jurídico almejado pelo autor.⁶⁷

⁶⁵ Zaneti Jr. nesse tocante, define que precedentes são normais gerais e concretas, sendo diferentes das leis, ao passo que estas são gerais e abstratas. "É preciso perceber: precedentes são normas gerais e concretas; leis são normas gerais e abstratas. Permitir aos juízes e tribunais estabelecer normas gerais e abstratas fere a separação de poderes e ao princípio da legalidade. O CPC/2015 (LGL\2015\1656) expressamente vinculou os juízes e tribunais a partir dos fundamentais determinantes (circunstâncias fáticas e solução jurídica) e exigiu que os próprios enunciados de súmulas fizessem referência às circunstâncias fáticas (arts. 489, § 1.º, V e 926, § 2.º do CPC (LGL\2015\1656))" In.: ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 4º edição. Editora Podivm, 2019, p. 368.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 918, p. 351-414, abr. 2012, p. 144.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 918, p. 351-414, abr. 2012, p. 184.

Magalhães e Silva⁶⁸, por seu turno, ainda no âmbito do projeto do atual CPC, ao criticarem o fenômeno que denominaram como “ementismo”, também fizeram interessante crítica, através da qual levantaram que, para a aplicação do precedente, não bastaria olhar para a sua emenda, prática recorrente entre os operadores do direito brasileiro, sendo necessário considerar também o contexto fático que ensejou a criação da *ratio*.

[...] a imprescindível a ideia de fundamentos determinantes corre o risco de subdesenvolvimento, não por conta do projeto, frise-se, mas por conta de uma tradicional interpretação que a prática jurídica realiza dos precedentes judiciais, qual seja, a identificação o precedente apenas com a ementa do julgado.⁶⁹

Em um sistema que pretende valorizar os precedentes, não considerar o contexto fático de sua criação coloca em risco a própria isonomia que o instituto pretendeu conferir ao ordenamento, porquanto, conforme já exposto, a norma geral contida na decisão paradigma apenas pode ser aplicada a casos que guardem entre si certa similitude fática. Este é o corolário lógico da regra basilar do *Common Law*, que determina tratar-se igualmente casos iguais⁷⁰ – e, por conseguinte, tratar desigualmente casos desiguais, não os submetendo a mesma *ratio*.

O segundo elemento do precedente é a *ratio dicens* (ou *holding*), que é a norma geral⁷¹ – ou, conforme ressaltam alguns autores, o enunciado normativo geral⁷² – abstraído do precedente judicial, ou seja, da decisão judicial proferida no caso concreto⁷³. Trata-se, pois, de

⁶⁸ MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. **Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC (LGL\2015\1656)**. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et al (orgs.). Direito jurisprudencial. vol. II. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 33.

⁶⁹ MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. **Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC (LGL\2015\1656)**. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et al (orgs.). Direito jurisprudencial. vol. II. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 211.

⁷⁰ Máxima “Treat Like Cases Alike”.

⁷¹ “A norma que se constitui o precedente é uma regra. A *ratio* é o fundamento normativo da solução de um caso; necessariamente será uma regra. Não por caso, a norma do precedente é aplicável por subsunção.”. In.: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 451.

⁷² Abboud e Cavalcanti fazem diversas ressaltas quanto às diferenças entre norma e enunciado normativo. Seguindo essa lógica, o precedente (ou a *ratio* nele contida) configura-se como um enunciado normativo, que, tal qual a lei, não pode ser aplicado por subsunção. Para os autores “A norma jurídica não se confunde com o texto normativo. A superação do paradigma positivista, decorrente de sua adequação aos avanços alcançados pela filosofia da linguagem e da hermenêutica jurídica, permite dizer que há diferenças entre o texto normativo e a norma jurídica. Ou seja, o texto normativo não traz nele próprio o significado da norma jurídica.”. In.: ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araujo. **Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo**. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 351-378, jul. 2015.

⁷³ Redondo, semelhantemente à Marinoni, ressalta que nem toda decisão judicial constitui um precedente. “O precedente consiste na decisão jurisdicional tomada em relação a um caso concreto, cujo núcleo é capaz de servir como diretriz para a resolução de demandas semelhantes. Todo precedente é, portanto, uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial pode ser qualificada como um precedente. Como característica fundamental do

produção do direito pelo método indutivo (normatização segue do concreto ao abstrato)⁷⁴, sendo essa é a principal forma de criação do direito nos países adeptos tradição jurídica do *Common Law*⁷⁵.

Em uma lógica de precedentes, o julgador, ao proferir uma decisão no caso concreto, cria duas normas jurídicas: a primeira tem caráter individual e está contida no dispositivo da decisão, sendo a solução do caso levado pelo jurisdicionado ao crivo do Poder Judiciário; já a segunda tem caráter geral e está contida na fundamentação do julgado⁷⁶, servindo de baliza para o julgamento de casos futuros que guardem similitude fática e argumentativa com o caso paradigma – trata-se da *ratio decidendi*.

Didier Jr., Braga e Oliveira, nesse ponto, aduzem que:

É importante assentar o seguinte: ao decidir um caso, o magistrado cria (reconstrói), necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto de sua interpretação/ compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A Segunda, de caráter individual, constitui sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise.⁷⁷

precedente tem-se o surgimento de uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir do caso concreto, que passa a servir de diretriz para situações semelhantes”. In.: REDONDO, Bruno Garcia. **Precedente judicial no direito processual civil brasileiro**. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, MARINONI, Luiz Guilherme, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial: volume 2, São Paulo: RT, 2014, v. 2, p. 167-188.

⁷⁴ Redondo nesse tocante afirma que “(...) o magistrado, ao decidir determinada questão, cria duas normas jurídicas: (i) uma, de cunho individual, consistente na solução específica para a controvérsia concreta que lhe foi posta para resolução, única apta a ser alcançada pela coisa julgada material; e (ii) outra, de caráter geral, fruto da interpretação e compreensão dos fatos envolvidos na causa e de sua adequação ao Direito positivo, identificada como a *ratio decidendi* do precedente.”. In.: REDONDO, Bruno Garcia. **Precedente judicial no direito processual civil brasileiro**. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, MARINONI, Luiz Guilherme, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial: volume 2, São Paulo: RT, 2014, v. 2, p. 167-188, p. 173.

⁷⁵ Nesse ponto, Marinoni, ao analisar o direito do *common law* contemporâneo estadunidense ressalta que (p.183) “Atualmente, os casos do *common law* frequentemente têm respaldo em normas legais infraconstitucionais ou em precedentes e, quando constituem *hard cases*, fundamentam-se em princípios do direito, em sua maioria de estrutura constitucional. Isso, porém, não retira do sistema do *common law* algo que é peculiar à sua própria tradição. O *common law* dá grande relevo aos fatos do caso, seja quando da elaboração do precedente, em geral nos *hard cases*, seja quando da análise e da aplicação dos precedentes.”

Esse entendimento se coaduna com aquele expressado por Cramer quando dita que os sistemas jurídicos do *Common Law*, assim como o do *Civil Law*, tendem a uma miscigenação na busca pela efetivação dos princípios norteadores do ordenamento. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016.

⁷⁶ Nesse ponto a doutrina é uníssona, convergindo Cramer, Didier Jr. Braga e Sarmento, Marinoni.

⁷⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 442.

Ademais, importante considerar que, enquanto a norma jurídica individualizada constitui coisa julgada, tendo como limites objetivo o dispositivo da decisão e, subjetivo, a vinculação *inter partes*, a eficácia vinculante do precedente judicial tem como limite objetivo a norma geral do precedente (*ratio decidendi*) contida na fundamentação da decisão e, como limite subjetivo, a vinculação *ergam omnes*⁷⁸.

Pois bem. Para o presente estudo, analisar-se-á, especificamente, a norma geral contida na fundamentação do precedente, qual seja a *ratio decidendi*, pois é justamente esta que tem a potencialidade de servir como paradigma interpretativo, vinculante ou persuasivo, para casos futuros^{79 80}. Trata-se do elemento nuclear do precedente.

Existem muitos métodos criados por doutrinadores oriundos de países do *Common Law* para identificar a *ratio* de uma decisão precedente⁸¹. Nesse ponto, atenho-me a citar Cramer, quando, da análise dos mais importantes desses métodos, sintetiza que “[...] não se deve aprisionar o processo interpretativo da *ratio* a um tipo de método específico, porque não existe apenas um método para deduzir a norma do texto”⁸².

O referido autor ressalva que a interpretação da *ratio* deve ocorrer, no direito brasileiro, de acordo com três balizas, quais sejam: (i) coerência com as questões levadas ao Tribunal; (ii) consideração da prática decisória do Tribunal, de forma a manter a integridade da Jurisprudência; e (iii) conformidade à Constituição, não podendo se depreender uma *ratio* que a viole⁸³.

⁷⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 473.

⁷⁹ Marinoni adota a tese de que a *ratio* seriam as razões determinantes para aquela decisão. P.162 “O significado de um precedente deve ser buscado nas razões pela quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. (...) O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está essencialmente na sua fundamentação e que, portanto, não basta somente olhar a sua parte dispositiva.”

⁸⁰ Didier Jr., Oliveira e Braga, definem a *ratio decidendi* da seguinte forma: “Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada a outras situações concretas que se assemelham àquela que foi originalmente construída.” DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 443.

⁸¹ Nesse ponto, mister observação de Cramer de que a análise da *ratio decidendi* de uma decisão é prospectiva. “Ressalta-se, por fim, que a *ratio* não é determinada no mesmo da prolação do precedente onde ela se encontra. Por mais que possa haver essa tentativa quando da edição do precedente, quando da edição do precedente, *ratio decidendi* somente será delimitada posteriormente-, no julgado futuro que a aplicar a um caso concreto.”. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 113.

⁸² CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 112.

⁸³ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016.

Quanto ao papel criativo da Judiciário, ressalta-se, novamente, que, pelo paradigma pós-positivista, em razão do já mencionado “giro hermenêutico”, que diferenciou norma de texto normativo, a função de mero declarador do Judiciário foi superada para dar lugar a um juiz criador do direito no caso concreto. Nesse ponto, considerando as particularidades do nosso sistema de *Civil Law*, o entendimento defendido por aqueles que defendem a adequação constitucional dos precedentes vinculantes ao nosso ordenamento é de que o Julgador cria precedentes (em sentido estrito, *ratio decidendi*) que são interpretativos das leis criadas pelo legislador⁸⁴.

