

CLAUDEVAN DA SILVA LIMA

**A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS
BRASILEIROS SOB A ÓTICA DA SEGURANÇA
JURÍDICA E DA EFETIVIDADE PROCESSUAL.**

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

São Paulo

2020.

CLAUDEVAN DA SILVA LIMA

**A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS
BRASILEIROS SOB A ÓTICA DA SEGURANÇA
JURÍDICA E DA EFETIVIDADE PROCESSUAL.**

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Nove de Julho – UNINOVE como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do professor Doutor Guilherme Amorim Campos da Silva.

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

São Paulo

2020.

Lima, Claudevan da Silva.

A teoria dos precedentes judiciais brasileiros sob a ótica da segurança jurídica e da efetividade processual. / Claudevan da Silva Lima. 2020. 148 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2020.

Orientador (a): Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva.

I. Precedentes judiciais. 2. Segurança jurídica. 3. Efetividade processual.
I. Silva, Guilherme Amorim Campos da. *II.* Título.

CDU 34


Claudevan da Silva Lima

**A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS BRASILEIROS SOB A ÓTICA DA
SEGURANÇA JURÍDICA E DA EFETIVIDADE PROCESSUAL**

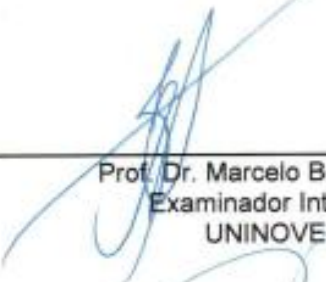
Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado em
Direito da Universidade Nove
de Julho como parte das
exigências para a obtenção do
título de Mestre em Direito

São Paulo, 05 de março de 2020.

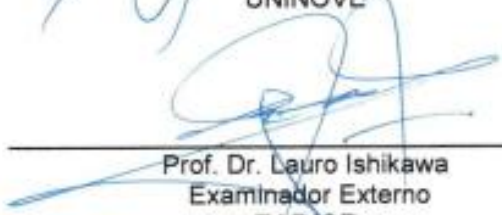
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva
Orientador
UNINOVE



Prof. Dr. Marcelo Benacchio
Examinador Interno
UNINOVE



Prof. Dr. Lauro Ishikawa
Examinador Externo
FADISP

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família que é fonte e motivação para todos os dias continuar avançando na vida: minha esposa Rose, pela paciência e compreensão das muitas horas de minha ausência; e a minha filha Sophia pelo incentivo, ajuda e preocupação: - “Quantas folhas você escreveu hoje pai? ”.

Aos meus pais Agnaldo (*in memorian*) e Josefa, que mesmo sendo iletrados, souberam me guiar com toda sua simplicidade e humildade pelo caminho da educação, da honra e do respeito.

Ao meu orientador, Professor Doutor Guilherme Amorim Campos da Silva, pela paciência, dedicação e seriedade com que cumpriu o seu mister de bem me direcionar, sendo vigoroso nas cobranças acadêmicas e de pesquisa, e exigente quanto ao comprometimento do aluno com os resultados a serem alcançados. E apenas assim, diante da sua brilhante postura, conseguimos concluir o presente trabalho. E ainda a sua pergunta que para sempre ecoará em minha lembrança: - “Qual é a hipótese da sua pesquisa? ”.

Agradeço, ainda, ao Professor Doutor Márcio Manoel Maidame, pela ajuda, pelo exemplo, brilhantismo e pelo conhecimento demonstrado em suas exposições, que resultou em grande admiração e no desafio pessoal angariar maior conhecimento na área do Processo Civil, enxergando no caro mestre um exemplo e referencial a ser seguido.

A instituição Uninove, que concedeu a possibilidade de alcançar um dos meus sonhos com a obtenção do título de Mestre, sonho esse alcançado pela concessão da bolsa integral de estudos, e pela oportunidade e confiança depositadas, as quais sou extremamente grato.

Por fim, agradeço a todas amígdas conquistadas, e a todos que contribuíram, ajudaram ou incentivaram de alguma forma nessa árdua, porém prazerosa conquista.

*“NÃO SABENDO QUE ERA IMPOSSÍVEL,
ELE FOI LÁ E FEZ”.*

Jean Cocteau

RESUMO

A presente dissertação objetiva analisar a teoria dos precedentes judiciais brasileiros à luz dos princípios constitucionais com destaque para a segurança jurídica e a efetividade processual. Para tanto, se torna indispensável a análise da formação do precedente judicial no sistema *common law*, sua origem e a adequação de partes deste sistema em nosso ordenamento jurídico que se utiliza do sistema da *civil law*, criando um sistema misto de aplicação de precedentes muito característico no Brasil. Diante desse sistema misto de precedentes, o qual se pretende aperfeiçoar e desenvolver em nosso ordenamento, será necessário enfrentamento dos conflitos doutrinários e jurisprudenciais sobre a sua constitucionalidade, legalidade e legitimidade. Será utilizado o método hipotético dedutivo para enfrentamento das divergências levantadas, sendo ainda necessário a utilização de apontamentos históricos, sociológico e uso da interpretação sistêmica, dado a análise dos sistemas consuetudinário e positivo. Ao final, vencidas as etapas objetivadas no presente trabalho, veremos se o intuito do legislador foi alcançado, ao pensar um sistema misto de precedentes vinculativos, que valorizem a segurança jurídica, a efetividade processual, a unicidade e racionalidade do Direito.

Palavras chave: Precedentes judiciais. Segurança jurídica. Efetividade processual.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the theory of judicial precedents Brazilians in the light of constitutional principles with emphasis on legal security and procedural effectiveness. To this end, it is essential to analyze the formation of the judicial precedent in the common law system, its origin and the adequacy of parts of this system in our legal system that uses the civil law system, creating a mixed system of application of precedents very characteristic in Brazil. Given this system mixed precedent, which is intended to improve and develop in our order, it will be necessary to face doctrinal and jurisprudential conflicts over their constitutionality, legality and legitimacy. The hypothetical-deductive method will be used to face the divergences raised, being still necessary the use of historical, sociological notes and use of systemic interpretation, given the analysis of customary and positive systems. At the end, after the stages objectified in the present work, we will see if the legislator's intention was achieved, when thinking about a mixed system of binding precedent, which values legal certainty, procedural effectiveness, uniqueness and rationality of law.

