

## PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ALTERNATIVA AO ATIVISMO JURISDICIONAL

Kayro Ycaro Alencar Soares

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Evolução e conceito de jurisdição; 2. Os precedentes judiciais no Direito brasileiro; 3. Os precedentes judiciais frente ao ativismo jurisdicional; Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** A incorporação dos precedentes judiciais ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio da lei nº 13.105/2015, está gerando profundas discussões no âmbito do direito processual civil. Questiona-se se os precedentes seriam uma forma de controle ao ativismo jurisdicional ou se representam a concretização de uma jurisdição ativista. Outrossim, não se implantaria no país um "sistema" de precedentes que, ao concretizar o ativismo, viola o princípio democrático da separação de poderes. Para se compreender a profundidade do tema, será feito um estudo acerca da evolução histórica da jurisdição até o momento da separação dos poderes do Estado e do início da utilização dos precedentes judiciais, bem como se utilizará o método comparativo para a visualização do funcionamento desse "sistema" no processo civil brasileiro e em países de *common law*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedentes judiciais. Lei nº 13.105/2015. Ativismo jurisdicional. Jurisdição.

**ABSTRACT:** The incorporation of judicial precedents to the Brazilian legal system under law 13.105 / 2015 – the Brazilian civil procedural act – is generating deep discussions in the civil procedural law. The point of discussion is whether the precedents would be a way to control the judicial activism or, on the contrary, it would actually represent the achievement of an activist jurisdiction. Moreover, could not deploy in the country a system of precedents, while materialize activism, violates the democratic principle of separation of powers. In order to understand the depth of the subject, will be done a study of the historical evolution of jurisdiction until the moment of separation of state powers and of the beginning of the use of judicial precedents, as well as this study, under the comparative method, will analyze the functioning of the judicial precedents system in Brazilian civil procedural and in common law countries.

**KEY-WORDS:** Judicial precedents. Law 13.105/2015. Jurisdictional activism. Jurisdiction.

## INTRODUÇÃO

A lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) instituiu no ordenamento jurídico brasileiro um “sistema” de precedentes judiciais, com o intuito de garantir a previsibilidade, a objetividade e a segurança jurídica das decisões.

Alguns juristas e doutrinadores afirmam que não foi introduzido qualquer sistema de precedentes tal como o existente nos países de *common law*, sendo que o que o novo Código de Processo Civil fez foi apenas ampliar as hipóteses de provimentos judiciais vinculantes como forma de evitar decisões contraditórias e arbitrárias.

Com a entrada em vigor do novo CPC, muitos questionamentos surgiram, principalmente no que tange aos impactos da ampliação dos precedentes vinculantes no direito brasileiro. Desta forma, os precedentes judiciais podem concretizar o ativismo jurisdicional já que os poderes conferidos aos juízes aumentaram? Ou a ampliação desses provimentos judiciais vinculantes poderiam ser uma forma de controle ao ativismo jurisdicional? Além disso, poderiam os precedentes judiciais ferir o princípio democrático da separação de poderes?

Para elucidar tais questionamentos, será estudada a evolução da jurisdição até o momento em que se conquistou a autonomia e independência dos poderes do Estado, quais sejam, Legislativo, Executivo e Judiciário, uma vez que tal estudo será importante para a discussão central acerca da suposta violação dos precedentes ao princípio democrático da separação de poderes. Ademais, para compreensão do assunto também far-se-á necessário um estudo sobre o funcionamento desse “sistema” de precedentes, tanto nos países de *common law*, quanto no Brasil, através do uso do método comparativo.

O tema, portanto, possui relevância não somente no âmbito do Processo Civil, mas em todo o ordenamento jurídico pátrio, já que, além de ir ao encontro de princípios democráticos previstos na Constituição Federal, inauguram uma cultura jurídica de harmonia e respeito às decisões judiciais.

### 1 EVOLUÇÃO E CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Antes de adentrar no estudo dos precedentes judiciais e do ativismo jurisdicional, é preciso ater-se ao conceito de jurisdição, bem como de sua evolução.

Sabe-se que o ser humano necessita de regras para viver com seus pares ou, caso contrário, o homem acabaria exterminando a si mesmo. Neste sentido, já afirmava o dramaturgo romano, Titus Maccius Plautus<sup>1</sup>, através da expressão “*homo homini lupus est*”, isto é, o homem é o seu próprio lobo, frase essa que mais tarde foi muito difundida por Thomas Hobbes, filósofo inglês do século XVII na defesa da existência de um contrato social entre o Estado e os indivíduos.

A necessidade de existir regras para controle do convívio social se dá em razão do instinto ambicioso do ser humano. A partir do momento em que o homem se agrupa em comunidades, surgem conflitos de interesses. Para controlar esses conflitos, nasce o Direito, instrumento essencial para organização social. Desta forma, o aforismo “*Ubi societas, ibi jus. Ubi jus, ibi societas*”, criado pelo jurista romano, Ulpiano<sup>2</sup>, que significa que onde há sociedade há Direito, e vice-versa, se confirma através do empirismo<sup>3</sup>.

Nas sociedades primitivas o poder não era algo inerente ao Estado, uma vez que tais sociedades se organizavam por normas que se originavam do núcleo familiar. Fustel de Coulanges sustenta que o direito antigo resulta dos princípios que constituíram a família, derivando, portanto, “das crenças religiosas, universalmente admitidas na idade primitiva desses povos e exercendo domínio sobre as inteligências e sobre as vontades”.<sup>4</sup>

Os conflitos decorrentes das relações entre os homens eram solucionados pela autotutela, isto é, pela força física. Dessa forma, aquele que se sentisse lesado se utilizava dos meios disponíveis para executar o direito que entendia ter, sendo considerado vencedor aquele que fosse mais forte ou dispusesse de mais bens. Vale mencionar que, à época, isso não implicava a prática de qualquer delito<sup>5</sup>. Para além da autotutela, as sociedades primitivas também possuíam um regime de autocomposição, em que uma das partes conflitantes abria mão do seu interesse ou parte dele, seja por meio de desistência, transação ou submissão.

<sup>1</sup> PLAUTUS, Titus Maccius. *Asinaria*. 1.ed. Estados Unidos: Wisconsin University, 2006.

<sup>2</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 2.

<sup>3</sup> SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. *Primórdios da Jurisdição*. Academia brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/primordios%20da%20jurisdicao%20antonio%20jose%20carvalho%20da%20silva%20filho.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

<sup>4</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *O direito nas sociedades primitivas*, In: Fundamentos de história do direito. 3ª Ed. Revista e ampliada. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2006.

<sup>5</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1.

A parcialidade das soluções supracitadas fez com que surgisse a necessidade de uma nova forma de resolver os conflitos, onde um terceiro imparcial pudesse se substituir na vontade das partes para decidir o conflito existente. Tal método imparcial de solução de conflitos é denominado como arbitragem facultativa<sup>6</sup>.

