

ATIVIDADE JUDICIAL E O MODELO DE PRECEDENTES BRASILEIRO: PERSPECTIVAS APÓS CINCO ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

JUDICIAL ACTIVITY AND THE BRAZILIAN PRECEDENTES MODEL: PERSPECTIVES AFTER FIVE YEARS OF THE 2015 CIVIL PROCEDURE CODE

*Marcelo Pereira de Almeida*¹

*Lilia Nunes Silva*²

RESUMO

O escopo do estudo é observar a atividade judicial, seus contornos e alcance na realidade atual, tecendo críticas e apresentando inferências em função dos amplos poderes concedidos aos juízes na direção do processo e do seu protagonismo no modelo de precedentes implantado no Brasil. A principal discussão neste contexto é se estão ratificando um ativismo judicial nos tribunais brasileiros sob o manto da figura legítima do juiz ativo e participativo que o atual sistema processual materializou em seus dispositivos. Revela ser um desafio à justiça brasileira, em vista de sua cultura jurídica de *civil law*, a coesão e a uniformidade do entendimento das cortes ao firmar o precedente e apenas uma fundamentação nestes moldes proporcionará decisão apta a formar a *ratio decidendi*. E tal é essencial à legitimação destes provimentos jurisdicionais vinculantes, pois assim se promoverá estabilidade e segurança aos jurisdicionados - que é sua finalidade precípua. Utilizou-se o método dedutivo e a metodologia da pesquisa desenvolvida por revisão bibliográfica e análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF).

PALAVRAS-CHAVE:

Atividade judicial; julgadores; precedentes; garantias processuais; justiça brasileira.

ABSTRACT

The research aims to observe the judicial activity, considering its contours and range in the current reality, introducing some criticisms and alerts due to the wide powers granted to the judges in the management of the process and their roles in the precedent system implemented in Brazil. The main discussion is about if they are ratifying judicial activism in Brazilian courts under the guise of the legitimate figure of the active and co-responsible judge that the current procedural system has materialized in its provisions. It proves to be a challenge to the Brazilian

¹ Pós- Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós- Doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor Adjunto de Direito Processual da UFF, Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP. Coordenador da Pós- graduação em Direito Civil e Processual Civil do Unilasalle/RJ; Coordenador adjunto do Curso de Direito do Unilasalle/RJ; Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Unilasalle/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil - ICPC. Advogado.

² Mestra em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ). Advogada.

justice system, faced with its civil law culture, the understanding cohesion and uniformity of the courts in setting the precedent and just a cohesive and uniform reasoning could provide a proper decision to form a *ratio decidendi*. It is essential to the legitimation of the binding decisions, promoting stability and security to citizens – its main purpose. The deductive method was used and the research methodology was developed through bibliographic analysis and judicial decisions of Brazilian Supreme Court.

KEYWORDS:

Judicial activity; judges; precedents; procedural guarantees; Brazilian justice.

1. INTRODUÇÃO

A jurisdição na contemporaneidade vem passando por grandes transições na busca da efetivação dos direitos e da justiça, enfatizando o desejo da sua democratização perante a sociedade, sendo o Direito Processual instrumento transformador de grande importância no contexto atual, assim como o papel e a função dos juízes - razão de constituir tema de muitos debates o crescimento contínuo de seus poderes para auxiliar na concretização desses novos objetivos.

Neste cenário, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) consolidou um modelo de precedentes inspirando-se em institutos alienígenas, mas dotado de características próprias, objetivando adaptar-se eficazmente à realidade do sistema jurídico aqui vigente.

Pela leitura dos primeiros artigos do Livro III³ do CPC/15 (926 a 928) é possível entender em que consiste este modelo de precedentes, visto que criou-se nos dispositivos um sistema de decisões judiciais vinculantes no âmbito dos tribunais, em especial dos tribunais superiores (STF e STJ), no intuito de uniformizar a jurisprudência e assim proporcionar segurança e estabilidade aos jurisdicionados.

Por estas razões que importa aos pesquisadores e juristas analisar, debater e criticar os novos instrumentos jurídicos e a atuação judicial diante dos mesmos, para assim contribuir de fato para o aprimoramento do atual sistema processual e auxiliar para que ele cumpra a sua

³ cujo título é "DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS"

função primordial de efetivação de direitos, isto sem violar os direitos e garantias fundamentais que protegem os indivíduos e as instituições.

O presente trabalho tem como escopo discutir a atividade judicial com seus contornos e alcance na realidade hodierna, tecendo as necessárias críticas e inferências, haja vista que os juízes possuem amplos poderes na direção do processo e um protagonismo na sistemática dos precedentes. Destaca-se ainda que, neste último caso, por ostentarem a função de pacificar o entendimento sobre determinada questão, nortear relações jurídicas controversas trazidas à sua apreciação e "atribuir sentido ao Direito, declarando as razões pelas quais uma norma deve ser interpretada" (MARINONI, p. 3, 2018), a questão adquire ainda mais relevância.