Keywords: Judicial precedents. Legal certainty. Procedural effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	12
1.1 Conceitos fundamentais.	16
1.1.2 <i>Ratio decidendi e obiter dictum</i>	16
1.1.3. <i>Distinguishing e overruling</i>	18
1.1.4. <i>Stare decisis</i>	20
1.2 Conflito ideológico constitucional sobre a teoria dos precedentes no Brasil.....	21
1.2.1. Da forma de criação do precedente no Brasil e sua adoção ou imposição.	22
2. PRECEDENTES JUDICIAIS	23
2.1. Precedente: Conceito.....	23
2.2. Enfoque histórico: Absolutismo, <i>common law</i> e <i>civil law</i>	24
2.2.1. Teoria da jurisdição.....	28
2.3. Precedentes e a <i>common law</i>	32
2.3.1 A hierarquia da Corte inglesa e a força do precedente.....	33
2.3.2. <i>Common law</i> e o Direito Norte Americano.....	36
2.4. Precedentes e a <i>civil law</i>	38
2.4.1. A Corte de Cassação francesa.	41
3. PRECEDENTES JUDICIAIS E A BUSCA DA SEGURANÇA JURÍDICA	43
3.1. Segurança jurídica: Conceito.	45
3.2. A segurança jurídica no Estado democrático de Direito.	49
3.2.1. A segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência: dos Assentos portugueses às Súmulas brasileiras.	51
3.3. A Reforma do Poder Judiciário.....	59
3.3.1. A repercussão geral como precedente obrigatório.	62
3.3.2. A Súmula Vinculante.....	67
4. NEOPROCESSUALISMO E A BUSCA DA EFETIVIDADE PROCESSUAL COM A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS	76
4.1. O Código de Processo Civil e a quebra do paradigma no direito brasileiro com a evolução no conceito de interpretação da jurisdição.....	85
4.1.1. A reconstrução da norma jurídica pela evolução da interpretação hermenêutica na vigência do Estado Constitucional valida a utilização dos precedentes judiciais obrigatórios	89
4.2. Os precedentes judiciais obrigatórios do Código de Processo Civil.....	93
4.2.1. Força persuasiva.....	98

4.2.2. Eficácia vinculante.....	99
4.2.3. Força vinculante.....	99
4.3. As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.....	102
4.3.1. Os enunciados de súmula vinculante.	103
4.3.2. Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.	104
a) o incidente de assunção de competência.....	104
b) incidente de resolução de demandas repetitivas.	106
c) julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.	115
4.3.3. Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.	118
4.3.4. A orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.	121
4.4. Hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores: maioria absoluta x maioria qualificada; integridade, estabilidade e coerência.....	123
4.5. O Código de Processo Civil e o marco pela efetividade processual com a utilização dos precedentes judiciais.....	130
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	134
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	140

INTRODUÇÃO.

Com o advento da promulgação do Código de Processo Civil, que entrou em vigência em 18 de março de 2016, trouxe em seu bojo uma preocupação com a celeridade, efetividade e economia processual, percebeu-se que os legisladores tinham por direcionamento a confecção de um Código de Processo Civil mais enxuto e efetivo, que pudesse atender as necessidades dos demandantes e do Estado.

O atual Código de Processo Civil, se apresentou como sendo dinâmico e por ser pensado e redigido com ajuda de advogados quando da elaboração do projeto de lei, preocupou-se muito em atender mais a dinamicidade do que a rigidez das formas.

Dessa forma também foi pensado o sistema de precedentes para uniformizar a jurisprudência conforme o direcionamento dos Tribunais Superiores.

Ao fazermos a análise dos artigos 926 a 928 do Código de Processo Civil, vemos a preocupação dos Tribunais em uniformizar a jurisprudência de modo a mantê-la estável, íntegra e coerente. Essa inovação inserida no Código de Processo Civil brasileiro, diante das controvérsias teóricas que geraram, se apresenta como a teoria dos precedentes.

Classicamente o sistema de precedentes é importado e tem a sua origem no direito anglo-saxônico, *common law*, e os precedentes judiciais nesse sistema são dotados de legitimidade vinculante. Ao passo que os países que seguem a *civil law*, tradicionalmente de origem romano-germânica, como o Brasil, os precedentes possuem caráter não vinculante, mas apenas de orientação das decisões dos Tribunais Superiores, o que vem mudando pouco a pouco com o passar do tempo.

Com esse sistema misto de precedentes adotado pelo Código de Processo Civil, com a tentativa de uniformização da jurisprudência observa-se o claro sentido de trazer aos jurisdicionados a segurança jurídica e efetividade, baseado no princípio da confiança e duração razoável do processo usando como ferramenta a utilização do precedente judicial dando-lhe a força vinculante necessária.

Por outro prisma, com a força vinculante dos precedentes, o que se busca e pretende em primeiro momento é o alívio do já sobrecarregado sistema judicial, devido ao enorme número de demandas e recursos, na tentativa de alinhar as decisões judiciais, buscando efetividade no trâmite do processo para atender os princípios constitucionais e processuais.

O presente trabalho será dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo procuraremos apresentar alguns conceitos fundamentais relacionados ao sistema *common law*, para uma melhor compreensão e aprofundamento, com fixação de algumas premissas básicas desse sistema.

No segundo capítulo, traçaremos, inicialmente um conceito de precedente judicial, e a forma que é compreendido em nosso ordenamento jurídico. De modo a entendermos melhor as diferenças entre as duas famílias do direito, faremos uma análise histórica, na qual poderá se depreender as principais diferenças entre o sistema *civil law* e *common law*, e como as escolhas feitas por um e por outro sistema jurídico ampliou ainda mais as diferenças entre precedentes vinculantes e um sistema de jurisprudência persuasiva.

Já no terceiro capítulo, trataremos da importância da segurança jurídica e da sua evolução em cada sistema. Trataremos de fatores que possibilitaram uma evolução hermenêutica na busca e manutenção deste instituto, e como se deu esta evolução em nosso sistema jurídico.

No derradeiro capítulo quarto, trataremos da evolução do pensamento jurídico com o desenvolvimento hermenêutico, que culminou com a busca da segurança jurídica, não sendo mais essa encontrada na lei, mas sim na norma. Observando ainda que o Código de Processo Civil, empenhado na busca da efetividade, trouxe considerações marcantes como a aproximação aos princípios constitucionais, se utiliza dos precedentes judiciais obrigatórios para trazer racionalidade e igualdade ao sistema.

Adentraremos, ainda, aos conflitos constitucionais de divergências de entendimentos com relação a legalidade e legitimidade dos precedentes, de modo a entender o seu papel na busca da segurança jurídica e da efetividade processual.

Para tanto, nos utilizaremos no método hipotético dedutivo, cabendo informar que o presente trabalho se vincula a linha de pesquisa 1 (justiça e o paradigma da eficiência) no programa de Mestrado da Uninove (Universidade Nove de Julho).