A arbitragem facultativa era realizada por uma pessoa de mútua confiança dos interessados, sendo que a escolha poderia ser feita com base em laços de consanguinidade ou simplesmente pela capacidade intelectual do árbitro. Geralmente, esse poder de decisão era atribuído aos sacerdotes, cuja ligação com divindades promoveria uma solução mais justa e acertada, ou era atribuído aos anciãos que, em razão de sua experiência, conheciam melhor os costumes do grupo a que integravam os indivíduos conflitantes.<sup>7</sup>

Com o passar dos tempos, o Estado foi, aos poucos, se afirmando e participando da solução dos litígios. A arbitragem que até então era facultativa passou a ser obrigatória e a escolha do árbitro passou a ser feita perante uma autoridade estatal, denominada *pretor*, que atribuía àquele as incumbências para decidir a causa e fixava parâmetros para o procedimento de decisão.

Muitas vezes, as decisões tomadas pelos árbitros, que na maioria das vezes eram patrícios, consistiam em decisões extremamente arbitrárias, razão pela qual o Estado, como forma de evitar a subjetividade, passou a fixar parâmetros objetivos e vinculativos ao procedimento, momento em que foi criada a Lei das XII Tábuas.<sup>8</sup>

O estabelecimento do procedimento supramencionado foi denominado como *ordo iudiciorum privatorum*, que se dividia em dois grandes períodos, quais sejam, o das *legis actiones* e o *per formula*.

O período das *legis actiones* (ações da lei) possui essa nomenclatura em razão de algumas ações terem nascido a partir de um texto legal (Lei das XII tábuas) ou em razão das situações jurídicas tuteladas por essas ações serem fundadas em uma lei.<sup>9</sup> Conforme lições de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, o procedimento das *legis actiones* se dividia em duas fases:

<sup>6</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1.

<sup>7</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 25ª ed., São Paulo : Malheiros editores, 2009.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. Lições de história do processo civil romano. 2ª ed. revista e atualizada. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2013.

É provavelmente a partir desse momento que o procedimento, apresentando uma discrepância qualitativa de funções, se desenrolava em duas fases distintas: *in iure*, diante do pretor, incumbindo-lhe organizar e fixar os termos da controvérsia; e, em sequência, *apud iudicem*, perante o iudex unus ou, nas controvérsias entre romanos e estrangeiros, diante do tribunal dos *recuperatores*; ou, ainda, nas questões sobre sucessão hereditária, perante o tribunal dos centumviri. O *iudex*, cidadão romano, tomando conhecimento do litígio a ele submetido, julgava soberanamente, em nome do povo romano, não estando, por isso, subordinado a qualquer órgão postado em superior grau hierárquico.<sup>10</sup>

Posteriormente, como forma de diminuir o rigor existente no procedimento das *legis actiones* e garantir uma maior segurança aos interessados, foi criado o procedimento *per formula*, introduzido pela *lex Aebutia* e oficializado pela *lex Julia Privatorum*:

"A arbitragem obrigatória no período formulário ganhou inovações. Enquanto no período das ações da lei o procedimento era imerso de formalidades e ritos sacro-legais, herança do *rex, magister populi*, o processo civil do período formulário era menos formalista, mais ágil e funcional que seu antecedente. Além do que, contava com um elemento de segurança jurídica muito mais robusto do que o do período das ações da lei, senão vejamos: o processo passou a ser parcialmente escrito, uma vez que a fórmula retirou o caráter essencialmente oral do procedimento das ações da lei."<sup>11</sup>

Dentre algumas diferenças existentes entre o procedimento das ações da lei e o procedimento formulário, pode-se citar a escolha do árbitro que, enquanto no procedimento das *legis actiones* cabia aos interessados escolher e, somente se não houvesse acordo entre eles é que o pretor determinava quem seria o *iudex*, no procedimento formulário, a escolha do *iudex* se daria exclusivamente pelo pretor.<sup>12</sup>

Posteriormente, houve a unificação das instâncias que, no sistema *ordo iudiciorum privatorum* era bipartida, passando-se agora para um novo sistema denominado como *cognitio extra ordinem*. Nesse novo sistema, o procedimento passou a se dar, do início ao fim, perante uma única autoridade estatal.

<sup>10</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. Lições de história do processo civil romano. 2ª ed. revista e atualizada. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2013.

<sup>11</sup> SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. *Primórdios da Jurisdição*. Academia brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/primordios%20da%20jurisdicao%20antonio%20jose%20carvalho%20da%20silva%20filho.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

O procedimento da *cognitio extra ordinem* trata-se de uma ingerência do Estado nas relações privadas, uma vez que a *iurisdictio* passou a ficar a cargo de um magistrado-funcionário, que representa o Estado<sup>13</sup>. Retira-se, portanto, do pretor e do *iudex* o poder de decisão, sendo que tal poder fica agora a cargo do Estado.

Nota-se, então, que, aos poucos, o Estado vai tomando para si o exercício da função jurisdicional e o controle das relações privadas como forma de garantir a organização social e dar proteção àqueles que se submetiam à sua jurisdição. Sendo assim, a fase de transição do sistema *ordo iudiciorum privatorum* para o *cognitio extra ordinem* caracteriza a passagem de uma justiça privada para uma justiça pública, onde o Estado passa a deter o monopólio da atividade jurisdicional.

Vale deixar claro que a evolução da jurisdição não se deu de forma nítida e clara, tendo passado por momentos de retrocessos, principalmente no que diz respeito ao processo civil romano-barbárico, quando o império romano foi derrubado, provocando uma enorme mudança na, até então, evolução do processo civil europeu. Entretanto, os princípios e a cultura romana prevaleceram sobre as instituições germânicas, sendo reestabelecidas algumas características do processo tal como existia no sistema da *cognitio extra ordinem*.<sup>14</sup>

Com a formação dos Estados (séculos XV e XVI), concebidos com estrutura organizacional de monarquia, as funções estatais, quais sejam, administrativa, legislativa e judiciária, se concentraram integralmente nas mãos do Estado, configurando a estrutura absolutista.<sup>15</sup> Ou seja, não há uma divisão clara de funções, estando elas todas na mão do Estado, no caso o Rei.

O ideal absolutista foi defendido por alguns pensadores contemporâneos, tais como Nicolau Maquiavel e Thomas Hobbes. Segundo Hobbes, "não há alternativa: ou o poder é absoluto, ou continuamos na condição de guerra, entre poderes que se enfrentam."<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. Parte Geral. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada com a reforma processual 2006/2007. *Revista dos Tribunais*.

<sup>14</sup> DUTRA, Nancy. *História da formação da Ciência do Direito Processual Civil no mundo e no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11192/historia-da-formacao-da-ciencia-do-direito-processual-civil-no-mundo-e-no-brasil>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

<sup>15</sup> SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. *Primórdios da Jurisdição*. Academia brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/primordios%20da%20jurisdicao%20antonio%20jose%20carvalho%20da%20silva%20filho.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

<sup>16</sup> WEFFORT, Francisco C. Hobbes: o medo e a esperança, *In: Os clássicos da Política*. 14ª ed. V. 1. São Paulo: Ática, 2006.

O Estado absolutista, entretanto, não perdurou por muito tempo, uma vez que a concentração dos poderes nas mãos do monarca absolutista limitava a expansão da burguesia. Desta forma, com o iluminismo, as revoluções liberais aboliram o absolutismo, sendo, portanto, construído um novo Estado, qual seja, o Estado liberal, começando, a partir daí, a surgir um sistema de freios e contrapesos onde o poder real estaria limitado por uma Constituição e pelo Parlamento.<sup>17</sup>

Com a decadência do absolutismo e a formação do Estado Liberal, a teoria da separação de poderes, pregada por Montesquieu, atingiu o seu ápice.