Cramer, assim, ressalta que os precedentes no direito brasileiro criam regras⁸⁵ (*ratio decidendi*) interpretativas de outras regras – as leis, sendo essa justamente a razão do porquê os precedentes vinculantes não invadem competência legislativa (tema que será abordado de forma mais aprofundada no ponto 3 do presente trabalho). O autor enuncia que:

[...] o Judiciário não produz norma a partir do nada, como se fosse legislador. A norma é criada a partir de parâmetros estabelecidos pelo legislador, isto é, por meio de interpretação do dispositivo legal ou de outro texto normativo, que deve, por óbvio, se harmonizar com a lei. Não há dúvida de que o legislador produz as leis com base nas normas que imagina a partir do texto legal. Porém, a vontade do legislador sobre o que é a norma não tem relevância determinante, apenas será um dos critérios para ser considerado na interpretação da lei pelo Judiciário. [...] Dessa forma, os precedentes, no sistema de precedentes previsto no Civil Law, diferentemente do que se dá no Common Law, produzem as normas jurídicas a partir de textos normativos, que são leis ou outros textos, que, por sua vez, devem se sintonizar com as leis. A rigor, os precedentes no Civil Law não são precedentes criadores, mas interpretativos, pois erigem a norma com fundamento em textos normativos.⁸⁶

Defende-se, assim, que o Judiciário brasileiro não produz a *ratio decidendi* a partir do “nada”, uma vez que, pela sistemática do nosso Ordenamento, esta *ratio* está sempre vinculada, em certa medida, à lei positivada.

⁸⁴ Cramer, nesse ponto, em entendimento muito similar àquele de Abboud e Pereira, ressalta que, pelo precedente ser texto (enunciado normativo), dependerá de um processo interpretativo para a extração da norma a ser aplicada pelo julgador. Seguindo essa lógica, conclui-se, pois, a necessidade de uma dupla interpretação para a aplicação do precedente. “Em verdade, ao aplicar o precedente, o julgador interpreta a interpretação (isso mesmo: interpretação sobre interpretação) do texto normativo já feita pelo tribunal. Por conseguinte, a norma do precedente é compreendida a partir do resultado de uma dupla interpretação.” In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 90.

⁸⁵ Cramer entende que a *ratio decidendi* pode ser tanto uma regra, quanto princípio (o autor cita, como exemplo, a possibilidade de um princípio que apenas encontrava-se implicitamente previsto no sistema processual, ser fixado por um precedente. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 91. Didier Jr. Oliveira e Braga, por outro lado, entendem que a *ratio decidendi* será sempre uma regra. In.: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015.

⁸⁶ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 94-95

Importante ressaltar, ainda, que a criação da norma geral contida no precedente – a *ratio decidendi* – ocorre, no Brasil, de forma mui diversa daquela dos países adeptos do *Common Law*.⁸⁷ Explica-se: ao passo que no *Common Law* não existe, tradicionalmente, leis escritas a serem seguidas, sendo a sua jurisprudência, fundada no direito comum, a principal fonte do direito (precedentes criadores do direito)⁸⁸, no Brasil, país adepto do *Civil Law*, pela tradicional valorização do direito legislado, temos os precedentes interpretativos.

Nesse tocante, Zaneti Jr. e Pereira enunciam que:

Os juízes e juristas se depararão, na atividade jurisdicional, com textos vagos e com normas ambíguas cuja aplicação reclamará decisões interpretativas que tratem do significado da norma legal e a ela acrescentam um conteúdo reconstruído. Nos momentos em que há dúvida sobre o significado do texto normativo, o intérprete deverá decidir qual significado atribuirá ao texto. Esta decisão que dirime a dúvida interpretativa é chamada de *interpretação operativa*, conceito sugerido inicialmente por Luigi Ferrajoli e desenvolvido por Józef Wroblewski para traduzir as hipóteses em que há reconstrução da norma pelo intérprete na atividade jurisdicional e a devolução ao ordenamento jurídico de conteúdo normativo reconstruído. Todas as vezes que houver interpretação operativa, abrir-se-á a possibilidade para a formação de um precedente (do ponto de vista material). Essa decisão, desde que se enquadre nas hipóteses qualificadas como vinculantes pelo art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), será considerada um precedente normativo formalmente vinculante (do ponto de vista formal). Em sentido contrário, quando a norma for simplesmente aplicada, sem qualquer reconstrução do seu conteúdo, é a lei ou o precedente anterior que será aplicado. O mesmo ocorre quando o *leading case* é aplicado sem alterar seu conteúdo normativo, a nova decisão com base no precedente não é ela mesmo um precedente, mas apenas uma decisão judicial.⁸⁹

⁸⁷ Daí porque o cuidado de Cramer quando pontua, na criação de sua teoria dos precedentes no direito brasileiro, que não se deve transplantar conceitos prontos do sistema jurídico estrangeiro. “Além disso, as formulações sobre o tema não serão simplesmente transplantadas do *Common Law* para o nosso sistema jurídico. Não há dúvida de que o *Common Law* constitui o ponto de partida para entendimento dos precedentes, mas, para ser assimilado pela nossa prática processual, esse tema precisa ser peculiarizado às nossas tradições processuais.” In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 70.

⁸⁸ Quanto a esse ponto, novamente menciona-se a ressalva de Marinoni (p.185) quanto ao direito do *Common Law* estadunidense contemporâneo. Isso porquê, tradicionalmente, no *Common Law*, os precedentes eram, quase que em sua totalidade, criativos do direito. Ocorre que, com o recente movimento flexibilização do sistema, em razão da criação de diversas normas infraconstitucionais naquele ordenamento, surgiram diversos precedentes interpretativos, criados de maneira similar aqueles previstos no nosso ordenamento brasileiro.

“Atualmente, em virtude do impacto do constitucionalismo, não só há nítida aproximação entre as funções dos Juízes de *common law* e *civil law*, como visível proximidade entre os precedentes ditos de criação e os interpretativos. Mais do que tudo, essa proximidade permite evidenciar a importância dos precedentes judiciais no sistema judicial brasileiro.

⁸⁹ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016, p. 374.

Por fim, ressalta-se que apenas se considera como precedente vinculante a *ratio decidendi* criada mediante contraditório. Esse é o entendimento constante no Enunciado 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁹⁰.

O terceiro e último elemento do precedente a ser analisado é o *obter dictum*. Incluso na argumentação jurídica realizada na fundamentação da decisão precedente – argumentação essa que, conforme exposto, integra o precedente – esse elemento carrega a particularidade de não se configurar como uma das razões necessárias à formação da norma geral do precedente. Trata-se, pois, de mera consideração acessória realizada pelo julgado do caso concreto.

Didier Jr., Braga e Oliveira, conceituam o *obter dictum* da seguinte forma:

argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão o qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão.⁹¹

Cramer, em similar entendimento, defende que:

O *obter dictum* constitui todo e qualquer argumento dispensável para determinar a norma do precedente e que tem apenas o objetivo de ser ilustração, digressão, complementação ou reforço de argumentação das razões da decisão. São ditos de passagem, que nenhuma relevância tem para a decisão proferida.⁹²

Nesse ponto, Marinoni ressalva que, em razão do absoluto atrelamento do *obter dictum* à *ratio decidendi* de uma decisão precedente, a discussão de seu significado demanda o mesmo grau de complexidade daquele, não existindo, pois, uma única forma de identificação do *obter dictum* presente na fundamentação de uma decisão⁹³.

Justamente por essa razão, deve-se analisar, casuisticamente, quais são as razões fundamentais para fixação da norma geral contida em um julgado precedente, a *ratio decidendi* (que pode ser entendida tanto como a norma geral contida na decisão precedente, quanto à

⁹⁰ Enunciado 2 FPPC: “para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.” In.: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 472.

⁹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 444.

⁹² CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 107.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatório**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 168.

decisão precedente em si) e quais argumentação não são prescindíveis e, logo, constituem o *obter dictum* ⁹⁴.

Assim conclui-se, pois, uma breve análise do instituto do precedente, razão pela qual iniciar-se-á o estudo da teoria dos precedentes no direito brasileiro a partir da sistematização realizada no CPC/15.

2.2 Sistemática dos Precedentes Vinculantes prevista no CPC/15

Conforme exposto, temos que a sistematização dos precedentes vinculantes foi uma das maiores inovações do CPC/15. Analisar-se-á no presente tópico, pois, a logística de criação, aplicação e superação dos precedentes vinculantes no direito brasileiro, pontuando os principais posicionamentos doutrinários acerca do tema.

Os precedentes judiciais, considerados em sua natureza de ato-fato jurídico⁹⁵, configuram-se como consequência lógica do exercício da atividade jurisdicional de um Estado. De tal forma, mister sempre considerar que a grande inovação do CPC/15 não consiste em trazer os precedentes para o direito brasileiro, e sim em conferir-lhes força vinculante para conformar o sistema jurídico às suas razões⁹⁶.

Pese os precedentes vinculantes terem sido sistematizados no CPC/15, imperioso ressaltar que, desde antes da edição novo código, já se percebia, no nosso Ordenamento, um processo de gradual valorização de decisões precedentes. Conforme exposto, a flexibilização do nosso sistema de *Civil Law*, como tradicionalmente concebido, não ocorreu pela simples “vontade” do legislador, mas sim teve como fundamento a latente necessidade de permear de racionalidade a atividade criativa da norma jurídica exercida pelo Judiciário.

⁹⁴ Cramer, ressalta, novamente que, assim como a *ratio decidendi*, a definição do *obter dictum* é retrospectiva, cabendo ao aplicador da norma essa diferenciação. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 107.

⁹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015.

⁹⁶ Conforme exposto, em um sistema de *Civil Law* puro, em regra, todos os precedentes são meramente persuasivos.

Explica-se. Com a crescente edição, pelo Legislativo, de enunciados normativos de caráter aberto (princípios), conferiu-se ao Poder Judiciário brasileiro um maior poder criativo na fixação do significado da norma jurídica no caso concreto. Esse movimento, contudo, não é tão recente, posto que a nossa Constituição da República, maior fonte de normas abertas e gerais do Ordenamento Jurídico brasileiro, fora promulgada em 1988 – logo, há mais de trinta anos.