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A presente dissertação concentra-se no estudo da teoria geral dos precedentes judiciais brasileiros, e se a sua utilização em nosso ordenamento jurídico surtirá o efeito esperado pelo legislador de uniformizar a jurisprudência aumentando a segurança jurídica e efetividade processual, analisando crítica e juridicamente o direito consuetudinário da *common law*, aplicado no direito romano germânico da *civil law*, que é adotada pelo nosso ordenamento, nos apresentando um direito híbrido com peculiaridades específicas.

Estabelecida as premissas iniciais, analisaremos os usos das ferramentas e dos procedimentos processuais e os seus manejos apresentados pelo artigo 927, do Código de Processo Civil; enunciados de Súmula Vinculante, Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, Assunção de Competência e julgamentos de Recursos Extraordinário e Recurso Especial repetitivos de modo a aprofundarmos os apontamentos e enfrentarmos as críticas que surgirem no decorrer deste trabalho.

Analisaremos os pressupostos dessa teoria mista de aplicação de precedentes a partir da hermenêutica jurídica e o seu viés constitucional de sua aplicação em nosso ordenamento pátrio.

Para tanto, lançando mão de uma breve análise histórica, será necessário adentrar as origens da sistematização da *common law* e traçar as origens da criação dos precedentes nesse sistema. E fazer um paralelo com suas discrepâncias em um sistema de aplicação de leis interpretativas em um modelo vinculativo, como o modelo adotamos.

Como objetivo central da presente dissertação, buscar-se-á a análise aprofundada e pontual da teoria de precedentes adotada pelo Brasil, analisar as suas complexidades e delinear sua aplicabilidade com a observância necessária da Constituição Federal, segurança jurídica e da efetividade processual pretendida pela lei.

Os objetivos específicos podem ser definidos como desmistificação ou subsunção das críticas apresentadas a teoria dos precedentes, como: risco de engessamento das decisões jurisdicionais e do próprio Judiciário; ofensa ao princípio da independência e autonomia do juiz e lesão ao princípio da separação dos poderes.

Diante da sistemática adotada pelo Código de Processo Civil em relação a utilização do precedente e como ela se apresenta, no decorrer dos estudos, e pesquisa, por certo, outros

questionamentos surgirão e precisarão ser enfrentados à luz da Constituição e dos seus princípios constitucionais, visto que em alguns casos concretos, a norma poderia em tese, contrariar a lei, ou seja, em outras palavras, a lei se apresenta como geral e abstrata, e o seu cumprimento é cogente, impositivo, a norma se apresenta como uma conduta a ser seguida, sem a obrigatoriedade impositiva, mas de grande importância ao ser analisada, posto que, por observar os princípios gerais do direito e os costumes, a norma evolui muito mais rápido que a lei e atende os padrões e exigências sociais em determinado tempo e época.

Em um sistema adotado pelo Brasil de *civil law*, é observada a lei e sua aplicação impositiva, e em um sistema de *common law* as normas são apreciadas e consideradas, e com a legitimidade alcançada, são utilizadas em casos semelhantes, formando o precedente. Nesse sistema híbrido, mediante a elaboração das teses jurídicas apresentadas para a formação dos precedentes, como se apresentaria tal conflito aparente?

Assim prevê a Constituição em seu artigo 5º inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Como se daria tal interpretação diante da obediência ao precedente de força vinculante, como aponta Lênio Luiz Streck, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude do precedente ? (STRECK, 2016. sem paginação).

Evidente que toda interpretação jurídica necessariamente precisa emanar da Constituição para ter vigência e validade, contudo, ao aplicar o sistema de precedentes do Código de Processo Civil, é indispensável fazer o cotejo principiológico a luz da Carta Magna e respeito ao princípio da legalidade e dos demais princípios constitucionais, e não da sua mitigação.

Neste contexto vemos instrumentos específicos da *common law* que necessariamente serão importados e utilizados nesse sistema híbrido a ser desenvolvido, quais sejam o *overruling* (técnica de superação do precedente), *distinguishing* ou distinção (indicação da individualização apresentando as especificidades do caso para não aplicação do precedente), *stare decisis* (obrigatoriedade de cumprimento da decisão proferida, o precedente em si) *obiter dictum* (argumentos utilizados na análise da tese para se chegar a formação do precedente), *ratio decidendi* (núcleo da decisão paradigma a ser utilizada em outras decisões análogas), como veremos de forma mais aprofundada no transcrito do trabalho.

Partindo do nosso sistema de aplicação das leis, calcado na *civil law*, em seu bojo encontra-se as ferramentas necessárias para aplicação da segurança jurídica, que precisam ser

obrigatoriamente observados, ficando o aplicador da lei restrito à sua margem de interpretação sendo observada e respeitada a Constituição Federal.

Quando se fala em formação dos precedentes, ao arbítrio do julgador, perder-se a referência de segurança jurídica, e as salvaguardas fixadas na Constituição Federal, deixando o judiciário de aplicar normas e passando a criar normas, função esta do Legislativo, buscando uma efetividade para desafogar o sobrecarregado judiciário.

Desse modo, atualmente a doutrina apresenta pontos de vista antagônicos defendendo a constitucionalidade da aplicação da teoria dos precedentes, e uma outra corrente questiona a inconstitucionalidade baseada no fato que o judiciário passaria a editar e criar normas com base na interpretação e criação destes precedentes com força vinculante, que no momento oportuno, aprofundaremos o debate.

Diante do crescente ativismo judiciário em nosso ordenamento, pelo fato do brasileiro ter em sua essência uma litigiosidade latente adquirida com grande visibilidade após a Constituição de 1988, que conferiu ao cidadão muitos direitos e garantias fundamentais, observando e obedecendo até uma imposição mundial de valorização de direitos, houve grande sobrecarga do nosso judiciário.

Em observância à teoria dos precedentes judiciais brasileiros, inquestionavelmente visa o legislador em primeiro momento, e em um curto lapso temporal, o desafogo do sobrecarregado judiciário, dando força vinculante aos Tribunais Superiores que imporão as suas decisões, não mais de forma interpretativa, mas por força vinculativa dos precedentes. De modo que se chegou a esse estágio de imposição e necessidade de uniformização, posto que os juízes de esteio têm por tradição, movido pelo livre convencimento motivado, aplicar decisões que lhes parecem adequadas, considerando a sua interpretação, e por consequência, não atendendo ou obedecendo as decisões das instâncias superiores.

Considerando ainda a litigiosidade do brasileiro, que para ver a sua pretensão deferida vai até às últimas instâncias, se utilizando de todos os recursos e meios possíveis para conseguir o seu intento com o deferimento favorável de sua pretensão, possuindo por pressuposto as várias interpretações e decisões dadas a casos parecidos justificando a sobrecarga judiciária.