Em vista da importância desse novo papel que fora cristalizado na legislação processual, qual seja, de uniformização do entendimento dos tribunais na decisão de questões em que é chamado a intervir, se torna relevante também alertar sobre a vital importância do respeito às garantias processuais e constitucionais pelos magistrados incumbidos dessa função e a necessidade de observar a essência e o propósito do instituto do precedente judicial para a elaboração de uma decisão coesa, coerente e uníssona sobre o caso a definir-se como vinculante.

Assim, não é demais lembrar que as decisões proferidas no sistema de precedentes têm o poder de vinculação vertical e horizontal perante as próprias cortes, tribunais e juízos de primeiro grau no país, restando justificado o porquê da essencialidade de atuação equilibrada, eficiente e em consonância aos ditames constitucionais.

O desenvolvimento do artigo se deu por revisão bibliográfica e análise de quatro julgamentos vinculantes do Superior Tribunal Federal sobre greve dos servidores públicos, objetivando abordar a atividade dos juízes na contemporaneidade, o modelo de precedentes judiciais brasileiro e os conceitos necessários ao entendimento do instituto. Por consequência trazer novos questionamentos e considerações críticas acerca desta atuação no contexto das garantias processuais e da importância de preservação da democracia e seus valores.

Na primeira seção serão analisadas questões relevantes sobre a atividade dos juízes partindo dos ensinamentos contidos na obra "Juízes Legisladores?" de Mauro Cappelletti, explorando os novos contornos e poderes da atuação judicial na sociedade contemporânea e a

necessidade do seu respeito aos limites constitucionais, pois estes conduzem o bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

Ao longo da segunda à quinta seção se tratará especificamente do sistema de precedentes judiciais brasileiro, analisando em que consiste o precedente e tecendo algumas críticas sobre a sua implantação no CPC/15. Por guardar relação direta com o tema e o objetivo do artigo, as garantias processuais e a formação da *ratio decidendi* receberão atenção e análise, estabelecendo quanto a última o seu conceito e a importância de sua correta elaboração na fixação do precedente, além de analisar as questões em cotejo com quatro decisões do Supremo Tribunal Federal em tema emblemático (direito de greve de servidores públicos).

Na sexta e sétima seções serão tecidas considerações sobre a importância da atuação realmente íntegra e comprometida dos tribunais com a sociedade em suas decisões, e como não atuar assim se revela prejudicial, assim como as características desejáveis e necessárias que as decisões proferidas no estabelecimento dos precedentes judiciais deverão possuir, isto para que realmente alcancem os objetivos primordiais de sua criação.

E estando delimitados todos estes pontos, poderão ser realizadas as inferências sobre os desafios que a justiça brasileira deve enfrentar para adequadamente manejar o modelo de precedentes consolidado no sistema processual, e realmente prover à sociedade o acesso ao direito e à justiça com segurança, integridade e estabilidade.

2. ATIVIDADE DOS JUÍZES: JUIZ ATIVO E ATIVISMO JUDICIAL

A atividade judicial é o tema de estudo da obra "Juízes Legisladores?", de autoria de Mauro Cappelletti (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999), que teve como foco observar se a atividade judicial constitui ou não uma forma de legislar dos juízes. E tais questões são pertinentes ao presente estudo, na medida em que o código processual brasileiro em vigor instituiu com amplitude um sistema de precedentes vinculantes.

A fim de contextualizar o leitor diante da relevância da alteração legislativa e seus impactos na sociedade brasileira, as principais ideias contidas na referida obra serão expostas

nesta seção em vista da utilidade das mesmas aos objetivos do artigo, eis que a atividade judicial cada vez mais protagoniza os rumos das estruturas sociais e do Estado.

O questionamento sobre serem os juízes legisladores foi se tornando um elemento realmente importante quando os direitos fundamentais evoluíram e se ampliaram. Na sociedade moderna, o Estado passa a ter muitos deveres positivos, ou seja, não mais são garantidos aos cidadãos meros direitos negativos atinentes às liberdades individuais que o Estado deve respeitar, mas sim deveres do Estado em proteger os indivíduos e as coletividades, os direitos sociais e coletivos (direitos de massa - consumidor, difusos - meio ambiente), enfim, todos aqueles inerentes à Dignidade da Pessoa Humana.

Consequentemente, os novos direitos reclamam nova proteção, que acaso não tutelados pelo Estado por meio do Poder Executivo e Poder Legislativo, restará ao Poder Judiciário salvaguardá-los. Assim, sobreleva a este último poder novas responsabilidades, novos poderes que possuem natureza substancialmente criativa, e não meramente declarativa como se delimitava a doutrina de Montesquieu (o famoso juiz "boca da lei"), bem como os poderes decorrentes da evolução jurisprudencial.

O Poder Judiciário, considerado neste contexto um terceiro gigante, emergiu justamente para exercer o controle da atividade dos demais poderes, uma vez que a sociedade não guarda a confiança necessária em seus escolhidos, ante a existência de tantas carências não supridas e de direitos ignorados pelos legisladores e administradores no desenvolvimento de suas atribuições.