Foi justamente essa atividade criativa do Judiciário que, ao longo dos anos, tonou-se problemática. Isso porque, uma vez que, podendo cada julgador, ao interpretar a lei (positiva) geral e aberta, extrair a norma jurídica consonante unicamente o seu entendimento – logo, sem vinculação alguma com o que já fora decidido anteriormente –, criou-se um panorama em que os proferimentos judiciais careciam de qualquer uniformidade – o que ocasionou a chamada “loteria jurídica”, estímulo para a litigância desmedida do jurisdicionado, que deveria “tentar a sorte” de obter uma decisão favorável.

Surge daí, logo, uma demanda por uniformização da jurisprudência pátria, de tal modo que podemos concluir que, desde muito antes da edição do CPC/15, já vigorava em nosso sistema uma certa consciência de que o constante desrespeito aos precedentes teria como consequência lógica a insegurança do jurisdicionado.

Nesse sentido, temos que o Novo CPC, ao implantar um sistema de precedentes vinculantes no nosso Ordenamento, atendeu à essa expectativa de grande parte dos operadores do direito. A bem da verdade, a doutrina brasileira, em sua maioria, já levanta a questão da uniformização da jurisprudência como uma necessidade para racionalização da atividade jurisdicional, não sendo o estudo do tema assim tão recente⁹⁷.

De igual modo, a própria jurisprudência já mostrava indícios de que, sem uma vinculação interna do Judiciário ao que fora decidido anteriormente, restaria crassamente violado o princípio constitucional da igualdade (que deveria ser entendido não apenas como um mandamento de igualdade perante a lei, mas também perante a norma Jurídica aplicado ao caso concreto).

⁹⁷ Cruz e Tucci, pioneiramente, já debatia sobre o tema em seu livro “Precedente Judicial como Fonte de Direito”, lançado no ano de 2004. In.: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.

Nesse ponto, mister considerar o voto-vista do ministro do STJ Humberto Gomes de Barros, que, ao julgar recurso posto sob sua análise, em 2003 (logo, 13 anos antes da entrada em vigor do Novo CPC), já ressaltava que, ao não manter-se a jurisprudência do r. Tribunal uniforme, os magistrados estriam em um papel de “derrubar os jurisdicionados”⁹⁸.

O próprio CPC/73, que já previa a uniformização de jurisprudência e assunção de competência, depois de algumas reformas, passou a vaticinar a valorização dos precedentes, “dando ao magistrado ou ao tribunal o poder de abreviar o processo com base em entendimentos jurisprudenciais do próprio tribunal ou de tribunais superiores”⁹⁹, bem como conferindo força vinculante ao precedente oriundo de julgamento de recursos repetitivos (extraordinários ou especiais)¹⁰⁰.

Menciona-se, ainda, a Emenda Constitucional nº 45, que, em 2004, incluiu o §2 do artigo 102 da Constituição Federal¹⁰¹, no qual consta previsão de conferência de caráter vinculante *erga omnes* às decisões proferidas pelo Superior Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Importa ressaltar que essa eficácia é diferente daquela posteriormente conferida ao precedente pelo CPC/15¹⁰², sendo o dispositivo da decisão (e não suas razões) que conformam todo o Ordenamento brasileiro (não apenas o Jurídico).

Outra novidade que a referida Emenda trouxe pra o nosso Ordenamento foram as súmulas vinculantes, previstas no artigo 103-A da Constituição¹⁰³. Conforme lecionam Didier Jr.,

⁹⁸ Voto-Vista do Min. Humberto Gomes de Barros. STJ, 1. S., AgRg no REsp 382.736/SC, rel. Min. Castro Meira, rel. p. ac. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 08/03/2003, publicado no DJ de 25/02/2004 (p. 91)

⁹⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 47.

¹⁰⁰ Previsões do CPC/73 que indicavam uma valorização dos precedentes: 285-A, 475, §3º, 518, §1º, 557, 557§1º e 543-B e 543-C. Conforme lista de Cramer. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016.

¹⁰¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. In.: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

¹⁰² Conforme dita Cramer, a eficácia *erga omnes* e vinculante das decisões de mérito nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental) “(...) não se confunde com a eficácia do precedente vinculante, que agora essas decisões passam a ter, conforme o inciso I do artigo 927 do NCPC”. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 192.

¹⁰³ CF Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão

Oliveira e Braga, “a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”¹⁰⁴. Dessa forma, temos que a súmula vinculante prevista no r. artigo é aquela que constitui enunciado normativo da *ratio decidendi* contida nos precedentes reiteradamente aplicados pelo STF em matéria constitucional.

Assim, dita Cramer, que “A súmula vinculante tem por objeto questão constitucional controversa e pode ser editada por aprovação de dois terços dos membros do STF, depois de reiteradas decisões sobre o assunto”¹⁰⁵.

Consideremos, ainda, as Leis Federais nº 9.868/1999 (lei que regula as ações direta de constitucionalidade e inconstitucionalidade), 9.882/1999 (lei que regula a ação direta de descumprimento de preceito fundamental) e 11.417/2006 (lei que regula a Súmula Vinculante). Tais legislações, conforme enuncia Cramer¹⁰⁶, conjuntamente com o NCPC (artigos 489, incisos V e VI, 926, 927, 927 e 988), bem como a Constituição Federal, comporiam um microsistema de precedentes no Brasil¹⁰⁷.

Conclui-se, portanto, e por todo exposto, que, pese a sistematização dos precedentes vinculantes prevista no CPC/15 ser, inegavelmente, uma grande inovação legislativa, a valorização do instituto do precedente não é uma “surpresa” imposta pelo legislador e sim a consequência de um processo gradual de percepção do operador do direito brasileiro de que,

ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006). § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹⁰⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015.

¹⁰⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 47.

¹⁰⁶ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016.

¹⁰⁷ A ideia de que as referidas leis comporiam o microsistema de precedentes no Brasil é criticada por Didier em suas metanotas posfaciais à obra de Cramer “Precedentes Judiciais, Teoria e Dinâmica”. Segundo o referido autor, não haveria porque inserir tais leis no microsistema, posto que “A coisa julgada *erga omnes* da decisão em controle concentrado não pode ser confundida com a eficácia vinculativa do precedente por ela gerado.”. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 221.

sem a observância interna do Judiciário ao que fora decidido anteriormente, o Ordenamento Jurídico restaria destituído de qualquer uniformidade, sendo sua falência corolário lógico de sua ineficácia em atender isonomicamente o jurisdicionado.

Pois bem. O CPC/15 estrutura os precedentes em uma sistemática que será brevemente analisada. Primeiramente, sem seu artigo 926¹⁰⁸, prevê o dever geral dos tribunais uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Já em seu artigo 927¹⁰⁹, o CPC/15 prevê um rol de precedentes que devem ser *observados* pelos magistrados.

Antes de prosseguir nesse rol, mister ressaltar nodal divergência doutrinária acerca da interpretação desse artigo. Como se pode observar, o dispositivo do enunciado normativo dita apenas que os precedentes serão “observados”, o que cinge a doutrina entre aqueles que entendem pela obrigatoriedade de observação e aqueles que preveem apenas uma observação *persuasiva*.

Cramer¹¹⁰, em sua obra, divide esses posicionamentos divergentes em cinco correntes que disputam a exegese do artigo em questão. A primeira, defendida pelo próprio autor, sustenta tratar-se de um rol de precedentes vinculantes sob a ideia de um argumento semântico. Didier

¹⁰⁸ CPC: Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. In.: BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 17/3/2015, Página 1.

¹⁰⁹ CPC: Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. In.: BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 17/3/2015, Página 1.

¹¹⁰ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 183.

Jr. Braga e Oliveira¹¹¹, bem como outros diversos doutrinadores¹¹², compartilham esse posicionamento, que parece-me ser o majoritário na doutrina contemporânea brasileira.

A segunda corrente, ainda seguindo a sumarização de Cramer, defendida, entre outros doutrinadores, por Teresa Wambier¹¹³, argumenta que o referido artigo não estabelece precedentes vinculantes, uma vez que apenas poderiam ser consideradas vinculantes aquelas decisões que dispõe da reclamação como meio impugnativo para forçar o seu cumprimento (logo, seriam as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e as decisões nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas).

Cramer critica essa segunda via sob a justificativa de que:

A reclamação constitui tão somente um meio de impugnação da decisão judicial que não respeita o precedente. A sua previsão tem apenas o objetivo de tornar mais eficiente a aplicação do precedente vinculante.¹¹⁴

A terceira corrente enunciada é a de Alexandre Freitas Câmara¹¹⁵, segundo a qual o rol do artigo em referência é composto por uma lista de precedentes persuasivos a serem meramente *observados* pelo julgador do caso concreto. A força vinculante dos precedentes, portanto, apenas poderia advir de seu próprio regime jurídico, razão pela qual somente os seguintes proferimentos judiciais poderiam ter força obrigatória: as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e as decisões nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas.

Cramer¹¹⁶, então, desconstrói esse entendimento sob dois argumentos: (i) afirma que não haveria diferença entre a norma federal do CPC atribuir força vinculante ao precedente e outra norma federal (o regime jurídico) fazer o mesmo, e (ii) dita que, considerar a norma do artigo

¹¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015.

¹¹² ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

¹¹³ WAMBIER, Teresa et al. Primeiros **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Artigo por Artigo. São Paulo: RT, 2015 apud CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 1315.

¹¹⁴ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 188.

¹¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015 apud CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 434.

¹¹⁶ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 188.

927 do CPC como programática seria ilógico ao ponto que, entender os precedentes ali previstos como persuasivos não se coadunaria com a necessidade de prévio contraditório para o seu emprego.

A quarta corrente (que muito se adequa ao que será levantado no capítulo 3 da presente monografia), capitaneada por Cruz e Tucci, Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery e Cassio Scarpinella Bueno, segundo dispõe Cramer¹¹⁷, defende que, entendendo-se o rol do referido artigo como sendo vinculante, enseja-se uma necessária inconstitucionalidade do dispositivo, posto que “[...] apenas a Constituição pode conferir força vinculante a um precedente”¹¹⁸.