Em um segundo momento, visa justamente uniformizar o entendimento do judiciário unificando e aplicando a sua jurisprudência dominante, no intuito de tentar diminuir as interpretações que possam ensejar vários recursos às instâncias superiores. Em outras palavras,

o livre convencimento motivado do magistrado não pode comprometer a isonomia entre os jurisdicionados, ou seja, a aplicação dos precedentes segue em busca da segurança jurídica, e também em busca da efetividade processual para o desafogo dos tribunais.

Nesse primeiro momento é indicado como problemática do trabalho a qual se pretende discorrer, além dos conflitos ideológicos constitucionais indicados acima, e também sobre a legalidade e a legitimidade dos precedentes, é o fato do Judiciário que fora criado para aplicar regra em observância aos princípios constitucionais, passar a criar normas e impô-las.

Lembrando que em âmbito legal temos as garantias impostas na lei garantidoras da segurança jurídica, ao passo que com essa teoria de precedentes os Tribunais terão por base a jurisprudência para edição dos precedentes vinculantes, considerando as melhores decisões como paradigma, contudo, os nossos Tribunais Superiores apresentam jurisprudência, por vezes, divididas e não unânime, gerando conflito até mesmo dentro da sua própria Corte, dividindo as turmas quanto as suas decisões.

Espera-se decisões vinculativas de qualidade, contudo, em seu bojo, já nasçam sobre entendimento questionável e não uniforme dentro das próprias turmas e ainda, com um judiciário fazendo valer as suas decisões de modo impositivo, vinculando as decisões dos juízes *a quo*, questiona-se se haverá mitigação de princípios constitucionais, ou simples adequação axiológica interpretativa para aplicar os precedentes decididos?

No intuito de tentar responder aos questionamentos da problemática, através do método hipotético dedutivo, será necessário se utilizar da análise aprofundada da lei, jurisprudência e princípios gerais do direito, analisando ainda a hermenêutica e axiologia jurídica vinculadas a tratativa do tema proposto.

Se os precedentes brasileiros alcançarão o seu intento de reduzir o número de demandas e recursos nos Tribunais Superiores, trazer segurança jurídica uniformizando o entendimento jurisprudencial, sendo mais efetivo em âmbito processual, no presente momento, não sabemos. Contudo, as questões suscitadas nesse breve trabalho hão de ser enfrentadas e respondidas, a título de contribuição acadêmica a qual se propõe ao desafio o presente subscritor.

Proposto o desafio do presente trabalho, inicialmente como base da fundamentação teórica, é importante salientar o conflito doutrinário presente com relação a legalidade e

legitimidade da aplicação dos precedentes, e da forma de como se apresenta em nosso ordenamento, o qual também pretende discorrer.

1.1 Conceitos fundamentais.

Como indicado acima, para a utilização dos precedentes judiciais extraídos do direito anglo-saxônico, e para a sua utilização no direito romano-germânico, objetivando uma maior compreensão, foram também importados alguns conceitos característicos daquele sistema *common law*. Assim, como inevitavelmente, abordaremos alguns desses itens no decorrer do presente trabalho, faz-se necessário algumas observações em relação aos seus conceitos fundamentais.

1.1.2 *Ratio decidendi* e *obiter dictum*.

A *ratio decidendi*, ou razão de decidir, é o fundamento jurídico que leva o intérprete a solução de um determinado caso concreto, ou seja, a opção hermenêutica ou a tese jurídica que sustentam a solução de determinado caso.

No direito norte-americano a *ratio decidendi* é conhecida por *holding*, e segundo José Rogério Cruz e Tucci, trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador, na análise do caso concreto, e constitui a essência da tese jurídica suficiente para indicar os fatores relevantes da causa, do raciocínio lógico da decisão que parte do intérprete, e o juízo decisório.

A *ratio decidendi* - ou, para os norte-americanos, a *holding* - são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. “A *ratio decidendi* (...) constituía essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”. Ela é composta: (i) da indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), (ii) do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e (iii) do juízo decisório (*judgement*). (TUCCI. 2004, p. 175).

E ainda, conforme o citado autor, outro julgador não precisa indicar na decisão judicial qual é a *ratio decidendi*, mas é o órgão responsável por sua aplicação que deverá identificá-la, interpretá-la e aplicá-la diante dos casos em julgamento¹.

¹ Desse modo o autor dá a entender que mesmo diante de uma decisão que serve como precedente, o julgador possui autonomia para dar outra interpretação, o que possibilita o conhecimento de sistema como *judge-made*

Importante ainda salientar que a *ratio decidendi* não se confunde com nenhum dos elementos da decisão judicial, ou seja, relatório, fundamentação e dispositivo, mas a sua constituição se dá a partir desses elementos. Em nosso ordenamento pátrio, é chamada de motivo determinante de uma decisão. E é o motivo determinante da decisão, que deve transcender a eficácia de uma decisão judicial proferida, e, de modo a ser identificada em casos semelhantes deverá ser extraído o precedente judicial para a aplicação com eficácia vinculante.

Já analisando questões peculiares do sistema misto de precedentes adotados no Brasil, logo de partida, identificamos a utilização do precedente, portanto da sua *ratio decidendi*, em casos que se destinam a interpretar questões relativas às leis federais – especificamente nos casos do Superior Tribunal de Justiça – e também em casos de decisões do Supremo Tribunal Federal com relação as decisões proferidas em recursos extraordinários e especiais, e em decisões proferidas em controles de constitucionalidade, que melhor analisaremos a diante.

Por seu turno, o *obiter dictum*, ou apenas *dictum*, é o argumento jurídico, as considerações, os comentários expostos na sentença apenas de “passagem”² na motivação de determinada decisão. É observado também como juízo normativo acessório, provisório ou secundário, e desenvolvimento jurídico hermenêutico que não tem influência relevante e substancial para o deslinde da controvérsia.

Embora não seja dotado de vinculação, de modo a não servir como precedente, *obiter dictum* não é totalmente dispensável, como acentua René David,³ os elementos utilizados de passagem podem sinalizar uma futura orientação do tribunal (DAVID. 2002, p. 430). No mesmo sentido entende José Rogério Cruz e Tucci: “O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão.” (TUCCI. 2004, p. 177)

law. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175. “A própria noção de precedente resulta da possibilidade de novos juízes darem sentidos ao mesmo texto [...]. Assim, muito embora o texto do julgado que serve como precedente seja necessariamente preexistente, fica auto evidente que o seu sentido o intérprete dará quando lhe der outra normação (e é por isso que o sistema também é conhecido como *judge-made law*).