É nestes termos que o Judiciário busca sua legitimação democrática, de modo a diminuir a distância entre a escolha dos cidadãos e as decisões de seus escolhidos, e, sobrevindo como principal instrumento de sua atuação a justiça constitucional para tutela dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Contudo, sobre essa constatação, Cappelletti faz importante alerta na conclusão da obra:

Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua causa, tal necessidade é certamente um fenômeno arriscado e aventureiro. (1999, p. 133/134)

Estando melhor entendido o atual papel do Poder Judiciário na sociedade, importa analisar sua atuação com a finalidade de investigar se esta realmente tem tomado para si elementos próprios da atividade legislativa, ou a ela assemelhado. Caso exista essa similaridade, far-se-á uma consideração crítica, ao fim de estabelecer se ocorrem eventuais abusividades e arbítrios dos julgadores no exercício dessa atividade criativa do direito.

A premissa básica da obra é de que tanto a atividade dos julgadores como a os legisladores, do ponto de vista substancial, é de criar o direito, ou pela expressão inglesa, ambos são "law makers" (CAPELLETTI, 1999, p. 74), e ambas são limitadas pela Constituição e respectiva justiça constitucional. Entretanto, essa atividade criativa possui feições distintas em cada um dos poderes, não se confundindo a atividade judicial com a legislativa em razão da limitação inerente à primeira quanto ao seu alcance em relação à interpretação dentro do Ordenamento Jurídico vigente; sua limitação às situações trazidas a apreciação e; sua sujeição às regras processuais - em destaque o direito ao contraditório das partes envolvidas, à ampla defesa e à imparcialidade dos julgadores no exercício da atividade judicante.

Em que pese a criação do direito ser comum à atividade judicial e legislativa, e a criatividade do juiz ser uma característica inerente à sua atuação, mesmo que em graus e contextos distintos da atuação dos legisladores, é pacífico que essa criatividade não é um direito livre, devendo todas as decisões serem fundamentadas e passíveis de controle pelos demais poderes, se e caso necessário.

Neste sentido, poderia utilizar-se também o termo discricionariedade para ilustrar essa atividade criativa, na medida em que a atividade judicial goza de certa liberdade de escolha no âmbito de suas decisões. Mas fica o alerta de que dita liberdade é limitada pelo sistema normativo ao qual se subsume e pelo contexto onde for proferida.

O entendimento do autor é que a utilização deste termo não deve ser confundida com arbitrariedade, pois agir arbitrariamente seria usar de forma indevida esse certo poder discricionário e não simplesmente usá-lo. Tem-se, portanto, que não seria abusiva essa discricionariedade dos juízes em sua atuação, incorrendo em arbitrariedade somente quando há inobservância dos limites legais e jurídicos pré-estabelecidos, a exemplo de uma situação fática onde há norma expressa regulamentando a questão trazida para análise do juízo e o julgador

opta por decidir em sentido contrário à norma válida e eficaz adotando o seu entendimento pessoal sobre o caso.

Uma outra questão relevante sobre a dita discricionariedade se denota quanto à sua aplicação e o respeito de seus limites no tocante aos direitos fundamentais, de vez que existem muitas normas dotadas de alto grau de abstração e generalidade e, nesta circunstância, reclamam dos julgadores alto grau de criatividade para fazer valer os programas da Lei Maior. Não raras vezes essas regras de caráter programático visaram algo além da realidade do momento de sua criação, por terem almejado melhoras aos jurisdicionados e terem se concretizado ao longo do tempo naquela sociedade.

O desenvolvimento das sociedades naturalmente alterou o papel dos juízes, na medida em que se tornou tarefa impossível atuarem de maneira cognoscitiva e mecânica ante a existência de tantas leis vagas e imprecisas, tal como acima descrito.

Desta forma, não há dúvidas de que um vigilante e efetivo exercício da atividade judicial é essencial para o bom funcionamento da sociedade, no sentido de controle dos demais poderes e proteção de direitos fundamentais. E ainda, que tal atividade detém um viés criativo quando da interpretação do Ordenamento Jurídico à luz dos casos concretos, tornando-se ínsito a atuação dos julgadores, também não há.

Entretanto, o ideal seria o equilíbrio entre os poderes, porém, como não se percebe a sua ocorrência prática por não estarem os poderes constituídos saudáveis e harmônicos entre si, a atividade judicial adquire proeminência no anseio de tutelar os direitos da sociedade, em especial os fundamentais. Isto pode ser muito perigoso, porque pode culminar numa atuação sem limites em nome dessa proteção e ferir outras proteções não menos importantes, que se encaixa na descrição do chamado ativismo judicial.

Os juízes têm o poder de atribuir sentido e funcionalidade ao direito quando declaram, anulam, constituem, acrescentam ou subtraem nas situações da realidade social e, nessa dinâmica, colaboram significativamente para o desenvolvimento das sociedades, mas, este papel não está acima dos limites existentes no próprio Ordenamento Jurídico, principalmente na Constituição e nas garantias por ela asseguradas.

Que fique claro, portanto, que a atividade dos juízes não é como a dos legisladores, pois sua origem e funções são diferentes e, mesmo com a transformação dos valores da sociedade e o aparente aumento dos limites da atuação judicial, com ela não se confunde.