“[...] a teoria dos poderes é conhecida como a separação de poderes ou a equipotência. De acordo com essa versão, Montesquieu estabeleceria, como condição para o Estado de direito, a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário e a independência entre eles. A ideia de equivalência consiste em que essas três funções deveriam ser dotadas de igual poder.”<sup>18</sup>

A ideia de tripartição dos poderes foi um marco de extrema importância para garantir o exercício da função jurisdicional por um órgão que fosse autônomo e independente. Foi, portanto, conforme as lições de Antonio José Carvalho da Silva Filho, um passo importante na “judicialização da jurisdição”.<sup>19</sup>

Com a influência das revoluções liberais na formação dos Estados, as Constituições passaram a consolidar a ideia de separação de poderes, atribuindo ao poder Legislativo, Executivo e Judiciário funções típicas a serem exercidas, quais sejam, a de elaborar as normas, administrar o Estado e dirimir os conflitos existentes, respectivamente.

Montesquieu, um dos grandes nomes da ideia de separação dos poderes era grande defensor de que o juiz deveria estar preso aos ditames legais, à letra da lei. Vejam, portanto, a influência de seu pensamento no *civil law*. O autor era da opinião de que se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.

---

<sup>17</sup> SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. *Primórdios da Jurisdição*. Academia brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/primordios%20da%20jurisdicao%20antonio%20jose%20carvalho%20da%20silva%20filho.pdf>>. Acesso em 14 mar. 2017.

<sup>18</sup> WEFFORT, Francisco C. Montesquieu: sociedade e poder, *In: Os clássicos da Política*. 14ª ed. V. 1. São Paulo: Ática, 2006.

<sup>19</sup> SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. *Primórdios da Jurisdição*. Academia brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/primordios%20da%20jurisdicao%20antonio%20jose%20carvalho%20da%20silva%20filho.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

Com essas influências, o desenvolvimento da jurisdição e da separação de poderes ganhou corpo e chegou ao que é hoje, tanto nos países que seguem o *common law* quanto nos que seguem o sistema de *civil law*.

O sistema do *Civil Law* é herança romana, sendo aplicado na maior parte da Europa e da América Latina. Ele baseia-se principalmente em códigos e leis escritas, sendo estas a única fonte primária do Direito. Teoricamente, antes das cortes começarem a aplicar um direito, ele precisa estar nestas leis, assim como qualquer mudança deve ser feita no texto legal antes que os juízes apliquem nos casos concretos. Nesse sistema, a reforma das normas escritas é constante. Ainda, o *civil law* apresenta normas mais detalhadas, com uma menor margem para a atuação jurisdicional.

O *common law*, por sua vez, é o direito que provém da Inglaterra, seu berço, e é normalmente descodificado. Porém, é importante deixar claro que ser descodificado não é o mesmo que não possuir leis escritas. Mesmo nesse sistema existem leis escritas espalhadas pelo ordenamento, apenas não são elas organizadas em códigos. Além das leis, os precedentes também são fontes primárias de Direito.

Para além das funções típicas, os poderes supramencionados também dispõem de funções atípicas. Desta forma, o legislativo pode dispor sobre sua organização, exercendo, portanto, função administrativa; o Executivo pode editar medida provisória com força de Lei, bem como julgar recursos administrativos; o Judiciário pode elaborar o regimento interno de seus tribunais.

Fica claro, portanto, que a jurisdição é uma das funções do Estado. De modo mais claro e objetivo, é a aplicação do Direito a um caso concreto por um terceiro, imparcial. Mais comumente a jurisdição é realizada na figura do juiz, agindo esse como representante do Estado.

Algumas características da jurisdição são a substitutividade, sendo que o juiz, ao decidir, substitui a vontade das partes em conflito; a exclusividade, sendo ela a única função do Estado que é definitiva; a imparcialidade; o monopólio estatal; a inércia; e a unicidade. Tais características facilitam a compreensão do que é a jurisdição, a fim de diferenciá-la de outros meios de solução de conflitos existentes em nossa sociedade.

A percepção desses conceitos estabelecidos, que estão se enraizando há anos, quiçá séculos, na sociedade criam uma ideia de que qualquer mudança pode

ser uma afronta à tradição e à separação de poderes. No entanto, uma análise atenta dos fatos faz cair por terra tais ideias.

No atual quadro de fortalecimento dos precedentes obrigatórios, muitos dizem que o judiciário passou a criar o Direito. Porém tal ideia não prospera. Ora, ainda antes da criação dos precedentes obrigatórios já existia uma força persuasiva na jurisprudência. O que se pretende mudar com a adoção de precedente obrigatório é a diversidade excessiva de interpretações do direito, evitando a insegurança jurídica. Assim, o judiciário não passou a criar a lei, mas interpretá-la, dando a ela um valor e fortalecendo a hermenêutica.<sup>20</sup> Logo mais se mostrará o porquê de tal ideia ser tão visada pelo código de processo civil brasileiro.

A respeito de terem os juízes o poder para criar o Direito, afirma Marinoni:

No Brasil, os precedentes do STJ e do STF têm força obrigatória. Tais precedentes são, em sua maioria, de natureza interpretativa. Não obstante, ainda que considere um precedente instituído para definir o modo de se concretizar uma norma de caráter aberto, isto não quer dizer que esse precedente possa ser considerado destituído de fundamento no direito. Na verdade, essa questão é próxima à de se saber se o juiz do *common law*, em virtude do *stare decisis*, cria o direito<sup>21</sup>.

Ou seja, o Direito vem primeiro e tudo o que o precedente faz é dar a ele um valor através da interpretação da lei, de sua função e de seus objetivos. Um precedente não pode estar discrepante com a lei, portanto não há que se falar em criação de direito.

De modo didático, afirma-se que as fontes do *common law* são: a) os costumes; b) as leis (*statutes*) e c) os precedentes judiciais (*case law*). Os costumes possuem maior relevância na Inglaterra, berço do Direito comum, porém ainda são considerados fontes do Direito em outros países que adotam o sistema.

Essa miscigenação entre sistemas legais não é exclusiva do *civil law*. Também os países do *common law* estão se transformando e trazendo a si características de outros sistemas.

As leis, teoricamente, são escassas no *common law*, como anteriormente dito, visto que ele surge como um Direito consuetudinário e histórico e que se baseia em

<sup>20</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S.C.; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 84.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

precedentes. No entanto, a realidade atual é outra, uma vez que os países com essa estrutura estão cada vez optando mais por criar códigos e leis escritas. Nos EUA, inclusive, já existe um Código Comercial e estados como Luisiana estão criando leis e códigos próprios, aproximando-se do *civil law*. Em tempos de globalização e de criação de uniões aduaneiras e mercados comuns, dificilmente os sistemas permanecem rígidos, sendo influenciados uns pelos outros.