² Neil Duxbury entende que *obiter dictum* pode ser opiniões judiciais de passagem desnecessárias ou desconectadas com os fatos do caso. (DUXBURY. 2008, p. 68)

³ Assim aponta o citado autor: Na tradição do *common law*, já se diz que, se não tem a força vinculante habitualmente conferida à *ratio decidendi*, o *dictum* é dotado de força persuasiva, de convencimento, cuja intensidade dependerá da autoridade e prestígio daquele tribunal que o enunciou, da precisão com que investigou e apreciou o caso e de outras peculiaridades que variam em cada caso.

1.1.3. *Distinguishing e overruling.*

Se tratando das técnicas de confronto de interpretação, ou de superação do precedente, temos os termos *distinguishing* e *overruling*.

Ao analisar o precedente, o órgão julgador ao qual está vinculado, fará a análise se o caso em julgamento está em circunstâncias iguais a decisão anteriormente tomada, a qual deverá ser obrigatoriamente seguida. Assim fará uso de um método de comparação analisando os elementos objetivos da demanda, confrontando com os elementos caracterizadores da decisão anteriormente firmada.

Entendendo o julgador após a sua análise, que os casos são idênticos do ponto de vista normativo jurídico, aplicará o precedente firmado, utilizando a *ratio decidendi* que formou a decisão anterior do precedente, que poderá ser aplicado no presente caso. Contudo, entendendo que o caso analisado não se aplica devidamente ao caso paradigma,⁴ deverá fazer a distinção, com a devida fundamentação, na qual apontará e identificará os pontos distintos.

Assim como o juiz necessita interpretar a lei, nesse caso cabe ao mesmo interpretar o precedente para verificar a sua adequação a situação concreta, ou seja, resta evidenciado que o magistrado não será apenas um mero aplicador de decisões anteriormente firmadas, identificando assim a possibilidade de mudança em entendimentos consagrados, porém que podem ser mutáveis, desmistificando o entendimento de imutabilidade ou de enrijecimento do direito.

Nesse sentido preleciona Fredie Didier:

O direito à distinção é um corolário do princípio da igualdade. A ele corresponde um dever de o órgão julgador proceder à distinção - dever esse consagrado em diversos dispositivos da legislação brasileira. A distinção se impõe na aplicação de qualquer precedente, inclusive os vinculantes (enunciado n. 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Percebe-se, com isso, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais, cuja *ratio decidendi* (tese jurídica) poderá, ou não, ser aplicada a um caso posterior, a depender de traços peculiares que o aproximem ou afastem dos casos anteriores. Isso é um dado muito relevante, sobretudo para desmistificar a

⁴ Para Cruz e Tucci, o *distinguishing* é um método de confronto, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma. Sendo assim, pode-se utilizar o termo '*distinguish*' em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método) – como previsto no art. 489, § 1º, V, e 927, § 1º, CPC; (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado), a chamada "distinção", na forma em que consagrada no art. 489, § 1º, VI, e 927, § 1º, CPC. (TUCCI. 2004, p. 174)

ideia segundo a qual, diante de um determinado precedente, o juiz se torna um autômato, sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por outro órgão jurisdicional. Não é bem assim. Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi* (art. 489, § 1º, V, e art. 927, § 1º, CPC). (DIDIER, OLIVEIRA, BRAGA. 2015, p. 492-493)

Entendendo pela aplicação do *distinguishing*, o magistrado procurará seguir uma das opções; poderá dar a *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, tendo em vista que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica já firmada (*restrictive distinguish*), e julgará o processo livremente, sem a vinculação ao precedente. Ou poderá estender ao caso a mesma solução conferida anteriormente, entendendo que as peculiaridades do caso concreto são aplicáveis a mesma tese jurídica já firmada, contudo, estendendo o seu entendimento e extensão fundamentadamente, indicando a distinção entre a *ratio decidendi* firmada, e os motivos da ampliação, (*ampliative distinguishing*).

Por sua vez, a técnica de superação do precedente judicial é chamada de *overruling*.

Conforme entendimento de Fredie Didier, é a técnica através da qual o precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. (DIDIER. OLIVEIRA, BRAGA. 2015, p. 494).

Ainda, o citado autor indica o caso de *express overruling*, quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, ou quando abandona a anterior, e *implied overruling*, quando há revogação tácita ou implícita, porém essa modalidade de revogação nesses parâmetros não é admitido em nosso ordenamento jurídico, considerando a exigência de fundamentação adequada e específica para superação de uma determinada orientação jurisprudencial, conforme descrito no artigo 927 § 4º do Código de Processo Civil.

A possibilidade da mudança de entendimento, que gera a superação de determinado precedente é inerente ao sistema judicial, tanto no *common law*, como em nosso sistema.

Há outros motivos também que possibilitam a modificação do precedente vinculante, conforme descreve o enunciado 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Enunciado 322 - A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria.

Sendo adotado novo entendimento, este deve ser estendido a todos os casos que se assemelham aquele que deu origem, em nome da igualdade. E considerando a segurança jurídica e o interesse social, deve-se dar racionalidade ao sistema para que o jurisdicionado possa ter confiança em uma jurisprudência consolidada, e pela coerência esperada do sistema obterá decisão conforme o entendimento predominante.

1.1.4. *Stare decisis*.

Por uma questão de racionalidade, e por princípio básico da administração da Justiça, entende-se que casos iguais devem ser decididos igualmente, *trade like cases alike*. Isso justifica o porquê de o precedente judicial ter minimamente um efeito persuasivo, independentemente da tradição jurídica a qual faça parte.

No sistema *common law*, observa-se que o juiz não pode desapontar os cidadãos, o que aconteceria se estes fossem surpreendidos por uma decisão que nunca poderia ter sido imaginado antes. Pois os cidadãos costumam traçar as suas condutas de acordo com os termos das decisões judiciais. Deste contexto, subtrai-se o entendimento de que a previsibilidade e a segurança jurídica são inerentes ao Estado de Direito, pois a sua manutenção vai de encontro as expectativas dos cidadãos.

O direito inglês tem por característica histórica seguir os precedentes, e o *stare decisis* se apresenta como forma de manter a uniformidade, solidez e previsibilidade do que fora decidido anteriormente em uma aplicação futura em casos iguais, ou seja, propagar uma decisão anteriormente efetuada a casos posteriores.

E uma das características marcantes da doutrina inglesa do precedente, com relação ao *stare decisis* é a sua força coercitiva.⁵ Assim, a doutrina do *stare decisis* é observada pelos tribunais, respeitada pela comunidade jurídica e apoiada pela sociedade, e que muito perdurou no direito inglês, como veremos no aprofundamento histórico a diante.