Cramer¹¹⁹, contudo, critica veemente esse entendimento sob dois principais argumentos: (i) alega que a previsão constitucional de conferência de eficácia vinculante às decisões proferidas em controle concretado de constitucionalidade pelo STF e às súmulas vinculantes decorre do fato de que esses precedentes vinculam *todo* o Ordenamento brasileiro (vinculação externa) e não apenas o Judiciário, como os precedentes do CPC (vinculação interna), de forma que interferem na separação de poderes; e (ii) que foi a intenção do legislador conferir força vinculante à tais precedentes, não podendo essa vontade ser de todo afastada, mesmo que se considere a dissociação do enunciado normativo (criado pelo legislador) da norma jurídica (criada pelo julgador), sob risco de violar-se o viés democrático da ordenamento.

Para defender seu ponto, Cramer¹²⁰ cita, ainda, o Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que dispõe que o rol de precedentes do artigo 927 do NCPC é vinculante para os órgãos jurisdicionais a ele submetidos. Nessa toada, ressalto que o referido enunciado (que detém caráter meramente persuasivo) fora editado no VIII FPPC, sob coordenação geral de Fredie Didier Jr., que assim como Cramer, alinha-se ao entendimento primário dessa sumarização¹²¹.

¹¹⁷ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016.

¹¹⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 189.

¹¹⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatório**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹²¹ Cf. CJF, Conselho da Justiça Federal. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. Florianópolis, 2017.

Por fim, a última das cinco correntes enumeradas, defendida por Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero¹²², defende que são vinculantes apenas os precedentes emitidos pelas Cortes Superiores (posto que apenas estas teriam a missão de emitir precedentes), não estando estes limitados ao rol previsto no artigo 927 do CPC.

Cramer¹²³, nesse ponto, ressalta que o rol de precedentes previsto no artigo 927 do CPC/15 é meramente exemplificativo, entendimento esse que é reverberado por grande parte da Doutrina. Nesse ponto, cita-se Didier Jr., Braga e Oliveira, quando ditam que: “O artigo 927 do CPC inova ao estabelecer um rol de precedentes obrigatórios [...] Mas esse rol não é exaustivo.”¹²⁴.

Mister considerar, no entanto, que o que Mitidiero defende é uma restrição do próprio conceito de *Precedente*. Entende o autor, em obra diversa daquela mencionada por Cramer, ressalta-se, que apenas são precedentes aqueles produzidos por Cortes Supremas encarregadas de dar a “última palavra” sobre direito constitucional e federal, sendo suas *ratio* sempre vinculantes¹²⁵.

Para o autor, o conceito desse precedente vinculante é (i) qualitativo, vez que depende da *qualidade das razões invocadas* a para a justificação da questão decidida; (ii) material, porque depende de um caso *devidamente delineado, particularizado e analisado em seus aspectos fático-jurídicos*.; e (iii) funcional, porque depende do órgão jurisdicional do qual promanam, sendo os precedentes, no Brasil, apenas as decisões são oriundas do Superior Tribunal Federal (STF) ou do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹²⁶.

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2015 apud CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 187.

¹²³ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016.

¹²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 461.

¹²⁵ O autor conceitua precedentes da seguinte forma: “Precedentes são razões necessárias e suficientes para a solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou pela maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema. Como resultam da interpretação de textos dotados de autoridade jurídica ou de elementos não textuais integrantes da ordem jurídica formuladas pelas cortes encarregadas de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal, os precedentes são sempre obrigatórios, isto é, tem sempre força vinculante. In.: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 98.

¹²⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Ed. RT, 2016.

Marinoni, por seu turno, conceitua o artigo 927 do CPC/15 como desnecessário, reconhecendo seu caráter meramente exemplificativo. Para o autor:

Significa que a norma do art. 927 consiste apenas na lembrança de *alguns* precedentes, além de súmulas e controversas decisões tomadas em incidentes de natureza *erga omnes*, que deverão ser observados pelos juízes e tribunais.¹²⁷

Ultrapassados tais divergências, temos que artigo 927 do CPC/15 prevê a observância do seguinte rol de precedentes que aqui considerar-se-ão como vinculantes (ainda que assim se enseje, daí, uma discussão acerca de sua possível inconstitucionalidade): (i) decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, (ii) enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência; (iv) acórdãos de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (v) enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; (vi) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais o magistrado esteja vinculado.

No rol supra estão contidos os precedentes cujos legislador optou por, expressamente, conferir caráter vinculante. Nesse ponto, mister destacar a inclusão dos enunciados de súmula, que não são *precedentes* propriamente ditos. Isso porque, como já exposto, um enunciado de súmula, diferentemente dos outros precedentes listados no referido artigo, não contém os pressupostos para ser considerado *precedente*.

Explica-se. Ao passo que o precedente deve ser uma decisão judicial apta a servir de paradigma para casos posteriores, o enunciado de súmula, seja constitucionalmente dotado de caráter vinculante ou não, nada mais é do que a sintetização da *ratio decidendi* predominante aplicada por um Tribunal. Trata-se, pois, de enunciado normativo que, assim como a lei positiva, demandará a atividade interpretativa criativa do julgador para a sua aplicação. É, logo, um precedente *lato sensu*.

A opção do legislador do CPC/15 pela inclusão dos enunciados de súmula como precedentes contidos no rol artigo 927, como expressado por Cramer, serve para deixar claro que eles devem ser aplicados conforme a lógica do sistema de precedentes¹²⁸. Dita o autor que:

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatório**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

¹²⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 194.

Logo, a partir do novo CPC, que introduz um sistema de precedentes em nosso ordenamento, a súmula vinculante não deve ser empregada a partir de seu texto, mas nos termos de seu precedente originário, pois nele se encontra a norma jurídica criada pelo Superior Tribunal Federal. [...] O inciso IV do art. 927 do NCPC prescreve que os precedentes originários das súmulas em matéria federal do STJ e em matéria constitucional do STF são vinculantes. Mais uma vez, salienta-se que a previsão de súmula no rol do art.927 do NCPC não torna vinculante o seu texto, mas sim o precedente que a originou.¹²⁹

Nesse ponto, destaca-se que o caráter vinculante que o CPC confere tanto às sumulas vinculantes, quanto às decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, não se confunde com a eficácia vinculante conferida pela Constituição Federal – que prevê a subordinação de todo o Ordenamento brasileiro ao dispositivo das referidas decisões e ao enunciado das referidas súmulas.

O que a legislação processual institui é obrigatoriedade de observância, apenas pelo Judiciário, das *ratio decidendi* contidas tanto na fundamentação das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, quanto na fundamentação da decisão paradigma que ensejou a criação da súmula vinculante. Temos, pois, duas formas de vinculação distintas e que não se confundem.

São essas, portanto, a formas de criação dos precedentes vinculantes previstas no Novo CPC. Um adendo que deve ser feito é que, de acordo com o r. artigo 927 (que contém rol meramente exemplificativo de precedentes vinculantes), cria-se a possibilidade que, no direito brasileiro, existam precedentes que já nasçam obrigatórios. Essa uma ideia é muito criticada por Abboud e Cavalcanti¹³⁰, porém que é defendida por Cramer¹³¹, que entende que se deve adaptar o conceito de precedentes para a prática processual nacional.

Quanto a dinâmica de aplicação precedente vinculante, temos que esta é muito diferente daquela do precedente persuasivo, sendo seu correto emprego um real desafio para os operadores do nosso *Civil Law*. Nesse ponto, Cramer ressalta que:

No caso de precedente vinculante, o juiz tem o dever de empregá-lo no caso concreto. Perceba-se que a força vinculante não tem relevância se o magistrado concorda com o precedente, pois, nesse caso, a aplicação a aplicação do precedente ocorre, antes de

¹²⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 195-196.

¹³⁰ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação E Aplicação Dos Provimentos Vinculantes Do Novo Código De Processo Civil A Partir Do Paradigma Do Pós-Positivismo. **Revista de Processo**, vol. 245/2015, p. 351 – 377, Jul / 2015.

¹³¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016.

tudo, pela vontade do juiz. Essa força se justifica na hipótese de o magistrado discordar do precedente.¹³²

Apesar da diferenciação realizada pelo autor, o que de fato importa é que a aplicação do precedente vinculante não é uma opção para o magistrado, e sim uma obrigação. Trata-se da elevação do precedente à fonte primária do direito. Concordando ou não, o juiz deverá aplicar a *ratio decidendi* contida na decisão precedente, porquanto está vinculado.

Para afastar a aplicação do precedente vinculante, o julgador não pode simplesmente discordar de suas razões, eis que, repita-se, a sua observância é obrigatória para o Judiciário. Este apenas não será aplicado em dois casos: quando houver distinção entre o caso sob *judice* e o caso precedente (*distinguish*) ou quando o referido precedente for superado.

Conforme exposto, a regra geral contida em um precedente (*ratio decidendi*) apenas é aplicável à casos que guardem similitude fática com o caso no qual fora proferida a decisão paradigma. Assim, entende-se que a conjuntura fática que ensejou a criação do precedente constitui um de seus elementos essenciais, assim como a argumentação jurídica do referido *decisum*.

Conclui-se, pois, que um precedente não poderá ser aplicado à casos *distintos* – entenda-se aquelas que não mantenham similitude fática ou argumentativa com a decisão paradigma. Didier Jr., Oliveira e Braga, nesse sentido, sumarizam a técnica de comparação que deverá ser utilizada para definir se uma *ratio* deverá ser aplicada ou *distinguida* do caso concreto:

Nas hipóteses em que o órgão julgador está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores. Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento que afasta a aplicação do precedente.¹³³

¹³² CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 139.

¹³³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 490-491.

Cramer, nesse sentido, ressalta que “Não existe um método específico para fazer a distinção, sendo a sua identificação casuística, pois leva em conta, sobretudo, a clareza do texto dos julgados que estão sendo cotejados”¹³⁴.

Sendo decretado a distinção¹³⁵ entre o caso concreto e o precedente, Didier Jr., Braga e Oliveira, enumeram dois caminhos a serem seguidos pelo julgador, quais sejam: (i) conferir à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva (*restrictive distinguishing*), caso em que o magistrado restará desobrigado de seguir a norma precedente, nos termos dos artigos 489 §1º, VI e 927 §1º do CPC/15; ou (ii) estender ao caso concreto a aplicação da norma jurídica precedente, posto que as peculiaridades presentes não seriam aptas a afastar a aplicação daquela *ratio*, nos termos dos artigos 489 §1º, V e 927 §1º do CPC/15 (*ampliative distinguishing*)¹³⁶.