No Brasil, a percepção de que as leis, pura e simplesmente, não atendem plenamente aos reclames sociais, tem gerado uma transformação em nosso sistema já há algum tempo. Os juízes, a fim de preencherem as omissões legislativas, têm se entregado cada vez mais ao ativismo judicial. Tal assunto será abordado adiante. O que interessa no momento é a percepção de que a evolução da jurisdição e do Direito como um todo está chegando a um ponto de compreensão que os sistemas estabelecidos não se sustentam mais de forma solitária. A evolução social tem exigido cada vez mais do judiciário uma atuação mais ativa nos países de *civil law* e, nos países de *common law*, os códigos estão tendo a sua importância reconhecida.

A partir desse quadro apresentado, surge o questionamento a respeito de quando surgiram os precedentes judiciais na história da evolução da jurisdição.

A adoção de um sistema de precedentes judiciais faz surgir alguns questionamentos. A forma como serão aplicados os precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro poderá configurar violação à separação dos poderes? Estaria o judiciário adentrando à esfera da função típica do poder legislativo ao adotar uma postura mais ativa quando da utilização de seus precedentes para concretização dos direitos fundamentais? Tais questionamentos são objetos de estudos das próximas seções.

## **2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO**

A Lei 13.105/2015, conhecida como Novo Código de Processo Civil, trouxe ainda mais força aos precedentes judiciais, típicos de países de *common law*, no ordenamento jurídico brasileiro. Esse crescimento dos precedentes judiciais é resultado de um processo que já vinha ocorrendo há um tempo no Brasil, com a introdução das súmulas vinculantes, do recurso especial repetitivo, da análise de repercussão geral, entre outros.

Os países anglo-saxões que adotam um sistema de *common law*, tais como Estados Unidos e Inglaterra, são formados por dois Direitos, quais sejam, o *case law*, que é criado pelos juízes e suas decisões, e o *statute law*, proveniente do legislador, que cria leis escritas.

O *case law* é tido como uma das principais fontes do Direito nos países de *common law*. Isso não significa dizer, entretanto, que as leis escritas não são importantes. O *case law* pode, inclusive, ser modificado pela lei escrita nestes países. Essa modificação é denominada como "*reversed by statute*".<sup>22</sup> Vale ressaltar que os juízes não podem julgar contrário ao que dispõe a Lei, sendo que o *statute* prevalece sobre o precedente.<sup>23</sup>

Inevitável que, com a globalização vivida pelo mundo, haja mudanças nos diferentes sistemas, com os países de *common law* sofrendo influências do *civil law* e também o contrário. Na verdade, natural é que se entenda, a partir da observância dos problemas sofridos nos países de *civil law*, que a lei, sozinha, não consegue fazer justiça. Há muito tem sido possível perceber que ela precisa vir acompanhada de interpretação, até porque não é possível criar um código a cada ano a fim de fazer o Direito acompanhar uma sociedade em contínua mudança.

Decidir com base em precedentes permite que seja assegurado o respeito a uma série de princípios constitucionais que formam o modelo constitucional de processo brasileiro. Isso porque o formato brasileiro busca garantir isonomia e segurança jurídica às decisões.

Marinoni brilhantemente analisa esse fato:

Imaginou-se, na tradição de *civil law*, que a lei seria suficiente para garantir a igualdade. A segurança jurídica dependeria da estrita aplicação da lei. Porém, é curioso perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*, tendo sido utilizada, no primeiro, para negar a importância dos tribunais e das suas decisões e, no último, para fundamentar o *stare decisis*.<sup>24</sup>

A necessidade de segurança jurídica foi utilizada para a criação de dois sistemas antagônicos. Com a evolução social, é natural que se perceba que, na

<sup>22</sup> SILVA SOARES, Guido Fernando. *Common Law: uma introdução ao Direito dos EUA*. Ed. 1. São Paulo: RT, 1999.

<sup>23</sup> COSTA VIEIRA, Andréia. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2007.

<sup>24</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S.C.; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 84.

verdade, o melhor caminho está em algum ponto entre esses dois sistemas, caindo por terra a ideia, no *civil law*, de que a lei, sozinha, oferece igualdade aos jurisdicionados.

Os precedentes podem ser compreendidos como uma decisão de um tribunal de apelação ou várias decisões proferidas no mesmo sentido. Essas decisões obrigam o mesmo tribunal do qual se originaram, bem como obrigam também os juízes que lhe são subordinados, por força da *stare decisis*.<sup>25</sup> Apesar de haver tal obrigatoriedade, há mecanismos para afastar a aplicação do precedente, quais sejam, o *distinguishing*, onde o juiz irá verificar "se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma"<sup>26</sup>, e o *overruling*, que "é a técnica onde o precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente".<sup>27</sup>

O Direito brasileiro adotou um sistema de *civil law*, onde a lei é considerada como fonte primária do ordenamento jurídico. Desta forma, nos países de *civil law*, considera-se que o juiz é mero intérprete e aplicador da lei, não tendo, portanto, poderes para criar o Direito.<sup>28</sup> Observa-se, então, que há uma grande diferença nas fontes do Direito dos países pertencentes ao grupo do *civil law* e dos países de *common law*. Enquanto naqueles a lei é a principal fonte do Direito, nestes, os costumes é que servem de base para o julgamento dos casos concretos.

Os precedentes apenas vêm fortalecer a ideia de aplicação homogênea do Direito. O ordenamento brasileiro sempre entendeu pela possibilidade de se aplicar casos análogos ao caso concreto, inclusive com essa possibilidade sendo prevista no artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. No entanto, a simples aplicação de jurisprudência e a analogia estavam se mostrando insuficientes para conter a grande quantidade de decisões discrepantes existentes no judiciário brasileiro.

O novo Código de Processo Civil introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma ideia de vinculação aos precedentes para além dos que já existiam, quais sejam, decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes. Sendo assim, a lei n. 13.105/2015 atribuiu efeitos obrigatórios e gerais:

<sup>25</sup> SILVA SOARES, Guido Fernando. *Common Law: uma introdução ao Direito dos EUA*. Ed. 1. São Paulo: RT, 1999.

<sup>26</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

<sup>27</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

<sup>28</sup> DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

a) aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em recursos extraordinários e especiais repetitivos; b) aos acórdãos proferidos pelos demais tribunais em incidentes de resolução de demandas repetitivas e em incidente de assunção de competência.<sup>29</sup>

Dessa forma, com a atribuição de efeitos obrigatórios e gerais às decisões supracitadas, o CPC teve que adotar algumas nuances próprias dos precedentes existentes em países onde se opera o *common law* para que este "sistema" tenha sucesso dentro do sistema processual civil brasileiro.

Antes de falarmos mais detalhadamente dos precedentes judiciais, importante é diferenciarmos os mesmos da jurisprudência. Jurisprudência é o resultado do conjunto de decisões tomadas pelos tribunais a respeito de uma mesma matéria, sendo formada pelos precedentes obrigatórios e persuasivos e por meras decisões. Portanto, não se confunde com o que estamos discutindo no presente artigo, abrangendo os precedentes, mas não sendo o mesmo que eles. Já os precedentes são decisões que são utilizadas como fundamento de um outro julgamento<sup>30</sup>.

Os precedentes nada mais são do que as decisões judiciais que já foram tomadas em casos similares ao que está sendo analisado pelo juiz. Eles estão, portanto, dentro do conjunto maior, que é a jurisprudência.