É exatamente neste ponto que a segunda questão a ser abordada no presente tópico merece comentários, pois é necessário aos julgadores brasileiros que respeitem os limites trazidos pela Constituição (e com ela o *due process of law*), ou seja, é o cumprimento das garantias processuais que irá legitimar o desenvolvimento das suas funções e não a proteção de direitos sem observância das regras do jogo previamente estabelecidas. Em verdade, agir sem observar as garantias básicas do processo é ofender direitos tão relevantes quanto os próprios que se pretende resguardar e, por consequência, atuar desta maneira não produz real benefício à sociedade, mas somente uma ilusão perene de tutela de interesses relevantes, visão imediatista e superficial.

Não se está defendendo que a atividade dos julgadores deva ter caráter estático, reduzido, com interpretação restrita e submissa da lei, uma vez que é positivo para processo e jurisdicionados uma atuação participativa, integrativa e atenta aos valores maiores da Constituição, podendo o juiz construir junto às partes a solução da controvérsia. Porém, deverá atuar sempre adstrito aos ditames pré-estabelecidos, sejam eles processuais ou materiais - como as provas e alegações dos autos – para não se sobrepor aos reais interessados na decisão final, que são as partes envolvidas.

O comportamento judicial ativo que não observa garantias processuais e limites legais pode ser considerado arriscado à vida de um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido:

O ativismo judicial defende uma postura mais contundente da atividade judicial para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. É dizer: outorga-se ao juiz um poder criativo que em última análise valoriza o compromisso constitucional da *jurisdição*, e isso ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação. (RAMOS, 2019, p. 25)

O ativismo judicial parece uma proposta muito sedutora à primeira vista, na medida em que, na busca do equilíbrio entre os poderes, onde o Executivo e o Legislativo não desenvolvem de forma comprometida as atividades de implemento dos direitos assegurados pelo Ordenamento, sobreleva a figura do Poder Judiciário com a possibilidade de efetivar direitos

relevantes à sociedade. Neste arranjo, o juiz ativo parece ser a melhor alternativa e o agente capaz de operar a tão desejada justiça e efetivação de direitos.

Todavia, em nome de um ideal de justiça, não se pode sacrificar regras básicas que garantem um sistema imparcial, íntegro e estável. As regras são caras ao funcionamento regular da sociedade e das próprias instituições, e foram delimitadas previamente para prevenir, justamente, arbítrios e decisões em desconformidade ao direito.

Esse tipo de ativismo também pode ser chamado de decisionismo judicial, pois se vislumbra quando a decisão é proferida de forma subjetiva, com base em convicções pessoais sobre o que é o certo, o que é justo ou bom para certos indivíduos e coletividades, agindo sem se pautar no que a lei permite ou proíbe, e muitas vezes sem observar premissas democráticas essenciais, importando em "redução do direito a um fenômeno de autoridade" (CAMBI, 2015, p. 8).

O que se quis demonstrar antes de tratar dos precedentes judiciais no Brasil é que, a atividade dos juízes dota-se de certo viés criativo e integrativo para desempenho eficiente e nos objetivos constitucionais, como também pode ser considerado positivo para promover equilíbrio e controle entre os poderes do Estado, porém, a busca do cumprimento de suas funções primordiais e dos anseios sociais é rodeada de limitações tão importantes quanto as próprias decisões, para que esta atuação não seja arbitrária e viole direitos fundamentais.

3. MODELO DE PRECEDENTES JUDICIAIS BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE E CRÍTICAS

Segundo Eduardo Cambi:

Para aprimorar o sistema processual brasileiro, inibir decisões arbitrárias e assegurar maior efetividade à garantia constitucional do contraditório, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) introduziu a vinculação aos precedentes. (CAMBI, 2015, p. 2)

O precedente judicial, instituto típico dos países de sistema jurídico de *common law*, consiste em técnica de julgamento onde a decisão, ou conjunto de julgados proferido pelo tribunal no seu estabelecimento, têm o condão de vincular o entendimento do próprio tribunal

prolator e dos demais após a sua formação, o que culmina no julgamento uniforme dos casos seguintes.

O CPC/15, na delimitação do sistema de precedentes, deixou clara a opção da doutrina brasileira em uniformizar a jurisprudência sob vários padrões decisórios, pois determinou aos juízes e tribunais a observância das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; dos enunciados de súmula vinculante; dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e; da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados⁴.

O instituto também pode ser compreendido assim:

Precedentes são normas jurídicas que servem, no arco do processo de democratização do direito, para a redução do poder discricionário dos juízes, vinculando os juízes às suas próprias decisões, e somente neste sentido são constitucionais. (ZANETTI JR, 2014, p. 3)

Pois bem, em que pese ter a sua origem e desenvolvimento surgido de uma cultura distinta da brasileira, para se adequar ao nosso sistema jurídico típico de *civil law*, sua implantação buscou características singulares para alcance deste objetivo e possibilidade de efetiva absorção e aplicação no âmbito do Poder Judiciário. Exemplo disso é ter sido instituído por meio de lei, ou seja, foi previsto e regulamentado no CPC/15, obedecendo ao Princípio da Legalidade.