⁵ A teoria do *stare decisis* relaciona-se vem do latim *stare decisis et non quieta movere* – mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido. Juridicamente, o emprego da expressão denota que os precedentes firmados por um tribunal superior são vinculantes para todos os órgãos jurisdicionais inferiores dentro de uma mesma jurisdição. Trata-se de uma teoria típica dos sistemas judiciais que valorizam sobremaneira a força dos precedentes – *binding precedent*. Assim, por exemplo, pelo *stare decisis*, uma decisão da Corte Suprema tem capacidade de vincular todos os demais juízes e tribunais.

Conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier, o sistema de precedentes vinculantes faz com que as cortes ajam em duas dimensões: resolvem conflitos, isto diz respeito ao passado; e tem o papel para fazer direito, criando regras para o futuro. A primeira função atinge uma audiência limitada: réu e o autor. A segunda atinge uma audiência mais ampla, o que inclui o público, tribunais, a mídia, os acadêmicos e outros tribunais. (WAMBIER. 2009, versão on-line, sem paginação).

O que possibilita a utilização do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro são dois fatores marcantes ocorridos historicamente: o primeiro se relaciona com o abrandamento do *stare decisis* nos países que fazia o seu uso citando no caso os Estados Unidos e a Inglaterra, e o outro fator se relaciona com a busca do sistema brasileiro pela segurança jurídica e pela efetividade processual, primando por uma jurisprudência mais forte, com vinculação de determinadas decisões para trazer aos jurisdicionados previsibilidade e manutenção das suas expectativas e confiança na ordem jurídica estabelecida.

1.2 Conflito ideológico constitucional sobre a teoria dos precedentes no Brasil.

A divisão doutrinária quanto à aplicação da teoria dos precedentes é latente nos bancos acadêmicos, posto que está se discutindo uma das grandes mudanças, inovações ou aperfeiçoamento trazidos pelo novo Código de Processo Civil.

Apenas a título de exemplo inicial, autores como Lênio Luiz Streck entendem que a teoria de precedentes não pode ser adotada em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista, que a eficácia atribuída às decisões judiciais decorre da lei, e não do respeito histórico das decisões judiciais, no qual o judiciário passaria a editar normas ao invés de apenas aplicá-las. (STRECK. 2016. Op. cit.)

Ao passo que autores como Fredie Didier Júnior entendem que é possível a aplicação do precedente tal como se apresenta, tendo em vista que é o produto da atividade jurisdicional; “(...) o precedente é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, esse fato ocorrerá.”⁶ (DIDIER JR. CUNHA. 2016, p. 441).

⁶ No mesmo sentido de entendimento de Fredie Didier, Luiz Guilherme Marinoni também entende que qualquer decisão judicial pode ser entendida como precedente, e no decorrer deste trabalho apresentaremos pontos de vistas diferentes desse entendimento, demonstrando que não é toda decisão judicial que pode ser identificada como um precedente.

Nesse contexto, far-se-á necessário adentrar ao conflito aparente apresentado, analisando as suas bases e tentando se chegar conclusão sobre efetividade, legalidade e legitimidade dos precedentes vinculantes no sistema brasileiro.

1.2.1. Da forma de criação do precedente no Brasil e sua adoção ou imposição.

Ainda, analisaremos a forma de como se dará a criação dos precedentes no Brasil. Nesse aspecto é importante considerar a legitimidade e a legalidade de sua formação e aplicação.

Discorrendo de modo objetivo, o precedente judicial no Brasil será revestido de aparente legalidade, tendo em vista a sua imposição pelos Tribunais Superiores que buscarão uniformizar a jurisprudência para garantir uma previsibilidade nas decisões dos tribunais inferiores com o objetivo de trazer estabilidade, confiabilidade e segurança jurídica das decisões.

Em que pese a sua aparente legalidade, ficaremos ao acaso, ou à sorte, durante a formação do precedente vinculante, tendo em vista que, ao ser formado, os Tribunais Superiores, com base em suas interpretações atenderão a realidade sócio político-jurídica no momento de sua criação. Nesse contexto o Brasil apresenta por sua formação histórico-jurídica, muitas decisões conflitantes baseadas justamente na hermenêutica jurídica adotada para atender determinados anseios. Podendo até serem juridicamente legais, mas de legitimidade duvidosa.

O contraponto necessário se dá justamente na formação do precedente adotado pelo sistema da *common law*, sabendo que inicialmente se procede uma decisão para um determinado caso, e considerando que esta decisão trará justiça entre as partes colidentes, inicialmente se obterá a legitimidade entre as partes com aceitação da decisão. A partir desta legitimidade, e da aceitação da sociedade, os Tribunais adotam esta decisão a outros casos, e por sua vez, as Cortes Superiores se apossando da legitimidade presente em virtude da sua aceitação a adotam como paradigma, revestindo neste momento de legalidade e aplicando a decisão como precedente judicial.

Assim como no aparentemente conflito constitucional indicado acima, pretende-se aprofundar a pesquisa nas questões aqui suscitadas sobre a legalidade e a legitimidade da aplicação dos precedentes judiciais no sistema brasileiro bem como a busca pela segurança jurídica e efetividade processual pretendida pelo legislador.

2. PRECEDENTES JUDICIAIS.

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigência em março de 2016, restou evidente em sua estruturação e em seus dispositivos a mudança e a busca por um direito processual mais ágil, sincrético, com observância mais prática e menos exigência ao formalismo que estampava o Código anterior de 1973. O legislador procurou meios para obter maior celeridade processual e também para observância e maior respeito a jurisprudência no intuito de dar ao jurisdicionado maior previsibilidade as demandas judiciais, e traçou também quando os juízes e tribunais obrigatoriamente deveriam respeitar as decisões e jurisprudências das Cortes superiores.

Nesse diapasão nos foram apresentados os artigos 926 a 928 do Código de Processo Civil com a função precípua de uniformizar a jurisprudência, e no intuito de trazer estrita observância e hierarquização ao comando legal, instituindo os chamados precedentes vinculantes.

Essa inovação do Código de Processo Civil causou muita repercussão no âmbito jurídico. Trouxe muitos questionamentos sobre a possibilidade de existência e aplicação de uma teoria de precedentes brasileiro e de um sistema jurídico misto das duas grandes famílias do Direito voltado a observância da lei e obediência a jurisprudência. No decorrer desse trabalho analisaremos com maior profundidade esse sistema misto legal que nos foi apresentado com a vigência e a inovação trazida pelo Código, além de analisar suas peculiaridades, legalidade e legitimidade no nosso ordenamento.