O precedente não pode ser identificado a partir de uma visão futura, mas sim no momento em que é utilizado como subsídio na análise e julgamento de um caso concreto atual. Isto é, só é possível identificar um precedente como tal a partir de uma visão retrospectiva.<sup>31</sup>

Streck e Abboud afirmam que o novo CPC criou apenas "provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva"<sup>32</sup> de forma que não teria sido introduzido ao novo Código de Processo Civil um sistema puro de precedentes, tal como existe na

<sup>29</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Como se opera com precedentes segundo o novo CPC?* Disponível em: < [http://jota.uol.com.br/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc#\\_ftn3](http://jota.uol.com.br/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc#_ftn3)>. Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>30</sup> NEVES, D. A. A., *Manual de Direito Processual Civil*. v. único. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 2689.

<sup>31</sup> TALAMINI, Eduardo. O que são precedentes vinculantes no novo CPC. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC1+5>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. SENSU INCOMUM: O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

Inglaterra. Acrescentam ainda que os precedentes não nascem precedentes como pretende o novo CPC, mas se tornam precedentes:

“Ora, o precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde-sempre precedente. E nem é feito em workshop ou jornadas (caso dos enunciados). Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente”.<sup>33</sup>

Embora o novo Código de Processo Civil tenha ampliado as hipóteses de precedentes vinculantes, isso não significa que os precedentes judiciais passaram a ser fontes primárias do Direito tal como ocorre nos países em que vigora o *common law*. Apesar de o Brasil pertencer ao grupo de países em que a lei positivada é a principal fonte do Direito, as decisões judiciais não podem se limitar a declarar ou aplicar a lei em sua literalidade.<sup>34</sup> O significado da lei é construído a partir de fatores econômicos, políticos, sociais, culturais etc.

O juiz, ao invocar um precedente em uma decisão, deve demonstrar sua pertinência quando do julgamento do caso concreto. Sendo assim, é insuficiente o mero apontamento do precedente se este não for confrontado, através da técnica de *distinguishing*, com o caso em análise. Nesta senda, o juiz terá que se utilizar da *ratio decidendi* (razão para decisão), que fundamentou o caso paradigma, para verificar se tais razões podem ser utilizadas no caso concreto objeto de julgamento.

A aplicação dos precedentes não exige uma identidade total dos fatos, porém devem as situações em análise serem suficientemente similares para que o julgamento de uma possa ser aplicado na outra sem risco de injustiça ou insegurança jurídica. No momento de aplicação do precedente, o juiz deve fundamentar, informando e demonstrando as razões que o fizeram entender como justa a utilização de determinada decisão no julgamento do caso concreto. Nesse sentido, Neves afirma<sup>35</sup>:

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. SENSO INCOMUM: O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>34</sup> TALAMINI, Eduardo. O que são precedentes vinculantes no novo CPC. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC1+5>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>35</sup> NEVES, D. A. A., Manual de Direito Processual Civil. v. único. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 2690.

(...) não significa exigir-se a identidade dos fatos presentes nos precedentes, mas uma proximidade suficiente para ensejar a mesma solução jurídica. Assim, por exemplo, é possível sumular o entendimento de que é indenizável o dano moral em razão de incorreto apontamento em cadastros de acesso público de situação de sujeito que nada deve, sendo tal entendimento aplicável tanto ao caso de restrição indevida em cadastros de inadimplentes como em protesto indevido de título.

O novo Código, ainda, vai além e exige dos tribunais uma jurisprudência estável e coerente. É a busca de manter um sistema jurídico mais homogêneo. Em seu artigo 926, o diploma legal determina que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

Em seu artigo 927, o CPC/2015 estabelece ainda que os juízes e tribunais devem observar "os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos". Criou-se, portanto, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos repetitivos, sendo ambos parte de uma formação concentrada de precedentes obrigatórios<sup>36</sup>.

Formado o precedente obrigatório, os juízes e tribunais devem decidir pela improcedência liminar, conforme art. 332, II e III, CPC, sendo dispensável a remessa necessária, como dispõe o art. 496, § 40, II e III, CPC.

A inobservância de precedente criado no julgamento de casos repetitivos ou em assunção de competência dá o direito à parte realizar reclamação, a fim de garantir a aplicação dos mesmos. A decisão que não se manifestar a respeito dos referidos precedentes será considerada omissa, para todos os seus efeitos<sup>37</sup>.

A importância dada pelo atual código de processo civil é tanta que, em sua exposição de motivos, deixa claro que o foco do novo diploma legal é a segurança jurídica oferecida aos jurisdicionados. Afirmam ainda, na mesma exposição de motivos, que o novo código veio como um meio de resolver problemas, compreendendo que os ditames do CPC anterior encontravam-se defasados e não mais atendiam aos reclames e transformações sociais.

---

<sup>36</sup> DIDIER Jr., F.; CUNHA, L. C. da. Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querella nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 605.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

Na referida exposição de motivos do CPC/2015, consta a seguinte afirmação:

Por outro lado, haver, indefinidamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica**, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. (...) Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Vê-se claramente que o atual código buscou, entre outras questões, uniformizar as decisões e trazer segurança àqueles que buscam o poder judiciário, visando a, pelo menos, diminuir os efeitos da loteria de sentenças em que o mesmo havia se tornado. Afinal, que tranquilidade tem um jurisdicionado que, sabendo ter um direito proveniente de diversas decisões em situações fáticas idênticas às suas, vê seu processo cair em uma vara ou câmara em que o juiz entende de forma diversa. Ou o que dizer dos casos em que a pessoa fica na hora da distribuição do seu recurso ansiosa para saber em que turma o mesmo cairá porque em uma os julgadores entendem de uma forma e na outra os mesmos interpretam a lei de uma maneira totalmente diversa.

Afirma-se na exposição de motivos do novo código que, ao longo do mesmo, buscou-se criar mecanismos para uniformização da jurisprudência. É perceptível, portanto, a importância dada aos precedentes e à vinculação dos mesmos na aplicação do Direito ao caso concreto. Por conta desses mecanismos criados e desse foco na segurança jurídica, muitos doutrinadores consideram que houve criação de um sistema de precedentes, pois nesse aspecto o código está, de fato, mais organizado e trabalhado que o seu antecessor.

Como já citado anteriormente, os precedentes judiciais devem vir acompanhados de métodos para a sua superação. Isso se dá especialmente através do *overruling* e do *overriding*.

Ambos o *overruling* e o *overriding* são técnicas de superação de precedentes. Sem esses instrumentos o Direito engessaria, dando margem à prolongação no tempo de entendimentos e decisões ultrapassadas, que não mais condizem com os valores da sociedade.

É assim, então, que toda e qualquer política de precedentes deve vir acompanhada desses meios de superá-lo. A doutrina traz esses instrumentos do

ordenamento jurídico norte-americano e de outros países que se utilizam do *common law*.