A tendência da importação de institutos alienígenas não é algo incomum nos sistemas contemporâneos, nas quais a busca por otimização do Ordenamento Jurídico nos países se revela uma missão de nível mundial e assim, até mesmo a dicotomia clássica que se verificava entre países de *common law* e a *civil law* já não se percebe como antes, diante de cada vez mais estarem as culturas se aproximando em nome deste objetivo⁵.

⁴ Artigo 927, incisos I a V, CPC/15.

⁵ No sistema jurídico de *common law* predomina o direito costumeiro, não escrito, ao passo que no de *civil law* há o predomínio das regras escritas como forma de reger as relações jurídicas. Atualmente se percebe que o primeiro vem se valendo de regras escritas, a exemplo da criação do código de processo civil inglês em 2000, assim como a força da jurisprudência e agora dos precedentes no direito brasileiro, que é um país típico da *civil law*.

Quanto a técnica processual objeto deste artigo, a ocorrência do fenômeno não é diferente, pois "nos modelos jurídicos contemporâneos, o precedente judicial vem alcançando cada vez mais importância para atender a uma necessidade de interpretação e aplicação uniforme do direito pelos tribunais" (ALMEIDA, 2014, p. 145).

O que se verifica é a intenção do legislador pátrio em criar um modelo de precedentes judiciais no âmbito dos tribunais que racionalize e uniformize o entendimento das cortes sobre determinadas questões trazidas à debate no Poder Judiciário, no intuito de gerar mais segurança aos jurisdicionados. Não obstante, vem sendo percebido também que o objetivo principal desta e de tantas outras reformas é de reduzir os processos e dotar o sistema de maior agilidade no tratamento dos já existentes, visto que, na realidade atual, aparentemente este é o grande problema que vem impedindo a entrega rápida e eficaz da tutela jurisdicional.

Mas um alerta antigo é necessário ser repetido, veja-se:

Uma coisa, porém, é a atenção crescente ao direito comparado, movimento a que o autor desta palestra dificilmente poderia ser tachado de alheio. Outra, bem distinta, é o deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros. (MOREIRA, 2004, p. 8)

A criação na legislação processual brasileira de um sistema de precedentes vinculantes é alternativa consentânea aos objetivos de proporcionar segurança, estabilidade e previsibilidade das decisões e relações jurídicas. O que há de ser considerado junto a esse novo sistema é a consciência de que o país possui cultura jurídica distinta dos países de *common law*, onde os precedentes são definidos das cortes locais até as cortes superiores caso necessário, isto é, de forma horizontal, ao passo que no Brasil a sua definição ocorrerá a nível de cortes superiores e tribunais para os próprios e aos demais juízes, isto é, de forma vertical.

A definição de precedentes de forma horizontal (cortes primárias) atenderia com maior rigor aos preceitos do *due process of law*, tendo em vista que, perante os juízos de primeiro grau, as partes e a controvérsia são debatidas e analisadas com possibilidade de amplo contraditório, defesa e produção de provas, ponderando com maior amplitude e gerando uma solução mais atenta ao caso concreto.

A instituição do precedente tal como se consolidou no código, mesmo trazendo instrumentos para possibilitar a participação de interessados⁶, não deixa de mitigar garantias processuais essenciais.

A ponderação acima não significa condenar o sistema de formação de precedentes judiciais brasileiro no âmbito dos tribunais ao fracasso, mas sim que esta circunstância atrai aos julgadores dotados da atribuição a necessidade de, eficazmente, assegurar o cumprimento das garantias fundamentais do processo durante o julgamento e conscientizarem-se do maior ônus argumentativo que possuem em sua atividade, para nestes termos elaborarem uma fundamentação precisa, completa, uniforme e clara na decisão vinculante.

4. A NECESSÁRIA ABORDAGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS NA CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE

A Constituição de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015 conseguiram constituir forte sistema de garantias processuais que são de observância obrigatória nos procedimentos administrativos e judiciais brasileiros.

Partindo da garantia máxima do Devido Processo Legal, tem-se em destaque o direito amplo ao contraditório, à defesa, à produção de provas, ao tratamento isonômico e mais recentemente, à cooperação (positivada no código de processo civil e que pode ser considerada também um dever para todos os sujeitos processuais). Por outro lado, observa-se as garantias asseguradas aos jurisdicionados quanto ao dever de imparcialidade dos julgadores e a adequada fundamentação nas decisões proferidas pelos juízes e colegiados.

A proteção constitucional e infraconstitucional acima descrita há de ser condutora de toda e qualquer atividade de julgamento, adquirindo maior proeminência quando se tratar de precedentes judiciais, em razão da decisão proferida na sua definição ter o poder de vincular os

⁶ Artigo 927, §2º, CPC/15.

juízos de questões da mesma natureza de forma horizontal e vertical⁷ - passando a delimitar as relações jurídicas com ela conexas.