2.1. Precedente: Conceito.

Nascido de uma tradição anglo saxônica, o precedente judicial nessa família, tende a observar as decisões do passado, respeitando a sua criação e desenvolvimento, sendo utilizada e aplicada ao caso futuro, e nesse momento de evolução legislativa trazida pelo Código de Processo Civil de 2016, é inegável que os legisladores procuraram meios de que as decisões superiores fossem obedecidas pelas instâncias inferiores. Para tanto se utilizaram da aplicação mitigada do *stare decisis* em determinados casos e situações jurídicas.

Percebe-se a influência do respeito as decisões pretéritas pela forma que os doutrinadores atuais conceituam o precedente.

Conforme Fredie Didier Jr., precedente, em sentido *lato*, é “ a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos ”. (DIDIER JR. CUNHA. 2016, p. 505).

Ainda, como anota Juliane Dias Facó, é o pronunciamento judicial proferido por qualquer Corte, que pode ser utilizado como modelo para solucionar casos análogos, julgados posteriormente. (FACÓ, 2016, p. 22).

E, em uma acepção mais restrita, Karl Larenz afirma que precedente é a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora. (LARENZ, 1997, p. 611)

Nesse sentido depreende-se que nem toda decisão judicial é um precedente, sendo que tal assertiva analisar-se-á com maior profundidade adiante neste trabalho, bem como os fundamentos e pressupostos de constituição e formação do precedente.

Neste momento cumpre ressaltar que, embora os tópicos seguintes se ocupem em tratar de uma narrativa histórica sobre a atividade judicial e algumas características marcantes que foram determinantes na formação e desenvolvimento dos precedentes nas famílias da *common law e civil law*, tal abordagem será necessária, no intuito de tecer um trabalho organizado e cronologicamente estruturado.

2.2. Enfoque histórico: Absolutismo, *common law e civil law*.

Inicialmente, partindo do enfoque histórico da criação das duas grandes famílias do Direito, a *common law e civil law*, é necessário darmos um passo atrás na história, um passo necessário para melhor entendermos o momento histórico culminante que implicou na criação dos dois sistemas jurídicos que abordaremos no decorrer desse trabalho.

O absolutismo foi uma teoria política que defendia o poder absoluto geralmente de um soberano, que poderia ser um rei, um regente ou príncipe.

Destaca-se nesse período os chamados teóricos do absolutismo entre eles: Nicolau Maquiavel, Jacques-Bénigne Bossuet e Thomas Hobbes.⁷ (NICOLINA. 2005, p. 76)

⁷ Nicolau Maquiavel, em sua obra, ‘O Príncipe’, que influenciou os monarcas europeus na defesa do absolutismo, defendia o Estado com fim em si mesmo, afirmando que os soberanos poderiam utilizar-se de todos os meios, lícitos ou ilícitos, que garantissem a conquista e a manutenção do seu poder. Já, Jacques Bénigne-Bossuet, contemporâneo do Rei Luís XIV, foi considerado um dos maiores defensores do absolutismo

Esse período foi compreendido entre os séculos XVI a XVIII. Entre as ideias dos teóricos absolutistas vemos a indicação de que o poder do Rei advinha do direito divino, que toda autoridade do rei era diretamente emanada de Deus, e assim não poderia ser deposto ou retirado senão também pela ordem divina.

A monarquia absolutista teve maior destaque com Luís XIV da França, conhecido como o Rei Sol.

Na França, durante o século XVI, sob a dinastia Valois – que era uma influente casa que reinou na França entre 1328 e 1589 – houve a consolidação do governo absolutista. Havia divisão religiosa nesse momento histórico, sendo que parte da burguesia professava a religião calvinista – protestantes – enquanto o Estado era fortemente influenciado pelo catolicismo.

Assim, a fim de solucionar problema, o Rei Henrique III, que era católico, aliou-se a Henrique de Bourbon – Infante da Espanha e neto do Rei Carlos IV, que ficou conhecido por suas ideias progressistas e revolucionárias durante o reinado de sua prima e cunhada a rainha Isabel II da Espanha – que professava a religião calvinista.

Contudo, após a morte do Rei Henrique III, Henrique de Bourbon se converteu ao catolicismo, o que era conveniente para o Estado, o que fez com que ele assumisse o trono, e passou a ser conhecido como Henrique IV, conforme ensina Luiza de Petta Nicolina. (NICOLINA. 2005, p. 78)

Com a centralização de poder nas mãos do Rei, o absolutismo monárquico atingiu o seu ápice com o Rei Luís XIV, que entrou para história conhecido como o Rei Sol, e reinou entre os anos de 1643 e 1715. Passou a concentrar todos os poderes do Estado a ponto de lhe ser atribuída a frase “o Estado sou eu”. E não houve por parte do Rei interesse em governar com o Parlamento, assim não precisava de um primeiro-ministro, e reduziu a influência dos parlamentos regionais, sendo que jamais convocou qualquer Assembleia dos Estados Gerais – o que era uma assembleia consultiva e legislativa das três classes sociais do país, que funcionava como corpo de aconselhamento do Rei.

e do direito divino dos reis, afirmava que a monarquia era a origem divina, cabendo ao homem aceitar todas as decisões reais, pois quem questionava as ordenações não somente era considerado o inimigo público, mas também inimigos de Deus. E Thomas Hobbes, em sua obra ‘O Leviatã’, proclamava um estado natural em que a vida humana era solitária, miserável e desprezível, em que se buscava escapar do estado da guerra de todos contra todos, e assim os homens se uniram em torno de um contrato para formar uma sociedade civil, legando parte de sua liberdade para um soberano protego-los contra violência. Hobbes defende a teoria de que um rei só poderia subir ao trono pela vontade do povo e não pela vontade divina, justificando a monarquia pelo consenso social. (NICOLINA. 2005, p. 76, 77, 78)

Na Inglaterra, por sua vez, o absolutismo teve início em 1509 com Henrique VIII, apoiado pela burguesia, ampliou os poderes monárquicos, diminuída por consequência os poderes do Parlamento inglês. (NICOLINA.2005, p. 75)

Pelas grandes conquistas marítimas obtidas pela Inglaterra, o absolutismo monárquico foi fortalecido, principalmente com a colonização da América do Norte. Porém, com a guerra civil inglesa, o absolutismo perdeu a força que tinha na Inglaterra, e os poderes do Rei foram gradualmente se esvaindo, enquanto o Parlamento se fortalecia. Assim findou o absolutismo monárquico com a Revolução Gloriosa de 1688.

As características importantes do absolutismo que se destacam são: a concentração de poderes que tinham os reis, que passaram a decretar leis, impor tributos, definir a justiça e comandar o exército.