Não sendo decretada a distinção entre o caso concreto e precedente, o julgador deverá aplicar a norma do precedente (regra), ou, então, superá-la através das técnicas de superação de um precedente vinculante, quais sejam: *overruling* e *overriding*¹³⁷.

Assim, temos que, enquanto o “*Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”¹³⁸, “*Há overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou de um princípio legal.”¹³⁹ Logo, o *overriding* é uma espécie de *overruling* parcial¹⁴⁰.

No mais, importa destacar que a superação do precedente dever ter uma razão, podendo ser em virtude de alteração de lei, mudança de entendimento da comunidade jurídica,

¹³⁴ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 142.

¹³⁵ O *distinguishing* pode ser entendido tanto quanto a técnica de comparação, quanto o resultado desse confronto. In.: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 191.

¹³⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015.

¹³⁷ “(...)Se, feita a comparação, o magistrado observar que a situação concreta se amolda àquela que deu ensejo ao precedente, é o caso então de aplica-lo ou de superá-lo, mediante sério esforço argumentativo, segundo as técnicas de superação do precedente (...)!” In.: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 493.

¹³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 494.

¹³⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 507.

¹⁴⁰ Idem.

modificação econômica, política cultural ou social, ou mesmo erro do precedente a ser modificado¹⁴¹.

Ressalva-se, ainda, que superação de um precedente vinculante não é, nem remotamente, uma tarefa tão simples quanto a sua mera aplicação, posto que esta deve ser a regra, enquanto aquela deve ser a exceção em sistema que pretende valorizar os precedentes como método de uniformização das decisões judiciais. Cramer, nesse ponto, ressalta que:

Com a adoção de um sistema de precedentes pelo novo CPC, é imperativo criarmos uma cultura de obediência aos precedentes judiciais, a despeito das nossas convicções jurídicas. A dissidência é bem-vinda no meio acadêmico, mas não deve ser tolerada na jurisprudência. Não podemos esquecer que o respeito aos precedentes serve à segurança jurídica e à isonomia, além de evitar que o ajuizamento de uma ação seja encarado, como atualmente ocorre, como uma aposta lotérica.¹⁴²

Conclui-se, assim, que a superação de um precedente demanda um dever argumentativo muito mais complexo por parte daquele que pretende superá-lo, além de ocorrer, em regra, no caso concreto (com exceção das súmulas vinculantes, que podem ser modificadas de forma abstrata conforme previsão constitucional).

Temos, pois, uma breve sumarização da dinâmica dos precedentes vinculantes à luz do CPC/15, razão pela qual avança-se para o ponto central do presente trabalho, onde será debatida a adequação da sistematização dos precedentes vinculantes ao ordenamento brasileiro, em especial à Constituição Federal.

¹⁴¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 150.

¹⁴² CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 150.

3 ADEQUAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES PREVISTO NO CPC/15 AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Análise de Conformidade dos Precedentes Vinculantes ao Ordenamento Jurídico Brasileiro sob o Viés da Historicidade

Uma vez conceituado o Sistema de Precedentes Vinculantes adotado pelo CPC/15, passa-se a análise de sua conformidade ao Ordenamento Jurídico brasileiro, de forma que se adentra no ponto central da presente monografia, que pretende, através do estudo dogmático, alcançar conclusão concreta acerca do tema.

Em um primeiro momento, contudo, previamente a análise supra proposta, imperioso considerar a conformidade da própria valorização dos precedentes ao nosso Ordenamento Jurídico.

Pois bem. Como exposto, no Brasil, justamente por sua tradição jurídica como país adepto do *Civil Law*, sempre vigorou, entre os operadores do direito, a tendência de imputar ao Juiz um papel de mero declarador do direito criado pelo Poder Legislativo. Essa ideia ainda permeia o imaginário do nosso Judiciário, sendo um dos principais aspectos da cultura jurídica nacional.

De uma breve análise do Ordenamento Jurídico brasileiro, temos, pois, que os precedentes vinculantes são, inegavelmente, uma novidade para o operador do direito, o qual, até recentemente, não tinha nestes mais do que uma baliza persuasiva para a atuação do magistrado, posto que este não estava vinculado a nenhum outro critério interpretativo da lei senão o seu entendimento sobre a mesma.

Nesse ponto, Cramer aduz que “A adoção do sistema de precedentes não depende somente de reforma legislativa, mas principalmente de reforma em nossa cultura processual.”¹⁴³ E de fato, a nossa cultura jurídica é calcada em bases que, à primeira vista, não se coadunam com a ideia de conferência de caráter vinculante às normas gerais extraídas de proferimentos judiciais.

¹⁴³ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 205.

Sob a ótica da historicidade do nosso panorama decisório, relegar aos precedentes judiciais caráter de fonte primária do direito, em regra, não faria o menor sentido e isso porque, como exposto no capítulo 1.1 do presente estudo, a ideia de atuação de um julgador do *Civil Law* na aplicação da lei remonta às origens do Estado liberal de direito, no qual buscava-se, através de um rigoroso controle da atuação do judiciário, garantir que este tivesse pouca ou nenhuma ingerência sobre o significado da norma jurídica *declarada* no caso concreto.

Ocorre que, com o advento do pós-positivismo e, por conseguinte, o entendimento de que a norma jurídica não se confunde com o enunciado normativo, sendo extraída deste através de um processo interpretativo criativo realizado pelo julgador, o entendimento de que o Judiciário apenas declarava o direito restou superado. A questão que se coloca, portanto, é: como coadunar essa superação com um Ordenamento Jurídico que é calcado, justamente, na ideia superada?

Chegamos, portanto, em um ponto central para a discussão do presente trabalho, pois, partindo-se da premissa de que o Judiciário *cria* a norma jurídica aplicável ao caso concreto (e que essa é uma realidade que não podemos alterar), como harmonizar essa atividade criativa do Judiciário com os princípios basilares do nosso Ordenamento, que preconiza, em sua origem, a separação dos poderes?

Nesse ponto, cita-se a crítica de Greco¹⁴⁴, quando, em posicionamento arraigadamente positivista, correlaciona o aumento arbítrio do Judiciário ao crescimento de sua desvinculação ao texto do direito positivo. Para o autor:

“É a hermenêutica pós-modernidade, que reduz a autoridade e a observância da lei, favorece o arbítrio, gera insegurança jurídica e estimula o juiz a realizar a justiça à sua moda, criando a lei do caso concreto e substituindo-se aos demais poderes. Esse caminho é incompatível com o Estado Democrático de Direito, ainda mais quando trilhado por um juiz profissional, que não desfruta de qualquer legitimidade política para erigir-se em legislador. (...) Os juízes se libertam dos grilhões da lei que escraviza, e encontram na instrumentalidade das formas, na economia processual e na celeridade as justificativas teóricas para abandonar o devido processo legal e criarem a sua própria lei processual.”¹⁴⁵

¹⁴⁴ GRECO, Leonardo. **Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual**. In: SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coords.). O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹⁴⁵ GRECO, Leonardo. **Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual**. In: SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coords.). O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 12.

Ainda, mister ressaltar divergência doutrinária que reside no tocante à ideia de o julgador *criar* ou *reconstruir* a norma. Enquanto Cramer é preciso ao afirmar que o Judiciário *cria* a norma jurídica¹⁴⁶, Mitidiero, por seu turno, afirma que “é impreciso sustentar tanto que a interpretação judicial do direito é *simples declaração*, quanto *simples criação*. Na verdade, a interpretação consiste em uma reconstrução do sentido normativo”¹⁴⁷. Para o referido autor, os significados normativos são *adsritos* aos textos.¹⁴⁸

Nesse ponto, destaca-se que Didier Jr., Oliveira e Braga, ao discorrerem sobre as normas (geral e individual) criadas pelo magistrado ao julgar o caso concreto, vacilam quando ditam que “(...) o magistrado cria (reconstrói), necessariamente, duas normas jurídicas”¹⁴⁹. Para os referidos autores, portanto, essa discussão não parece tomar maiores contornos.

Ainda nesse tocante, cita-se Zaneti Jr., que, ao discorrer sobre sua tese de interpretação operativa dos precedentes judiciais, manifesta-se em posicionamento que se alinha àquele exarado por Mitidiero, senão vejamos:

“A atividade reconstrutiva do ordenamento jurídico pelos juízes e tribunais irá ocorrer mediante a *interpretação operativa*, entendida como esta como aquela interpretação que acrescenta conteúdo reconstruído ao ordenamento, conferindo-lhe, nas palavras do novo Código, coerência e integridade (art.926). (...) “O intérprete não cria os conteúdos, mas os re(constrói)”¹⁵⁰

Fato é que, independentemente da tese adotada, inquestionável a conclusão de que a teoria da interpretação da norma jurídica no direito brasileiro mudou completamente ao longo dos últimos anos. Zaneti Jr., nessa toada, é preciso ao afirmar que o problema dos precedentes nos países de *Civil Law* ou híbridos, como é o caso do Brasil, tornou-se um problema de teoria do direito.¹⁵¹

¹⁴⁶ “Hoje em dia, após a compreensão de que o texto normativo não se confunde com a norma, impõe-se reconhecer que a decisão judicial, ao interpretar o dispositivo legal, cria a norma.”. In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 93.

¹⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 70.

¹⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Ed. RT, 2016.

¹⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015, p. 442.

¹⁵⁰ ZANETI JR., Hermes. **Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes: A Formalização das Fontes Jurisprudenciais**. Ius Et Tribunalis, ano 1, n. 1, p. 31-49, 2015, p. 48.

¹⁵¹ “Este texto procura demonstrar que o problema dos precedentes nos países de *civil law* ou híbridos não é mais um problema de convergência entre as tradições do *civil law* e *commom law*, mas um problema de teoria do direito.” ZANETI JR., Hermes. **Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes: A Formalização das Fontes Jurisprudenciais**. Ius Et Tribunalis, ano 1, n. 1, p. 31-49, 2015, p. 32.