O processo civil brasileiro e os seus operadores são muito inclinados a uma postura ativista no processo (RAMOS, 2019, p. 24), todavia, diante da consolidação de uma legislação processual que concede amplos poderes aos juízes e tribunais para proferir decisões que regerão inúmeras situações e relações jurídicas essenciais ao andamento da sociedade, assumir posturas mais garantistas revela-se mais harmônico e condizente com a manutenção de uma dinâmica processual sadia à jovem democracia nacional.

Sobre o garantismo processual, as lições de Glauco Gumerato Ramos são esclarecedoras:

*Já o garantismo processual defende uma maior valorização da categoria fundamental processo, e conseqüentemente da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. (RAMOS, 2019, p. 25)*

A legitimação democrática do Poder Judiciário se concretiza pela ação obediente às garantias do processo e que não se pautem em soluções imediatistas e superficiais amparadas em conceitos vagos e subjetivos, estes incoerentes com os contornos republicanos.

5. DA FORMAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI*

O desenvolvimento da função dos juízes foi largamente exposta em linhas anteriores, assim como a essencialidade da observância às garantias processuais e constitucionais para validar a atuação judicial perante a sociedade contemporânea.

Estas ilações são pertinentes para demonstrar a grande responsabilidade que recai sobre os julgadores no estabelecimento do precedente judicial, observando ser a função vinculante a principal questão objeto de preocupação e cuidado para evitar a má aplicação do instituto.

⁷ Horizontal por vincular o próprio tribunal prolator do precedente e vertical por vincular tribunais inferiores e demais órgãos judiciais (justiças de 1ª instância).

A decisão dos recursos pelos tribunais, em especial das cortes superiores, a partir da vigência do CPC/15 poderá revestir-se de eficácia vinculante em relação a todos os órgãos e instâncias judiciais e/ou administrativas, não ostentando mais o caráter meramente persuasivo típico das jurisprudências. E essa nova competência deverá ser assumida com o compromisso de proferir decisões dotadas de robusta argumentação jurídica e fundamentação coesa, estas imprescindíveis ao alcance das finalidades concernentes ao sistema de precedentes, qual seja, regular os casos futuros (MARINONI, 2018, p. 1).

Os fundamentos determinantes da decisão no precedente e que possuem poder vinculante são denominados de *ratio decidendi*, e assim, somente quando a questão de direito for definida de maneira uniforme pela maioria, fixando-se por ela a tese jurídica decorrente, poderá considerar-se fixado o precedente. Em outras palavras, para proferir decisões com efeitos vinculantes nos moldes dos precedentes judiciais, dando sentido ao direito, a delimitação da solução há de ser uniforme - por maioria de votos e respectivos fundamentos.

Nesta senda, o que importa não será somente a conclusão da decisão, se negativa ou positiva em relação a questão posta a debate, mas também se os fundamentos da maioria caminharam no mesmo sentido, pois do contrário não se formará o precedente. A título de ilustração, no âmbito do STF:

Só será possível pensar em *ratio decidendi* quando os seis votos se basearam em um único fundamento. Basta que um voto tenha fundamento distinto para que se tenha apenas cinco votos afirmando um fundamento, o que, num colegiado de onze membros, não faz surgir um precedente. (MARINONI, 2018, p. 6).

Em conclusão a esta constatação, entende-se que o adequado é que a fixação do precedente com a formação da *ratio decidendi* respectiva apenas se dará nestes parâmetros, e o grande desafio para a justiça reside nesta questão técnica, o que ainda é algo recente para o direito e julgadores brasileiros, devendo a comunidade jurídica estar atenta ao atendimento pelas cortes deste pressuposto de validade.

6. APONTAMENTOS SOBRE O SISTEMA DE PRECEDENTES E A POSTURA DA CORTE CONSTITUCIONAL (STF)

No objetivo de trazer uma amostragem, mesmo que modesta, de como os tribunais brasileiros vêm internalizando a sistemática de precedentes, foram observadas quatro decisões do STF sobre o tema da greve dos servidores públicos. Em razão da opção por este tema específico, as duas primeiras decisões são os Mandados de Injunção nº 670 e 708, ambos proferidos em 2007, e as outras duas são o Recurso Extraordinário com Agravo nº 654.432 e o Recurso Extraordinário nº 846.854, ambos proferidos em 2017.

Quando dos julgamentos dos Mandados de Injunção nº 670 e 708 ainda não havia se consolidado o modelo de precedentes, mas já estavam sendo implementadas alternativas para solução em massa de litígios⁸ e, nos casos citados, a solução optou por dotar a decisão de eficácia *erga omnes*. O julgamento foi positivo ao impetrante, declarando-se não somente a omissão legislativa sobre a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis, mas fora fixado o prazo de 60 (sessenta) dias para a edição da norma, determinada a aplicação da lei de greve dos trabalhadores do setor privado enquanto não editada a norma aplicável e fixado o procedimento e a competência para apreciação do direito de greve desses servidores.

Este julgamento emblemático demonstrou como o STF já estava assumindo uma postura ativa na época (julgando além dos limites da lide) e como a decisão da corte não é dotada de uniformidade (nem mesmo da maioria vencedora). O voto vencedor do ministro Gilmar Mendes foi seguido na íntegra somente pelos ministros Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie, posto que os ministros Carlos Brito e Carmen Lúcia ressalvaram não concordar com a eficácia *erga omnes* da decisão e os ministros Cesar Peluso e Carmen Lúcia fizeram algumas ressalvas quanto ao entendimento do voto vencedor sobre os serviços essenciais descritos na lei de greve.