Observe-se que, embora importantes para a fluidez do Direito, tanto o *overruling* quanto o *overriding* devem estar em consonância com a boa-fé dos jurisdicionados e com a confiança que esses depositam nas decisões dos tribunais. Portanto, o ideal é que sejam aplicadas com efeitos *ex nunc* naquelas decisões que já se encontravam consolidadas no momento da superação. De acordo com Elpídio Donizetti:

Quando um precedente já está consolidado, no sentido de os tribunais terem decidido de forma reiterada em determinado sentido, a sua superação não deveria ter eficácia retroativa, visto que todos os jurisdicionados que foram beneficiados pelo precedente superado agiram de boa-fé, confiando na orientação jurisprudencial pacificada.<sup>38</sup>

O *overruling* consiste na revogação total do precedente, de forma tácita ou expressa. Ocorrerá de forma tácita quando o tribunal que adotou o precedente produzir precedente que esteja em discrepância com o adotado anteriormente, sem mencionar, no entanto, a revogação do anterior. Já a forma expressa consiste em quando o tribunal declara a sua intenção em superar o precedente anterior, adotando um novo entendimento. Frise-se que um precedente somente pode ser revogado pelo mesmo tribunal que o produziu.

Tendo em vista que os atos judiciais precisam sem motivos, a fim de salvaguardar os jurisdicionados de abusos e preservar a insegurança jurídica, o *overruling* precisa trazer consigo uma carga alta de fundamentação. Inclusive, é importante apresentar o porquê de ser necessária a superação do precedente.<sup>39</sup>

Como já mencionado, os precedentes consolidados devem ter efeitos *ex nunc*. Isso porque tanto quanto a lei os precedentes geram confiança e expectativa nas pessoas. Alterar os precedentes de forma arbitrária e constante é tão nocivo ao Direito quanto impedir que esses precedentes evoluam junto com a sociedade. Deve-

<sup>38</sup> DOZINETTI, Elpídio. *A força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A\\_3B4E81808A8/A%20forca%20de%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf](http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A_3B4E81808A8/A%20forca%20de%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf)>. Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>39</sup> LOURENÇO, Haroldo. PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOB A ÓTICA DO NOVO CPC. Disponível em: file:///C:/Users/karin/Downloads/precedente\_judicial\_como\_fonte\_do\_direito\_algumas\_consideracoes\_sob\_a\_otica\_do\_novo\_cpc.pdf. Acesso em: 02 fev. 2017

se encontrar um equilíbrio entre esses dois extremos que respeite os princípios jurídicos, mas que também dê aos jurisdicionados a segurança e a confiança nos tribunais.

O *Overriding*, por sua vez, consiste na limitação do campo de incidência de um precedente. Resulta da superveniência de uma regra ou princípio legal. A rigor, trata-se de uma superação parcial do precedente, não o atingindo em sua totalidade.

Antes da aplicação do *overruling*, há o *signaling*, que consiste em uma sinalização de mudança de precedente. Ocorre quando se aplica um precedente que já não mais condiz com os valores da sociedade, porém que vem sendo aplicado pelo tribunal em suas decisões ao longo do tempo. Na decisão, porém, se indica que, em decisões vindouras, será aplicado entendimento diverso. É um instrumento de preservação da segurança jurídica e uma solução para alcançarmos o equilíbrio a que nos referimos anteriormente.

A questão principal, objeto de discussão deste estudo, é se esse acréscimo de novos meios para se formarem precedentes que vinculam as decisões dos tribunais e juízes, introduzido pelo CPC/2015, veio como uma alternativa para o controle do ativismo judicial ou veio como forma de concretização de uma jurisdição ativista, já que o que presenciamos na prática são julgamentos de todos os tipos para um mesmo caso, sendo que alguns, inclusive, vão contra a própria finalidade da Lei, como foi o caso do recente julgamento das liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, o qual permitiu o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Desta forma, considerando o novo sistema de precedentes, o julgamento das liminares na referida ADC, além de configurar uma violação clara ao princípio da presunção de inocência, caracteriza-se como uma postura ativista do judiciário quando da interpretação da lei para aplicação da norma, já que esse julgado vincula as instâncias inferiores.

### **3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS FRENTE AO ATIVISMO JURISDICIONAL**

A sociedade, tal como demonstrado no capítulo referente à evolução da jurisdição, está em constante evolução e as demandas submetidas à apreciação pelo poder judiciário encontram-se cada vez mais complexas. O legislador, responsável pela edição das leis, não consegue acompanhar a rápida mudança social e criar ou

alterar leis que atendam de maneira mais adequada às transformações sociais. Outras vezes, por questões meramente políticas, o próprio poder legislativo se abstém de discutir temas de extrema importância para a população. Desta forma, não pode o povo esperar uma solução legislativa para ter um determinado direito concretizado, sendo necessário, para tanto, um provimento do judiciário a fim de dar uma solução a um caso que não possui um amparo legalista.

Importante destacar a diferença entre lei e norma. A primeira é proveniente da atividade legislativa, com caráter geral e abstrato, enquanto a norma é a interpretação dada à lei quando da aplicação desta ao caso concreto. O juiz intérprete é quem irá analisar a lei e aplicá-la ao caso em análise levando em consideração os valores sociais, morais, políticos, econômicos e culturais existentes à época do julgamento. Nesse sentido, Carlos Maximiliano ensina:

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social.<sup>40</sup>

O Direito é feito, portanto, não só de leis escritas, mas também de sujeitos que a interpretam e que dão sentido às disposições legais frente ao contexto social. Ou seja, fatores sociais (econômicos, políticos, culturais) são fortes influências para aplicação da lei ao caso concreto. Neste sentido:

A Hermenêutica Jurídica operou, mediante a utilização da diferença texto/contexto, uma "internalização" do paradoxo, tendo como referência algo que, por sua vez, é externo ao direito: a consciência dos indivíduos que "interpretam" o direito. A interposição do intérprete, no entanto, oculta o fato de que o direito nada mais é do que o contexto comunicativo (e, portanto, social), no qual também os textos adquirem

<sup>40</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

seu sentido jurídico. O intérprete, neste passo, não apenas não "cria" o direito do nada (como também não o faz o legislador ou as partes contratantes), como também não é aquele que descobre, ou revela o direito.<sup>41</sup>

Já o ativismo judicial, pelas palavras de Luís Roberto Barroso, é "a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance"<sup>42</sup>. O mesmo procura "extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito"<sup>43</sup>.

O ativismo judicial enfrenta a resistência daqueles que são favoráveis à autocontenção judicial. Nos Estados Unidos já há uma dialética forte, especialmente entre liberais e conservadores. Mais uma vez, Barroso<sup>44</sup> explica a diferença entre os dois entendimentos:

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Para compreensão da discussão objeto do presente estudo, de forma mais resumida e didática, o ativismo judicial é uma postura proativa do poder judiciário ao interpretar as disposições legais para além de seu alcance. Tal postura é adotada na tentativa de cobrir a retração do poder legislativo, uma vez que essa retração causa dificuldade na efetividade das demandas submetidas à apreciação jurisdicional.

<sup>41</sup> MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Interpretando o Direito como um Paradoxo: Observações sobre o Giro Hermenêutico da Ciência Jurídica*. In: *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>43</sup> BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>44</sup> BARROSO, L. R. *Precedente judicial como fonte de direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. (Syn)Thesis - Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 20 jul. 2017.