Igualmente relevante a asserção adotada por Mitideiro quando aduz que, à luz da função reconstrutiva do direito exercida pelo Judiciário, é preciso repensar-se os fundamentos do nosso Ordenamento Jurídico:

“A doutrina brasileira tem reconhecido o caráter adscritivo da interpretação do direito, sublinhando a distinção entre texto e norma e a natureza reconstrutiva da ordem jurídica empreendida pela jurisdição.” (...) “Se isso é verdade, é preciso repensar não só o papel do processo civil no Estado Constitucional, reconhecendo-se a sua vocação para desempenhar um duplo discurso em nossa ordem jurídica, *mas é igualmente necessário analisar por quais meios pode-se promover o império do direito no Brasil*. Vale dizer: quais são os instrumentos que podem levar à edificação de uma ordem jurídica segura capaz de promover a liberdade e a igualdade de todos.”¹⁵²

3.2 Conceito de Precedentes Interpretativos como Solução para o *Civil Law* no momento Pós-Positivista do Direito

O desafio da questão posta reside, pois, em coadunar o caráter construtivo/ reconstrutivo da norma jurídica exercido pelo Judiciário à um sistema segundo o qual, tradicionalmente, caberia ao Legislativo criar as normas que, em regra, seriam meramente declaradas/ reveladas pelo Judiciário. A partir dessa nova lógica, entende-se que o Legislador edita enunciados normativos e que as normas, daí, são extraídas pelo julgador no caso concreto, sendo *interpretativas* do direito legislado.

A ideia de normas jurídicas criadas/ reconstruídas pelo Judiciário que são *interpretativas* dos enunciados normativos legais positivos “fecha” essa equação que, a princípio, parecia insolúvel. Coaduna-se assim, o sistema de *Civil Law* ao pós-positivismo.

Nada mais razoável, posto que, essas normas criadas/ reconstruídas pelo julgador, considerando que estamos inseridos em um Estado democrático de direito, bem como que permanecemos adeptos do *Civil Law*¹⁵³, jamais poderiam desconsiderar, de todo, o direito positivo, sob risco de violar-se diversos princípios constitucionais. Nessa toada, cita-se Cramer, quando aduz que:

¹⁵² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 68-70.

¹⁵³ Considerando a conceituação de Cramer. In. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016.

Dessa forma, os precedentes, no sistema de precedentes previsto no *Civil Law*, diferentemente do que se dá no *Common Law*, produzem normas jurídicas a partir de textos normativos, que são leis ou outros textos que, por sua vez, devem se sintonizar com as leis. A rigor, os precedentes no *Civil Law* não são precedentes criadores, mas interpretativos, pois erigem a norma com fundamento em textos normativos. (...) Esse limite legal faz-se necessário, consoante exposto, para conferir legitimidade democrática à atividade jurisdicional.¹⁵⁴

Assim, temos que, em países de *Civil Law*, o Judiciário cria/ reconstrói normas que são interpretativas da lei positiva e que, apesar de não serem a declaração da vontade do legislador, pelo caráter necessariamente democrático da atividade jurisdicional, devem considerar o texto normativo como uma “obra de vontade”¹⁵⁵.

Pelo exposto, podemos concluir que os precedentes (normas jurídicas de caráter geral e concreto criadas pelo Judiciário em sua atividade jurisdicional¹⁵⁶), em uma lógica de *Civil Law*, são interpretativos antes mesmo de serem considerados persuasivos ou vinculantes. Trata-se de premissa para entender-se a adequação do instituto ao nosso sistema.

Esse é o entendimento predominante na doutrina brasileira, de forma que além dos autores já mencionados, cita-se Zaneti Jr., que é claro ao dispor que a interpretação operativa do julgador deve respeitar a intenção legislativa:

“Nos casos de interpretação operativa, a função interpretativa dos juízes e tribunais não é independente da função do legislador e das normas previstas na Constituição eclipsadas como direitos fundamentais, limites e vínculos para a decisão judicial, pois os juízes e tribunais, ao chegarem a uma decisão que reconstrua o ordenamento, passam, necessariamente, pela observância do princípio democrático, pela tradição jurídica e por uma premissa racional de universalização, que os vincula e vinculará todos os demais juízes e tribunais no momento futuro.”¹⁵⁷

Por fim, nesse tocante, cita-se Cramer quando sustenta que o precedente, no Brasil, somente é vinculante quando a lei determina essa vinculação, razão pela qual, podemos concluir

¹⁵⁴ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 95.

¹⁵⁵ Nesse ponto, cita-se Cramer quando aduz que “A interpretação se dá sobre um texto, que não foi gerado de forma autômata, sem nenhum tipo de intenção. O texto legal é obra de vontade, e esta vontade tem que ser pelo menos levada em conta no processo de interpretação da norma. Não é possível encontrar qualquer significado normativo no texto legal, desconsiderando as intenções que o produziram.” In.: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 190-191.

¹⁵⁶ Conceituação de Zaneti Jr. Cf. ZANETI JR., Hermes. **Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes: A Formalização das Fontes Jurisprudenciais**. Ius Et Tribunalis, ano 1, n. 1, 2015, p. 31-49

¹⁵⁷ ZANETI JR., Hermes. **Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes: A Formalização das Fontes Jurisprudenciais**. Ius Et Tribunalis, ano 1, n. 1, p. 48.

que a própria força obrigatória do precedente, em um sistema de *Civil Law*, apenas pode existir quando o legislador assim o determina.

“(...) E o precedente somente deve ser vinculante se a lei assim previr, seja porque em nossa tradição jurídica, a lei ainda deve ter primazia, seja porque a vinculação sem prescrição legal depende de conformação cultural, que ainda está longe de ser feita.”¹⁵⁸

Partindo-se da premissa de que os precedentes no direito brasileiro são sempre interpretativos, posto que apenas assim poderiam coexistir com o nosso Estado Democrático de Direito, seguimos para a análise de conformidade de sua sistematização prevista no novo CPC ao Ordenamento Jurídico brasileiro.

3.3 Potencial Inconstitucionalidade na Sistematização dos Precedentes Vinculantes Prevista no CPC/15

Como já exposto, a grande inovação do CPC/15 consiste em conferir caráter vinculante, perante o Ordenamento Jurídico, às normas gerais contidas em determinadas decisões precedentes proferidas posteriormente à sua entrada em vigor (normas gerais essas que, ressalta-se, são e sempre foram interpretativas do direito positivo).

Nesse contexto, os precedentes vinculantes foram importados do *Common Law* com o intuito de permear essa atividade criativa/ reconstrutiva da norma jurídica exercida pelo nosso Judiciário de uniformidade, coesão e coerência. Isso porque, uma vez compreendido que o julgador poderia *criar/ reconstruir* o direito a partir de sua interpretação lei positiva, urgiu a necessidade de que essa criação interpretativa se desse de forma uniforme, coesa e coerente em âmbito nacional.

Nessa toada, mister ressaltar a mudança de paradigma que a introdução dos precedentes vinculantes trouxe para o nosso ordenamento. Isso porque, sendo instituto oriundo de tradição jurídica diversa da nossa (na qual, ressalta-se desde já, há um protagonismo do judiciário), com a sua adoção suscitaram-se os mais variados questionamentos acerca de como estes se harmonizariam com o nosso sistema.

¹⁵⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 115.

Cramer¹⁵⁹, nesse sentido, é preciso ao traçar uma linha que diferencia ambos os Sistemas Jurídicos. Para o autor, enquanto na Tradição do *Common Law* “o Poder Judiciário é o principal protagonista”¹⁶⁰, na tradição do *Civil Law*, “o poder legislativo tem papel de destaque”¹⁶¹.

Com a adoção dos precedentes vinculantes, portanto, decerto que estamos aptos a conferir um maior destaque ao Poder Judiciário, que poderá, através da criação de *rationes dicidendi* vinculantes, conformar toda a posterior atuação de seus Órgãos às razões desses precedentes, definindo, assim, o significado da lei positiva no caso concreto.

Não se sustenta aqui que o Judiciário brasileiro estaria legislando, ao passo que não se discute que a sua atuação como criador/ reconstrutor da norma jurídica não coadunar-se-ia ao Ordenamento, posto que este apenas enuncia precedentes interpretativos do direito legislado. Essa, ressalta-se, não é a discussão.

O que se infere é que resta inegável a ocorrência uma mudança no *destaque* conferido ao Judiciário na definição do significado da norma no caso concreto. E essa ressalva se faz importante, porque, historicamente, a opção por conferir ao Poder Legislativo um papel de destaque na significação normativa fora uma opção política – e não jurídica ou hermenêutica.

Assim, temos que, ao passo que em um primeiro momento optara-se (politicamente) por conferir ao Legislativo o poder criativo da norma jurídica, em uma segunda etapa da historicidade do panorama decisório brasileiro, entendendo-se que essa norma, de fato, apenas poderia ser criada pelo Judiciário quando da análise do caso concreto, reconheceu-se a institucionalização dessa atividade criativa da norma pelo julgador para, então, regulá-la através da sistematização de precedentes vinculantes.

O Sistema de Precedentes Vinculantes fora instituído no nosso Ordenamento, justamente, para regular a atividade interpretativa criadora/ reconstrutora da norma jurídica no caso concreto exercida pelo Judiciário. Esse ponto é inquestionável, de forma que o que se ressalva

¹⁵⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinamica**. 1ª Ed., Editora Forense, 2016, p.28.

¹⁶⁰ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinamica**. 1ª Ed., Editora Forense, 2016, p.28.

¹⁶¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinamica**. 1ª Ed., Editora Forense, 2016, p.28.

é que essa segunda etapa na historicidade do panorama decisório brasileiro teve como propulsores questões de cunho jurídico e hermenêutico (e não político).

De tal maneira, podemos concluir que, em razão dessas questões de cunho jurídico e hermenêutico, transferiu-se o destaque da significação normativa que tradicionalmente conferia-se ao Legislativo para o Judiciário. Ou seja, da mesma forma que podemos concluir que o Judiciário não legisla quando cria/ reconstrói a norma no caso concreto, também podemos apontar que o destaque que, historicamente, era conferido ao Legislativo, por questões alheias a política, restara transferido para o Judiciário.

A maior parte da doutrina, para justificar a constitucionalidade dos precedentes vinculantes, faz justamente esse apontamento de que o Judiciário não legisla porquanto os precedentes por este criados apenas interpretam o direito positivo^{162 163}. Ocorre que, nesse ponto, precisamos considerar que a definição do significado da norma jurídica muitas vezes significa também *poder político*.