Já o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 654.432 e do Recurso Extraordinário nº 846.854 se deram na sistemática dos precedentes, eis que proferidos no ano de 2017 e afetos à repercussão geral, sendo o primeiro sobre direito de greve dos policiais civis e o segundo sobre competência para analisar o direito de greve dos guardas municipais.

⁸ Em 2007 foi regulamentada a repercussão geral dos recursos no âmbito do STF e em 2008 sugiu a lei nº 11.672/08 que criou a técnica de julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do STJ.

Novamente o que se percebe no bojo dos julgados é a postura cada vez mais ativista da corte constitucional, pois em ambos a solução foi muito além do pedido e, mesmo já em vigor o CPC/15 e o amadurecimento da discussão sobre os precedentes judiciais no Brasil, o STF não revestiu a tese geral fixada com uma *ratio decidendi* firme e coesa. Embora perceptível o esforço dos ministros em buscar os fundamentos determinantes para fixação da tese, o entendimento do relator dos acórdãos não foi uníssono nem mesmo entre os que a ela aderiram, sinal da cultura enraizada nos julgadores brasileiros de julgar apenas conforme o seu entendimento pessoal e não para harmonizar-se junto aos pares para a construção de uma decisão estável e uniforme.

Pela análise dos julgados verificou-se que, entre as decisões proferidas antes e depois do CPC/15, não ocorreram grandes alterações de postura dos julgadores. A utilização das expressões *ratio decidendi* e *obiter dictum*⁹ estão presentes nos julgados de 2017, mas a essência das referidas decisões não guarda obediência fiel a estes preceitos.

Quanto às garantias processuais, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 654.432 houve habilitação de muitos interessados na qualidade de *amicus curiae*, demonstrando no caso a observância da garantia de participação democrática da população na decisão (um contraditório representativo).

E mais uma observação merece comentários: os ministros da corte se valem do entendimento da extensão do recurso em profundidade para ir muito além do caso em debate e fixar teses gerais para reger inúmeras relações jurídicas. Contudo, esta postura também não é unânime entre os julgadores, pois só a maioria vencedora adere a solução nestes parâmetros.

Este último comentário não está valorando positiva ou negativamente a técnica de julgamento além do pedido e no objetivo de resolver questões controversas de amplitude social, porém, a adoção de posturas ativistas pode não ser um bom caminho se estiver dissociada dos limites impostos pelo Ordenamento Jurídico.

⁹ Expressão utilizada para designar partes não determinantes da decisão.

7. QUAL PREÇO A SOCIEDADE PODE ACABAR PAGANDO PELA AGILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COM VIÉS EFICIENTISTA?

A motivação para a consolidação de um modelo de precedentes judiciais no Brasil foi a racionalização, por meio da uniformização do entendimento sobre uma questão jurídica, para fins de otimização e maior agilidade da prestação jurisdicional.

É de conhecimento público os inúmeros resultados de pesquisas, e que constitui objeto dos debates no meio científico e de queixas na sociedade em geral o número excessivo de processos e a morosidade da prestação jurisdicional, sendo estas causas de relevância para as reformas e criação do CPC/15. Assim, atingir a rápida solução das controvérsias e desafogar o Poder Judiciário parece ser o centro das preocupações, quando o que deveria ocupar o espaço de debates e o encontro de respostas é a adequada, racional e razoável solução das lides.

Quando se elevou à proteção constitucional a Duração Razoável do Processo, o seu objetivo primeiro foi a promoção do acesso à justiça com agilidade e sem perda de qualidade. No entanto, em nome da celeridade na prestação jurisdicional, limitou-se o seu acesso por meio de reformas que dificultaram a interposição e o recebimento de recursos, permitindo atuação altamente discricionária do Judiciário e sem parâmetros objetivos de controle. Este tipo de atuação, em muitos casos, permitiu a solução de importantes matérias em desconformidade com garantias processuais fundamentais.

Em uma democracia que se pretende constitucional, a atuação dos poderes constituídos deverá observar os preceitos da Constituição e suas garantias fundamentais para tutelar os interesses da sociedade que governa, sendo inadmissível uma sociedade estar refém de interesses que agasalham soluções imediatistas e superficiais que não resolvem os grandes problemas e necessidades individuais e coletivas.

Permitir atuações arbitrárias e sem controle dos órgãos judiciais em nome de uma aparente agilidade da prestação jurisdicional e concessão de justiça (subjetiva), é renunciar direitos básicos conquistados desde a Constituição em 1988 com a retomada da democracia no Brasil.

Para encerrar o tópico deixando uma reflexão ao leitor, importa transcrever trecho de um artigo que se revela pertinente ao momento que vive a sociedade brasileira:

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social - controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização democrática. (MAUSS, 2000, p. 187)

Infelizmente, o preço que a sociedade pode acabar pagando para "obter" uma prestação jurisdicional célere é sofrer as consequências danosas de um possível exercício arbitrário de poder, permissivo de atuação sem estrita obediência às garantias constitucionais norteadoras do agir estatal em todas as suas esferas, denegando-se *de facto* a tão desejada justiça.