A postura ativista pode se dar, principalmente, de três formas. Em uma, se aplica a Constituição diretamente a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. Em um segundo quadro, se faz a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição. Por último, impondo condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>45</sup>.

Atualmente o judiciário brasileiro tem adotado uma postura eminentemente ativista. Um exemplo é a da fidelidade partidária. Nesse caso, a Constituição Federal foi aplicada em uma situação que não estava expressa em seu texto legal e de maneira separada da intenção do legislador. O STF se utilizou de ideais democráticos e utilizando como fundamento os princípios do Estado para declarar que a vaga no Congresso Nacional pertence ao partido político. A Suprema Corte pegou, então, os princípios da moralidade e da impessoalidade para criar uma vedação que em nenhum momento consta do texto constitucional<sup>46</sup>.

O julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, onde se analisava a questão das uniões homoafetivas é um grande exemplo de ativismo judicial. A discussão se pautava acerca do *status* jurídico das uniões homoafetivas, ou seja, se poderiam ser consideradas como entidade familiar tal como previsto no art. 1723 do Código Civil. O resultado do julgamento demonstrou, conforme já mencionado acima, que o ativismo judicial não deve ser condenado pelos juristas e doutrinadores, mas deve ser mitigado, pois, considerando que atualmente vivemos em uma sociedade onde há um grande número de uniões homoafetivas, não poderia o Estado deixar desamparados ou até mesmo violar o direito à igualdade e dignidade da pessoa humana dos homossexuais.

Outro grande exemplo de postura ativista do poder judiciário é o recente julgamento das liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, já citadas anteriormente. Enquanto a Carta Magna preza expressamente pelo princípio da presunção da inocência, o julgamento das referidas liminares veio como forma de corresponder aos anseios da sociedade ao permitir o início da execução da

---

<sup>45</sup> BARROSO, L. R. *Precedente judicial como fonte de direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. (Syn)Thesis - Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ferindo, com isso, o supramencionado princípio constitucional da presunção da inocência.

Considerando os exemplos supracitados, quais sejam, de um lado o julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, que trata das uniões homoafetivas e, de outro lado, o julgamento das liminares nas ADCs nº 43 e 44, que tratam do início da execução da pena, observa-se que o ativismo judicial é uma faca de dois gumes. Destarte, pode ser um instrumento eficaz de concretização de direitos e garantias fundamentais, mas também pode ser um instrumento de violação e ofensa aos princípios constitucionais. Sendo assim, o ativismo jurisdicional deve sim ser mitigado, mas para adequar os princípios constitucionais aos valores sociais e não para ferir estes princípios, tal como ocorreu no julgamento das liminares nas ADCs nº 43 e 44.

Há doutrinador que, embora reconheça a importância do ativismo judicial em um Estado com grande omissão do parlamento, levanta objeções ao seu crescimento desenfreado no país. As críticas são feitas, mais especificamente, aos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.<sup>47</sup>

O risco à legitimidade democrática vem da ideia de que os chefes do executivo e os parlamentares foram eleitos pelo povo e para o povo, conforme dispõe a CRFB/88. Como pode, nesse cenário, os juízes, e o próprio STF, terem sua vontade sobreposta a esses agentes politicamente eleitos? Portanto, defende-se que o ativismo seja aplicado tão somente a fim de garantir direitos fundamentais e o respeito às garantias, pois do contrário corre-se riscos de se dar demasiado poder ao judiciário, atrofiando os outros poderes.<sup>48</sup>

A politização do judiciário vem como outra preocupação do crescimento desenfreado do ativismo judicial. Isso porque, dando força e poder excessivos a esse poder, os juízes poderiam levar de forma desenfreada suas convicções pessoais às decisões. O Direito não pode ser levado à frente com decisões livres, tendenciosas e partidárias. Ainda que haja discricionariedade em alguns aspectos, devem os juízes decidir de forma condizente com as normas. A esse respeito, Barroso<sup>49</sup> afirma:

---

<sup>47</sup> BARROSO, L. R. *Precedente judicial como fonte de direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. (Syn)Thesis - Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> BARROSO, L. R. *Precedente judicial como fonte de direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. (Syn)Thesis - Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol.

Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.

Por último, a questão dos limites da capacidade institucional do judiciário está ligada à separação de poderes. Isso porque a separação surge, exatamente, para que cada poder tenha suas responsabilidades e atuações definidas. Em alguns casos, pode o judiciário não ter os dados necessários à tomada de decisões. Por exemplo, no caso de demarcação de terras indígenas em que houve uma pesquisa multidisciplinar, desde estudo do solo até um estudo social, de que modo poderia o judiciário decidir, sem estar invadindo de forma menos qualificada a atuação dos outros poderes?

Esses questionamentos foram surgindo ao longo do tempo e ainda ecoam como perguntas a serem feitas a respeito do ativismo. Porém, deve-se frisar que esses são casos extremos. Um certo grau de ativismo tem sido aceito em diferentes sociedades e, especialmente na sociedade brasileira, pelos motivos já demonstrados, se mostra relevante. Nesse quadro, os precedentes vinculantes surgem como uma interessante solução para evitar graus extremos de ativismo judicial, mitigando os poderes do judiciário e equilibrando sua relação com os outros poderes.

Os precedentes judiciais, que, nas lições de Streck e Abboud, estão mais para provimentos judiciais vinculantes, surgem como uma forma de evitar arbitrariedades e contradições na prolação de decisões pelos juízes e tribunais. Imagine-se o julgamento das liminares nas ADCs 43 e 44: levando em conta que tal decisão foi proferida pelo STF, deverão os tribunais inferiores e os juízes se vincularem à essa decisão que foge às disposições constitucionais, caracterizando, com isso, o ativismo judicial decorrente de um provimento judicial que é vinculante.

Nos sistemas de *common law*, embora o precedente seja compreendido como fonte primária do Direito, isso não significa dizer que o juiz é quem irá criar o direito, usurpando, com isso, a competência do legislador. Pelo contrário, em razão da

obrigatoriedade da obediência aos precedentes, há uma maior segurança jurídica e objetividade nas decisões proferidas, fazendo com que o sistema de *common law*, mesmo que seja mais discricionário, se torne mais seguro.<sup>50</sup>

O novo Código de Processo Civil ao ampliar as situações em que os precedentes judiciais vinculam, limitou a atuação criativa dos juízes, mas garantindo-se uma margem interpretativa ao julgador.<sup>51</sup> A questão que surge agora é se os precedentes judiciais oferecem ou não perigo ao princípio democrático da separação de poderes.

A luta contra a monarquia absolutista na revolução francesa teve como um dos objetivos a retirada do poder absoluto do rei para a assembleia soberana. Desta forma, ao parlamento ficou incumbida a atividade de criação das leis e ao juiz era permitido tão somente o poder de declarar a lei. Foi neste período que a teoria de separação de poderes ganhou força. Para Montesquieu, não poderiam os juízes ser detentores do poder de interpretar as leis, pois, caso contrário, o direito, criação do legislador, poderia sofrer distorções e prejudicar a implantação do novo regime de tripartição dos poderes do Estado.<sup>52</sup> Desta forma, a segurança jurídica era buscada nas disposições legais codificadas.

