

POR QUE O PODER JUDICIÁRIO NÃO LEGISLA NO MODELO DE PRECEDENTES DO CPC/2015

Carlos Frederico Bastos Pereira¹

Introdução

Parte da doutrina vem defendendo a inconstitucionalidade do modelo de precedentes vinculantes do art. 927 do CPC/2015. Alegam que o Poder Judiciário não está autorizado a “legislar”, salvo quando permitido pela CF, como no caso das súmulas vinculantes². Contudo, como o modelo de precedentes representa uma mudança de paradigma na teoria do direito, é necessário que a cultura jurídica brasileira questione seus dogmas para compreender o tema.

Palavras-chave: precedentes – interpretação operativa – constitucionalidade – integração de trabalho.

Sempre foi disseminado que a formação jurídica brasileira pertence ao *Civil Law* e se baseia exclusivamente no direito legislado. Do outro lado desta tradição estão os países do *Common Law*, cujo direito é pautado nos precedentes judiciais (*judge make-law*).

Esse apego à lei é um resquício da Revolução Francesa, momento em que a lei escrita foi necessária para assegurar a liberdade individual dos cidadãos como instrumento de sua autonomia frente aos arbítrios estatais. Neste contexto, a separação de poderes foi fortemente estabelecida entre as funções do Estado: o Legislador produz normas, o Executivo

¹ Mestrando em Direito Processual pela UFES. Especializado em Direito Público pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogado.

² GAJARDONI, Fernando. *O Novo CPC não é o que queremos que ele seja*. Disponível em <<http://jota.info/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja>>; LENZA, Pedro. *Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>>; MAZZILLI, Hugo Nigro. *Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao>>; NERY JR., Nelson. *Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>>; STRECK, Lenio. *A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo?*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro>>; TESHEINER, José Maria. *Inconstitucionalidades gritantes no artigo 927 do novo CPC*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/317-artigos-set-2015/7376-inconstitucionalidades-gritantes-no-artigo-927-do-novo-cpc>>. Todos com acesso em 15.10.2015.

as implementa e o Judiciário as aplica em casos concretos, sem alterar seu conteúdo ou interpretá-las³.

Não foi diferente o destino desta tradição no Brasil, visto que a lei era fonte primária e única do direito (art. 126 do CPC/1973), relegando à jurisprudência um papel subsidiário e persuasivo. Assim, como o julgador deveria buscar a vontade concreta da lei⁴, juízes não interpretavam a lei para tomar suas decisões.

Todavia, o avanço na teoria da interpretação jurídica, ao diferenciar texto e norma⁵ e assumir a centralidade que esta assumiu no campo da teoria do direito, evidenciou que *interpretar é decidir*⁶. A lei é apenas o ponto de partida, sendo a norma resultado e não pressuposto da interpretação.

Diante de textos vagos e ambíguos, os juízes proferirão decisões interpretativas sobre o significado da norma legal. Nestes momentos, haverá a chamada *interpretação operativa*⁷, isto é, reconstrução da norma pelo julgador e devolução ao ordenamento jurídico de conteúdo normativo reconstruído. A interpretação operativa enseja a formação do precedente (aspecto material), desde a decisão seja qualificada como vinculante pelo art. 927 do CPC/2015 (aspecto formal). Ao revés, quando a norma for aplicada sem qualquer reconstrução do seu conteúdo, a lei será aplicada – o mesmo ocorre quando o *leading case* é aplicado sem alterar seu conteúdo normativo.

Vejamos um exemplo de interpretação operativa⁸: o art. 700 do CPC/2015 prevê que a ação monitória precisa de *prova escrita* para ser ajuizada, termo vago cuja dúvida impõe decisão judicial interpretativa. Nestes casos, serão consolidados precedentes visando estabelecer o que é e o que não é uma prova escrita. O STJ estabeleceu que o contrato de

³ “Segundo uma tradição que remete à Revolução Francesa, aos juízes é proibido pronunciar ‘*par voie de disposition générale et réglementaire*’ (art. 5º do Código Napoleônico) e, co-respectivamente, motivar as sentenças sobre a base única de precedentes judiciais que, por aquela via, tenham terminado por assumir o caráter de um *arrêt de réglament*, isto é, de uma verdadeira e própria lei.” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 145).

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana: Enrico Tullio Liebman, vol. II, Saraiva: São Paulo, 1943, p. 11.

⁵ Na doutrina internacional ver GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas*. 1ª ed. Quartier Latin: São Paulo, 2005. Na doutrina nacional ver ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionabilidade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. JusPodvim: Salvador, 2014.

⁶ GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas*, cap. VII.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. N. 43, p. 290-304, 1966; WROBLÉWSKI, Józef. Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*. N. 53-54, p. 409-419, 1971.

⁸ O exemplo pode ser encontrado em DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10ª edição, JusPodvim: Salvador, 2015, cap. 442.

abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário e o cheque prescrito constituem exemplos de prova escrita, inclusive, sumulando o entendimento (Súmulas nº. 247 e 299).

A compreensão da interpretação operativa combate a equivocada assertiva de que o Poder Judiciário estaria “legislando” em um modelo de precedentes. Esta expressão, por sinal, é uma contradição em termos por 02 (dois) motivos.

A uma, porque não há violação à separação de poderes. A criação da norma – geral e abstrata – é e continuará sendo uma prática privativa do Legislativo, respeitados os aspectos formal (liberdade no devido procedimento legislativo) e material (proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais)⁹. Por sua vez, a reconstrução da norma – geral e concreta – é tarefa inerente ao Judiciário, que não cria normas do vazio e sim as reconstrói de acordo com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e a tradição jurídica (art. 1º do CPC/2015).

A duas, porque não há violação ao princípio da legalidade. A legalidade deve ser compreendida não como lei em sentido estrito, mas como a conformidade com o ordenamento jurídico, aliás, como já consta do art. 140 do CPC/2015. A atividade do julgador sempre será tendencialmente cognitiva, pois partirá da lei para construção do precedente. A lei, portanto, é o primeiro limite à discricionariedade judicial em um modelo de precedentes vinculantes.

O CPC/2015 é um código do Estado Democrático Constitucional (art. 1º), com um compromisso interno de prestar a tutela jurisdicional de forma tempestiva, adequada e efetiva (art. 4º do CPC/2015) e um compromisso externo de preservar a coerência e integridade do ordenamento jurídico (art. 926 do CPC/2015). O cumprimento destes predicados somente ocorrerá através dos dois discursos produzidos pela decisão judicial: o discurso do caso visando à tutela dos direitos, e o discurso do precedente em prol da unidade do Direito¹⁰.

O modelo de precedentes poderá tornar-se a maior contribuição do CPC/2015 aos anseios de um sistema jurídico mais racional, desde que a sua aplicação seja compreendida a partir da integração de trabalho entre juízes e legisladores, com a finalidade voltada para a tutela dos direitos.

Referências bibliográficas

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, Malheiros: São Paulo, 2008, posfácio (p. 575-628).

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, v. 206, 2012,

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem, Malheiros: São Paulo, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana: Enrico Tullio Liebman, vol. II, Saraiva: São Paulo, 1943.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10ª edição, JusPodvim: Salvador, 2015.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. 1ª. ed. Quartier Latin: São Paulo, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. N. 43, p. 290-304, 1966.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, v. 206, 2012.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WROBLÉWSKI, Józef. Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*. N. 53-54, p. 409-419, 1971.

ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. JusPodvim: Salvador, 2014.