8. DECISÕES CLARAS, COERENTES E UNIFORMES NA FIXAÇÃO DO PRECEDENTE

Após trazer elementos essenciais para compreensão da sistemática de precedentes judiciais brasileiro, cumpre comentar especificamente sobre o perfil de decisão a ser proferido em seu bojo.

A decisão judicial que genuinamente fixa um precedente atende ao postulado da legalidade, eis que delimitada previamente pela legislação processual (Brasil) e é proferida visando a interpretação da questão de fato e de direito objeto da controvérsia com vistas à uniformização do entendimento sobre a questão - para assim gerar a pacificação.

O critério da racionalidade inserto neste tipo de decisão traduz-se em unidade e coerência da ordem constitucional vigente, zelando pela real efetividade da jurisdição.

Ao fixar o precedente, a decisão passa a atuar no ordenamento jurídico como se norma posta fosse e a regular as situações jurídicas descritas em seu conteúdo, promovendo tratamento igualitário aos jurisdicionados por ela atingidos e, conseqüentemente, estabilizando essas relações jurídicas.

Quando o precedente interpreta com clareza os fatos objeto do embate judicial, utilizando as normas - sejam regras, sejam princípios - aplicáveis ao caso, se produz uma decisão firme e coesa e que se adere ao ordenamento revestida de integridade, afastando a incidência de arbítrios e fundamentações em desconformidade com os direitos e garantias fundamentais.

Desta forma, a possibilidade de dotar uma decisão de efeitos vinculantes no formato dos precedentes tem o condão de produzir uma atividade jurisdicional mais eficiente e que resolva mais casos em menos tempo, rumando para um sistema único e coerente de justiça. Mesmo que isto possa parecer utópico na realidade atual brasileira, o correto manejo do instrumento pode sim trazer as benesses descritas.

Os elementos cruciais desta decisão e que a revestirão de total legitimidade é contar com uma motivação adequada, onde se exponha com clareza, precisão e amparo no direito as razões de decidir (argumentação racional) e estar arrimada no contraditório, haja vista que uma decisão construída pelos interessados será apta a vincular as relações futuras (de forma direta ou por representação). Presentes estes elementos, será preservado e consolidado o caráter democrático da atividade jurisdicional, respeitando os direitos fundamentais.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adequada implantação do sistema de precedentes no Brasil é um grande desafio aos tribunais e juízes em razão dos poderes que eles possuem no desempenho de suas atividades, especialmente das cortes superiores, ao guiar não em menor dimensão que os demais atores sociais os rumos atuais e porvindouros da nossa sociedade.

A cultura jurídica típica de *civil law* e as condutas ativistas de muitos julgadores são fatores que podem dificultar a implantação adequada do modelo de precedentes consolidado pelo CPC/15 e, como foi inferido da análise de alguns julgados da corte constitucional brasileira, ainda há muito o que se discutir e amadurecer na prática processual para alcance e internalização do instituto e seus conceitos basilares.

E, diante deste fato, devem os julgadores pautarem sua atuação em consonância com as garantias processuais e na estrita observância da natureza, alcance e sentido dos precedentes, pois apenas assim bem desempenharão esse *múnus*, ressaltada ainda a necessidade de efetivamente proferirem decisões racionais e uniformes quando da definição do precedente, para que sejam aptas a, de forma segura e estável, regular as relações as quais se propuserem a fazê-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira. **Precedentes Judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa**. Curitiba: Juruá, 2014.

ALMEIDA, Marcelo Pereira. **O alcance do contraditório e da cooperação nos processos de dimensões coletivas**. Rio de Janeiro, Coluna Garantismo Processual. Empório do Direito. 2018. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-48-o-alcance-do-contraditorio-e-da-cooperacao-nos-processos-de-dimensoes-coletivas>>. Acesso: 07 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 654.432/GO**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14980135>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 846.854/SP**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14309140>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

CAMBI, Eduardo. **Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo | vol. 241/2015 | p. 413 - 438 | Mar / 2015 | DTR\2015\2133.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **DECISÃO DO RECURSO E INSTITUIÇÃO DO PRECEDENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2018/12/DECIS%C3%83O-DO-RECURSO-E-INSTITUI%C3%87%C3%83O-DO-PRECEDENTE-NO-SUPREMO-TRIBUNAL-FEDERAL-.pdf>>. Acesso em 08.10.2019.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. Novos Estudos CEBRAP, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da Justiça: alguns mitos. Temas de Direito Processual - Oitava Série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate.** Revista de Direito Processual - Unianchieta, v. 1, n. 1, p. 22/37, jan./jun. 2019.

ZANETI JR., Hermes. **Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil.** Revista de Processo | vol. 235/2014 | p. 293 - 349 | Set / 2014| DTR\2014\9800.

Data de Submissão: 13/09/2021

Data de Aceite: 16/11/2021