Ressalta-se que o presente trabalho não intenta o combate da sistematização dos precedentes vinculantes, tampouco caminha para a defesa de um retorno à ideia de um juiz meramente declarador do direito, porquanto insustentável. O que se questiona é a amplitude que essas medidas incutiram em nosso Ordenamento, ultrapassando os limites do direito processual civil para interferir em disposições constitucionais relativas à separação dos poderes.

Com o destaque conferido (ou reconhecido, para melhor conceituar-se) ao Judiciário na significação da norma jurídica pelo CPC/15, criou-se um atrito entre os Poderes, ensejando o que muitos criticam como uma usurpação de poderes legislativos pelo Judiciário, sendo essa asserção muito comumente aferida para justificar a existência do movimento denominado “ativismo judicial”¹⁶⁴.

¹⁶² ZANETI JR., Hermes. **Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes: A Formalização das Fontes Jurisprudenciais**. Ius Et Tribunalis, ano 1, n. 1, p. 31-49, 2015.

¹⁶³ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. 1ª Ed., Editora Forense, 2016.

¹⁶⁴ Quanto ao ativismo judicial, Abboud e Lunelli, no artigo “ATIVISMO JUDICIAL E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO”, conceituam que o ativismo é “um problema eminentemente hermenêutico, relacionado à invasão das preferências ideológicas dos julgadores nas decisões judiciais.” (p. 1). Para os autores “Na busca por soluções para o problema, a grande e atual aposta da ciência processual vem sendo o estudo de técnicas processuais de vinculação a precedentes.” (p.10). Nesse ponto, realiza-se interessante crítica quanto ao tema quando se afere que “Enquanto não combatermos o imaginário de que a interpretação é uma

Ordinariamente, é costumeiro ouvir da sociedade que o “Judiciário está legislando”. Apesar do erro conceitual que existe nessa afirmação, porquanto desconsidera-se a ideia de que, em nosso sistema, os precedentes criados pelo Judiciário são interpretativos do direito positivo, em uma análise mais crítica pode-se inferir que, o que de fato gera estranheza ao jurisdicionado é, justamente, essa institucionalização da transferência, do Legislativo para o Judiciário, do poder de determinação do significado da norma jurídica no caso concreto.

Trata-se, portanto, de poder político que, outrora conferido ao Legislativo sob as justificativas inerentes à criação do Estado Liberal, por questões já elencadas no ponto 1.2, quais sejam, na listagem enunciada por Cramer¹⁶⁵: pós-positivismo, constitucionalismo e perda de centralização da lei codificada, restara transferido para o Judiciário.

Novamente, ressalta-se que o presente trabalho não pretende combater essa transferência, posto que inexata, frente às razões já delineadas no presente estudo, a sustentação de que o Legislativo tenha a capacidade (ou possibilidade) de criar normas jurídicas aptas a abarcar todas as relações sociais levadas ao Judiciário. A função criativa/ reconstitua da norma jurídica pelo julgador é, pois, uma realidade do nosso Ordenamento – e isso não se discute na presente pesquisa.

O que se questiona é se o CPC/15, como lei federal, poderia prever um Sistema de Precedentes Vinculantes que, em tese, afronta o princípio constitucional da divisão dos poderes. Isso porque, novamente, pese o Judiciário não efetivamente legislar, este, com a possibilidade de vincular seus órgãos às razões de precedentes interpretativos da lei positiva, pode determinar o *real* significado da lei, “usurpando” papel de destaque que, constitucionalmente, é conferido ao Legislativo.

Esse questionamento, apesar de “inconveniente”, considerando todas as vantagens que a implantação de um sistema de precedentes vinculantes pode trazer para o nosso Ordenamento, especialmente considerando que a função criativa/ reconstrutiva da norma jurídica exercida pelo julgador deve ocorrer de maneira uniforme, coesa e coerente, afim de conferir segurança

questão de escolha, de vontade, de que adianta falarmos em precedentes? Ou será que precedentes fixados com base em posturas ativistas por parte das Cortes Superiores, resolverão todo problema?”

¹⁶⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 31-32.

jurídica ao jurisdicionado, é necessário, posto que tem gerado diversas incertezas que são repercutidas na doutrina brasileira.

Como já exposto, tanto Cramer¹⁶⁶, quanto Zaneti Jr.¹⁶⁷ e Didier Jr., Oliveira e Braga¹⁶⁸ parecem ser inabaláveis na defesa que os Precedentes Vinculantes são constitucionais porquanto interpretativos do enunciado normativo positivo.

Zaneti Jr. e Pereira, assim, defendendo que o Brasil recepcionou um “*Stare Decisis* mitigado”, sustentam que interpretação operativa dos precedentes vinculantes é a justificativa pela qual o Judiciário não legisla, de forma que os autores elencam duas razões para tanto:

A uma, porque não há violação ao princípio democrático e à separação de poderes. A criação da norma - geral e abstrata - é e continuará sendo uma prática privativa do Poder Legislativo, uma vez respeitado dentro do devido procedimento legislativo o aspecto formal, consistente na liberdade de conformação do legislador no âmbito de sua discricionariedade estrutural, e o aspecto material, correspondente à proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais no âmbito de sua discricionariedade epistêmica. Por sua vez, a reconstrução da norma - geral e concreta - é tarefa ínsita à atividade jurisdicional em razão da impossibilidade de ser criada uma norma a partir do nada do vácuo normativo, do vazio textual, devendo o Poder Judiciário reconstruir os significados normativos de acordo com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e a tradição jurídica (art. 1.º do CPC/2015 (LGL\2015\1656)). Não é a intenção de um modelo de precedente proliferar o número de normas no ordenamento jurídico, pois não se quer introduzir no sistema normas gerais e abstratas equivalentes à lei, mas o que se busca é, por uma questão de racionalidade, vincular a solução jurídica de determinados juízes e tribunais às circunstâncias fáticas do caso concreto: é a vinculação aos *material facts* do caso que torna a norma-precedente geral e concreta e não geral e abstrata. A duas, porque não há violação ao princípio da legalidade. A legalidade neste particular deve ser compreendida não como lei em sentido estrito, mas como a conformidade com o ordenamento jurídico, como já consta do art. 140 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), afinal, a "lei, no Estado Constitucional, é somente a lei válida perante a Constituição". Esta é a razão pela qual a atividade do julgador sempre será *tendencialmente cognitiva*, na medida em que partirá da lei e demais textos normativos para que um precedente seja construído. A lei, portanto, é o primeiro limite à discricionariedade judicial em um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes.¹⁶⁹

¹⁶⁶ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016.

¹⁶⁷ ZANETI JR., Hermes. **Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes: A Formalização das Fontes Jurisprudenciais**. *Ius Et Tribunalis*, ano 1, n. 1, p. 31-49, 2015; ZANETI JR., Hermes e PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016.

¹⁶⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015.

¹⁶⁹ ZANETI JR., Hermes e PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016, p. 374-375.

Como já mencionado, no presente estudo, não se discute essa questão e sim a possibilidade da transferência, por meio de lei federal, do poder de significação da norma jurídica do Legislativo para o Judiciário.

Nesse ponto, cita-se Abboud e Cavalcanti, quando, muito oportunamente ao tema, aduzem que importamos o *Stare Decisis* de forma inadequada.¹⁷⁰ Segundo os autores:

Assim, o modo como o CPC/2015 tenta importar o sistema do *stare decisis* do *common law* é absolutamente inadequado. O precedente judicial nos países de tradição *anglo-saxônica* funciona como *ponto de partida* para a discussão e resolução da lide, função que, nos países do *civil law*, é desempenhada pela própria legislação. Sua aplicação exige intensa interpretação e realização do contraditório entre as partes. Segundo Lenio Streck, “também nos EUA – e não poderia ser diferente – texto e norma não são a mesma coisa”. No fundo, os precedentes judiciais, no sistema do CPC/2015, estão mais próximos das súmulas vinculantes do que do *stare decisis* do *common law*, já que são criados com a finalidade principal de resolver casos futuros. No caso dos precedentes há, porém, uma diferença agravante: a eficácia vinculante não tem autorização constitucional, o que configura a sua inconstitucionalidade.¹⁷¹

Seguindo essa linha de pensamento, temos que o artigo 927 do CPC/15 prevê um rol de precedentes vinculantes e, justamente por isso, extrapola seus limites. Isso porque, conforme exposto, a transferência, para o Judiciário, do poder de determinar o significado da norma jurídica não poderia ocorrer através de lei federal. Critica-se, pois, o meio adotado, e não o resultado.

Assim, infere-se que, pese o fato dos precedentes interpretativos vinculantes harmonizarem-se, *a priori*, ao nosso sistema, é a sua sistematização no Novo CPC que enseja discussões de uma possível inconstitucionalidade.

Ou seja, o que se pode concluir é que, apesar da inadequação que permeia o Sistema de Precedentes Vinculantes previsto no CPC/15, em razão de sua potencial inconstitucionalidade, este fato não necessariamente tem como consequência a inferência de que a conferência de caráter vinculante aos precedentes interpretativos não harmonizar-se-ia ao nosso Sistema Jurídico.

¹⁷⁰ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araujo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 351-378, jul. 2015.

¹⁷¹ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araujo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 351-378, jul. 2015, p. 09.

Para que os precedentes vinculantes se adequassem perfeitamente ao nosso Ordenamento, seria necessário que a sua sistematização contasse com a edição de previsão constitucional nesse sentido, de forma a legitimar democraticamente a conferência do caráter obrigatório, frente ao Judiciário, de tais *rationes dicidendi*.

Pese a mencionada barreira constitucional, fato é que a sistematização dos precedentes vinculantes atende, inegavelmente, a uma demanda da sociedade brasileira, que clama por um Judiciário mais coeso, coerente e uniforme.

3.4 Tendência de Valorização dos Precedentes em Países de *Civil Law*

Ainda, interessante considerar uma análise de direito comprado com outros países de *Civil Law*, posto que estes também enfrentam a necessidade de regular a atividade criativa do Judiciário. Cramer, nesse sentido, faz uma breve sumarização, através da qual podemos inferir que o Brasil, atualmente, é vanguardista no tema, posicionando-se de forma muito menos conservadora do que seus pares.