O que se vê na prática, entretanto, é que o caráter geral e abstrato das leis codificadas, bem como as cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, abrem espaço para a atividade interpretativa e criativa do juiz, o que não aconteceria caso a criação do legislador fosse de conteúdo fechado. Desta forma, os precedentes vinculantes passariam a ser apenas um instrumento de complementação do sistema jurídico e de preenchimento de lacunas, sem fazer com que isso gere uma intervenção do judiciário no poder legislativo mas sim em um trabalho conjunto entre ambos.<sup>53</sup> Portanto, não há que se falar em prejuízo à separação de poderes com tais mudanças. As leis dispõem dessas características geral e abstrata justamente para se adequar

<sup>50</sup> GARANHANI, L. H.; BARBOSA, C. M. *O respeito aos precedentes e o ativismo judicial: dilemas da política judiciária no sistema de civil law*. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e4eb156ab5ddb01c>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>53</sup> FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes judiciais e separação de poderes. *Cadernos jurídicos*. São Paulo. Ano 16. Nº 40, p. 97-114, abril-junho/2015. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101622/precedentes\\_judiciais\\_separacao\\_filippo.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101622/precedentes_judiciais_separacao_filippo.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ao contexto social a que será aplicada, já que o legislador não pode criar uma lei prevendo o que virá a mudar na sociedade.

O novo CPC surgiu exatamente com essa proposta de suavizar a força do judiciário. Como? Ora, a partir do momento em que se regula a atuação do juiz na interpretação da lei, não apenas se legitima tal comportamento, mas também o controla, deixando a lei clara de que modo e em que momento a atuação jurisdicional pode ocorrer. Ainda, ao determinar a utilização de precedentes, o novo código visa a evitar a excessiva dispersão do judiciário, determinando que as decisões tomadas sejam de conhecimento dos jurisdicionados e que sejam aplicadas de forma isonômica entre eles.

A regulamentação dos precedentes judiciais e a criação de um sistema mais claro que os acolha mantém o melhor e mitiga o pior desse ativismo judicial. Ou seja, mantém aberta a possibilidade de atuação criativa do juiz, que, observando o caso concreto e estudando a norma, pode aplicá-la de forma mais justa, levando em conta princípios e garantias presentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas também determina que as decisões tomadas devem ser aplicadas aos casos similares, obrigando que as mudanças nos entendimentos ocorram de forma mais lenta e sob o conhecimento dos jurisdicionados. É esse freio que permitirá que a atuação dos juízes não se transforme em prejuízo à segurança jurídica.

Deve-se tomar cuidado, ainda, para que os enunciados das súmulas dos Tribunais Superiores não gozem de conteúdo aberto tal como as leis, uma vez que, aí sim poderiam caracterizar ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os precedentes obrigatórios ou provimentos judiciais vinculantes apresentam mais características positivas que negativas. É inevitável que a rápida e constante mudança de fatores econômicos, sociais, políticos e culturais, influenciem na adoção de instrumentos processuais hábeis a acompanhar essas mudanças.

Diferentemente do período da revolução francesa, quando surgiu a teoria da separação de poderes, onde o juiz era detentor tão somente do poder de declarar as leis, já que as normas eram de conteúdos fechados, atualmente o direito criado pelos

legisladores possui uma característica aberta, deixando margem para o aplicador do direito adequar o texto legal ao contexto social.

Considerando que, antes do advento do novo Código de Processo Civil, as decisões vinham sendo proferidas de maneiras diversas para casos semelhantes, dando espaço para o ativismo judicial, os precedentes judiciais vieram como forma de uniformizar as decisões e diminuir as diversas interpretações dadas a um mesmo caso. Sendo assim, os precedentes foram introduzidos como uma alternativa ao ativismo jurisdicional, garantindo uma maior segurança jurídica ao processo civil brasileiro.

Por fim, no que tange ao princípio democrático da separação de poderes, os precedentes judiciais não oferecem qualquer risco de violação, pelo contrário, estes atuarão em conjunto com as leis, preenchendo os espaços e lacunas deixados pelo legislador.

#### REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Parte Geral. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada com a reforma processual 2006/2007. Revista dos Tribunais.

BÁRROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, L. R. *Precedente judicial como fonte de direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. (Syn) Thesis - Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433> > Acesso em: 20 jul. 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 2009.

COSTA VIEIRA, Andréia. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2007.

DJIDIER JR., Frediê. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20d e%20Processo%20Civil.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

DUTRA, Nancy. *História da formação da Ciência do Direito Processual Civil no mundo e no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11192/historia-da-formacao-da-ciencia-do-direito-processual-civil-no-mundo-e-no-brasil>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Precedentes judiciais e separação de poderes*. Cadernos jurídicos. São Paulo. Ano 16. Nº 40, p. 97-114, abril- junho/2015. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101622/precedentes\\_judiciais\\_separacao\\_fi\\_lippo.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101622/precedentes_judiciais_separacao_fi_lippo.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

GARANHANI, L. H.; BARBOSA, C. M. *O respeito aos precedentes e o ativismo judicial: dilemas da política judiciária no sistema de civil law*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e4eb156ab5ddb01c>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *Interpretando o Direito como um Paradoxo: Observações sobre o Giro Hermenêutico da Ciência Jurídica*. In: *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S.C.; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 84.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Como se opera com precedentes segundo o novo CPC?* Disponível em: <[http://jota.uol.com.br/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc#\\_ftn3](http://jota.uol.com.br/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc#_ftn3)>. Acesso em: 13 fev. 2017.

PLAUTO, Titus Maccius. *Asinaria*. 1.ed. Estados Unidos: Wisconsin University, 2006.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 2.

SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. *Primórdios da Jurisdição*. Academia brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/primordios%20da%20jurisdicao%20antonio%20jose%20carvalho%20da%20silva%20filho.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

SILVA SOARES, Guido Fernando. *Common Law: uma introdução ao Direito dos EUA*. Ed. 1. São Paulo: RT, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Senso Incomum: O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

TALAMINI, Eduardo. *O que são precedentes vinculantes no novo CPC.* Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano.* 2ª ed. revista e atualizada. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento.* 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1.

WEFFORT, Francisco C. Hobbes: o medo e a esperança, In: *Os clássicos da Política.* 14ª ed. V. 1. São Paulo: Ática, 2006.

WEFFORT, Francisco C. Montesquieu: sociedade e poder, In: *Os clássicos da Política.* 14ª ed. V. 1. São Paulo: Ática, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. O direito nas sociedades primitivas, In: *Fundamentos de história do direito.* 3ª Ed. Revista e ampliada. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2006.

II.	1070	40
III.	1070	40
IV.	1070	40
V.	1070	40
VI.	1070	40
VII.	1070	40
VIII.	1070	40
IX.	1070	40
X.	1070	40
XI.	1070	40
XII.	1070	40
XIII.	1070	40
XIV.	1070	40
XV.	1070	40
XVI.	1070	40
XVII.	1070	40
XVIII.	1070	40
XIX.	1070	40
XX.	1070	40
XXI.	1070	40
XXII.	1070	40
XXIII.	1070	40
XXIV.	1070	40
XXV.	1070	40
XXVI.	1070	40
XXVII.	1070	40
XXVIII.	1070	40
XXIX.	1070	40
XXX.	1070	40