Conforme dita o autor, em Portugal, “o único pronunciamento judicial com caráter vinculante é a decisão de inconstitucionalidade ou ilegalidade (...) proferida pelo Tribunal Constitucional em ação própria, de acordo com o art. 281, nº 5, da Constituição Portuguesa.”¹⁷² Já na Itália, “No que tange a vinculação, somente as decisões da *Corte Costituzionale* sobre inconstitucionalidade de uma norma tem caráter vinculante”¹⁷³, ao passo que na Alemanha “O único precedente vinculante, que atinge todos os órgãos da Federação alemã e não só o Poder Judiciário, são as decisões da Corte Constitucional”¹⁷⁴.

Percebe-se, logo, uma certa cautela tomada por países de tradição jurídica do *Civil Law* em transferir, para o Judiciário, o poder de determinação da significação da norma jurídica, o fazendo apenas em situações que envolvam matérias constitucionais.

¹⁷² CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 37.

¹⁷³ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 39.

¹⁷⁴ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica**. Editora Forense, 2016, p. 40.

Interessante ressaltar, ainda, a situação que atualmente ocorre na França, berço da tradição jurídica do *Civil Law*. De acordo com o art. 33 da Lei n° 2019-222¹⁷⁵, institui-se, no país, uma proibição de divulgação do nome do julgador e das partes envolvidas em um processo, bem como que a análise estatística de decisões judiciais que publiquem o nome dos Juízes.

Conforme aduz Moreira sobre a referida legislação francesa, “O objetivo da norma é impedir a realização de análises que permitam comparar ou predizer o teor das decisões prolatadas por determinados julgadores”¹⁷⁶ Questiona o autor, portanto, se não seria direito dos cidadãos analisar e conhecer o padrão decisório adotado pelos julgadores.¹⁷⁷ Desta análise, infere-se, portanto, que nem todos os países adeptos do *Civil Law*, caminham para a flexibilização de seu sistema, sob a luz do reconhecimento de que o julgador cria/ reconstrói a norma jurídica no caso concreto.

Por fim, ressalva-se que valorização dos precedentes, pese ser uma necessidade inerente a atividade jurisdicional analisada sob um viés pós-positivista, também é um desafio para os operadores do direito brasileiro.

Dificuldades adaptativas a parte, fato é que o Sistema de Precedentes Vinculantes previsto no CPC/15 é uma realidade com a qual o operador do direito brasileiro terá que aprender a lidar. Decerto que contra a referida legislação processual levantam-se as já mencionadas questões de inadequação constitucional, porém daí não se infere, necessariamente, a não harmonização do instituto com o nosso Ordenamento, posto que as críticas que se apontam estão mais relacionadas ao meio pela qual a sistematização ocorre, do que ao seu conteúdo em si.

¹⁷⁵ LEGIFRANCE. JORF n°0071 du 24 mars 2019. texte n° 2 - LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. 2019, online.

¹⁷⁶ MOREIRA, Rodrigo. **Legislação recente da França limita a análise estatística de decisões judiciais**. 2019, online.

¹⁷⁷ MOREIRA, Rodrigo. **Legislação recente da França limita a análise estatística de decisões judiciais**. 2019, online.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, pretendeu-se, através da metodologia dogmática comparativa, analisar a adequação do Sistema de Precedentes Vinculantes previsto no novo CPC ao nosso Ordenamento Jurídico, em especial no tocante à questão divisão de poderes – previsão constitucional essa que remonta às escolhas políticas realizadas no momento de construção do Estado Liberal de Direito e às origens da nossa tradição jurídica, o *Civil Law*.

Sucedem que as bases do *Civil Law*, como tradicionalmente concebido, por diversas razões, como o giro hermenêutico pós-positivista, que dissociou a norma jurídica do texto normativo e neoconstitucionalismo, com a consequente edição de normas gerais e abertas pelo legislador (os princípios), restaram desestruturadas.

Mediante esse fato, mostra-se imperioso repensar a estrutura do nosso Ordenamento, posto que concebido sob a égide de uma tradição jurídica cujas bases restaram desconstruídas por razões de cunho jurídico e hermenêutico.

Como visto, não se mostra lógico, sob a luz do reconhecimento da atividade criativa/reconstrutiva da norma jurídica pelo julgador, persistir na ideia de que este apenas declara a norma elaborada pelo Legislativo.

Assim, temos que o legislador, ao elaborar enunciados normativos, cria a base para a atuação do julgador do *Civil Law*, que deve ter a sua atividade criativa/reconstrutiva da norma jurídica calcada na interpretação do direito positivo. No Brasil, temos, pois, precedentes que são interpretativos da lei.

A grande inovação do CPC fora, pois, conferir à determinados precedentes judiciais interpretativos da lei força vinculante para conformar o Poder Judiciário às suas razões. A sistematização dos precedentes vinculantes no novo código processual civil é tanto um reconhecimento da atividade criativa da norma exercida pelo Judiciário, quanto uma tentativa de regular essa atividade, permeando-a de uniformidade, coesão e coerência.

Dessa forma, temos que a sistematização dos precedentes vinculantes preza pelos princípios constitucionais do acesso (efetivo) à justiça e da isonomia, que deve ser entendida em seu aspecto material, de forma a abarcar não apenas a igualdade perante à lei, mas também a igualdade perante a norma jurídica¹⁷⁸.

O que se tentou pôr em cheque na presente monografia, dessarte, não foi o reconhecimento da atividade criativa do julgador, tampouco a constitucionalidade dos precedentes interpretativos da lei positiva, e sim a possibilidade de essa mudança de paradigma ser realizada através de lei federal.

Assim, se é certo que o Judiciário não legisla quando cria/ reconstrói a norma jurídica cujo novo CPC conferiu caráter vinculante para atuação interna de seus órgãos, igualmente verdadeira é a afirmativa de que a este Poder, por meio de lei federal, fora concedida a aptidão de determinar o significado na norma jurídica no caso concreto.

Determinar o significado da norma jurídica, por seu turno, é uma atividade que confere poder político aquele que a detêm, razão pela qual, entende-se que não poderia o CPC/15, como lei federal, alterar, ainda que indiretamente, a previsão constitucional de divisão dos poderes, conferindo – ou reconhecendo, para melhor conceituar-se – o destaque do Judiciário no papel de determinação da significação normativa.

Analisando a questão sob o viés da historicidade do *Civil Law*, temos que o reconhecimento da atividade criativa/ reconstrutora da norma jurídica pelo Judiciário, bem como a sua regulação através da sistematização dos precedentes vinculantes, deveria, para revestir-se de caráter democrático, contar com previsão Constitucional.

Isso não quer dizer, contudo, que os precedentes vinculantes não se adequem ao nosso Ordenamento, e sim que o Sistema de Precedentes Vinculantes, como previsto no novo CPC, é potencialmente afrontador de norma constitucional.

¹⁷⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015.

Conclui-se, assim, o presente estudo, restando certo, porém, que este não pretende transformar-se em uma tese imutável, posto que calcado nas disposições da doutrina brasileira, ainda não tão consolidada em razão da relativa novidade do tema na academia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araujo. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 351-378, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Interpretacao-e-Aplicacao-dos-Provimentos-Vinculantes-do-Novo-Codigo-de-Processo-Civil-a-Partir-do-Paradigma-do-Pos-Positivismo.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. *Ativismo Judicial E Instrumentalidade Do Processo*. Revista de Processo, vol. 242 2015, p. 21 – 47, Abr / 2015. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União - Seção 1 - 17/3/2015, Página 1.

CJF, Conselho da Justiça Federal. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Florianópolis, 2017. Disponível em: <<http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. 2019, online. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais Teoria e Dinâmica*. Editora Forense, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 2, 10ª Ed., Editora JusPodivim, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 3, 13ª Ed., Editora JusPodivim, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; MEIRA, Renan Sales de. *Os poderes dos magistrados devem continuar a ser ampliados? Críticas ao Projeto do Novo Código de Processo Civil à luz de um modelo constitucionalmente (Discursivo-Democrático) adequado de processo*. In FREIRE, Alexandre; et al. *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: JusPodivim, 2014, V.2, p. 195-210.

GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. In: SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coords.). *O novo Código de*

Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1961.

LEGIFRANCE. JORF n°0071 du 24 mars 2019. texte n° 2 - LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. 2019, online. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038261631&categorieLien=id>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial Como Fonte Do Direito: Algumas Considerações Sob A Ótica Do Novo CPC*. Revista da AGU. Ano 11, n°33, jul/set 2012. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. *Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC (LGL\2015\1656)*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro et al (orgs.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 918, p. 351-414, abr. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos – Um sério problema no direito estadunidense*. Revista de Processo Comparado, ano 3, volume 5, Janeiro-Julho/2017, pg. 83-106.

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

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MOREIRA, Rodrigo. *Legislação recente da França limita a análise estatística de decisões judiciais*. 2019, online. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/legisla%C3%A7%C3%A3o-recente-da-fran%C3%A7a-limita-an%C3%A1lise-de-decis%C3%B5es-moreira/>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 6ª Ed., Editora Saraiva, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. *Precedentes: teoria geral e seus reflexos no projeto de Novo Código de Processo Civil*. In: SOUZA, M. C. X; RODRIGUES, W. S. (Coord.). *O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 319-336.

REDONDO, Bruno Garcia. *Precedente judicial no direito processual civil brasileiro*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, MARINONI, Luiz Guilherme, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial: volume 2*, São Paulo: RT, 2014, v. 2, p. 167-188.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado administrativo n. 1*. Enunciados aprovados pelo Plenário do STJ na Sessão de 2 de março de 2016, online. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos>. Acesso em: 02 abr. 2019.

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

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle José Coelho. *Precedentes – a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Por Que O Poder Judiciário Não Legisla No Modelo De Precedentes Do Código De Processo Civil De 2015?* Revista de Processo, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 4º ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ZANETI JR., Hermes. *Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes: A Formalização das Fontes Jurisprudenciais*. Ius Et Tribunalis, ano 1, n. 1, p. 31-49, 2015. Disponível em: <<http://journals.continental.edu.pe/index.php/iusettribunalis/article/view/383/385>>. Acesso em: 02 mai. 2019.