Nesse ínterim, concediam muitos benefícios e privilégios sociais à nobreza, a fim de se equilibrarem e se manterem no poder. Desse modo concedia isenções fiscais, isenções de impostos, posto e títulos no exército; e também concedia benefícios econômicos à burguesia, como por exemplo o direito de participar o processo de exploração das colônias, recebendo o controle de companhias de comércio, o que fortalecia os interesses burgueses devido ao seu poderio econômico que estava em franca ascensão.

Com o fortalecimento da burguesia, e com início das Revoluções, o que nos interessa do ponto de vista do Direito é a forma de que como cada Parlamento agiu.

Ainda dentro desse breve enfoque histórico, avançando do absolutismo, para período pós revolução, no sentido da formação dos dois sistemas jurídicos abordados nesse trabalho, destacamos como as escolhas dos Parlamentos inglês e francês decidiram os seus caminhos e repercutiram de forma muito importante e crucial no desenvolvimento e entendimento do Direito com o surgimento e aperfeiçoamento do *civil law* e *common law*.

Estamos nos referindo a forma como cada Parlamento tratou com o absolutismo após as suas respectivas revoluções.

Diferente da Revolução Francesa, a Revolução Inglesa de 1688 não teve por intento traçar um novo direito, mas sim reafirmar o já existente e submeter o soberano à obediência, a observância da lei e respeito ao Parlamento. Assim limitava o poder do monarca aos direitos e liberdades do povo inglês. Ao passo que na Revolução Francesa, após vencer o absolutismo

monárquico, o legislativo se revestiu de poderes absolutos, rompendo com qualquer traço legal anteriormente instituído e produzindo todo um novo arcabouço de novas leis.

Contudo, o papel dos juízes em cada revolução teve marcante e importante diferenciação.

Na Revolução Inglesa o Judiciário sempre esteve ao lado do legislador e lutava pelos interesses do povo inglês, contra o absolutismo do rei. Era visto assim como ‘amigo’. Diante disso, não se observou por parte do Parlamento a intenção de submeter o juiz inglês à lei.

De modo contrário, o juiz da Revolução Francesa era visto com desconfiança, pela sua atuação sempre ao lado dos interesses da aristocracia feudal. Com receio de não frustrar o projeto do novo regime, colocando as conquistas revolucionárias a perder, foi determinado a sua obrigatória observância à lei, sendo sujeita a esta e até proibido de interpretá-la para não distorcê-la.

Cabe destacar ainda que antes da Revolução Francesa os membros do Judiciário faziam parte da aristocracia e atuavam sem qualquer compromisso aos interesses de igualdade, fraternidade e liberdade, faziam parte da classe privilegiada, e os cargos judiciais eram comprados ou herdados. Os juízes não julgavam de forma isenta, se preocupavam em defender os seus interesses e os interesses dos seus protegidos.

Desse modo, os anseios revolucionários observando os princípios destacados por Montesquieu, entenderam pela necessidade de efetuar a separação entre o legislativo e o judiciário e limitar a atividade do judiciário subordinando-o de forma rígida ao Parlamento. E também, como meio de segurança, limitou o poder do juiz de declarar o direito, para não ensejar a produção de direitos novos e ligados aos seus interesses, como ocorria anteriormente.

Assim vemos um juiz inglês que não teve o seu poder anulado, que em respeito aos princípios já instituídos poderia até controlar atos legislativos, e um juiz francês que além de ter seus poderes esvaziados, foi submetido a estrita observância e obediência à lei, destituindo seu poder criativo de interpretá-la.

A preocupação em desenvolver um novo direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu, aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do legislativo e do Judiciário. Tornou-se imprescindível limitar atividade do judiciário, subordinando-o de forma rígida

ao Parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo. (MARINONI, 2011, p. 53)

Desse modo, a transição do jus naturalismo para o positivismo foi marcada pela identificação de que o direito depende da vontade, sendo que no sistema inglês não foi difícil subsumir a vontade do povo a tradição e costumes já há muito instituídos, ao passo que no direito francês se iniciou a era da codificação, ou seja, no sistema denominado de *common law*, a vontade foi confiada ao judiciário, e no sistema *civil law*, a vontade foi confiada ao Parlamento com a estrita separação entre o legislativo e o judiciário.

E assim surge mais uma diferença entre os dois sistemas, ligados a atuação dos magistrados, sendo classificados como *judge make law* (juiz legislador) no sistema inglês, e *judge bouche da la loi* (juiz boca da lei), no sistema francês.

2.2.1. Teoria da jurisdição.

Com relação a atuação do magistrado, por fazerem parte de sistemas distintos, surge o questionamento a respeito do seu papel diante do sistema legal, surgindo duas teorias relacionadas à decisão judicial, são elas as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição.

As discussões sobre essas teorias se instalaram tanto no sistema *common law* como no sistema *civil law*, com o enfoque de mensurar se o juiz apenas declara o direito, ou cria o direito de uma forma constitutiva, a partir da sua decisão jurisdicional.

De início, no sistema *common law*, discutiu-se intensamente qual seria a atuação judicial na elaboração das decisões, no intuito de tentar esclarecer se essa decisão judicial criava o direito ou somente declarava o direito já instituído.

Na Inglaterra inicialmente sustentou-se a tese de que o juiz apenas declarava o direito, se destacando dentre outros, William Blackstone⁸ como um dos teóricos que defendiam esse posicionamento. Em seu entendimento, Blackstone alegava que existia uma lei não escrita *lex non scripta* – ou seja, um direito não escrito, baseado nos costumes, ou *common law*, e uma lei escrita se referindo ao *statute law*, assim, para ele, a aplicação dos precedentes nas decisões judiciais, sendo analisado os costumes gerais anteriores, davam ao magistrado apenas a função

⁸ Entre outros teóricos que apoiavam a teoria declaratória temos também Edward Coke e Matthew Hale, que entendiam que os juízes nunca criavam o direito, mas apenas demonstravam o quê o direito é: William Blackstone; *Commentaries on the law of England*, (fac-simile da 1ª edição, 1756. Chicago: The University of Chicago Press, 1979, vol. 1, p. 69) e Rupert Cross; J. W. Harris, 1991, p. 25.

de declarar o direito, tendo as decisões das Cortes como que uma demonstração do que o *common law* é. Como o teórico não aceitava a menção do magistrado criar o direito, não aceitava que um precedente pudesse oferecer duas ou mais interpretações distintas sobre a mesma questão ou fato julgado, entendendo o que se uma decisão ruim é proferida ao ser substituída ou superada por uma outra decisão, não criaria um novo direito, e que a decisão anteriormente superada não constituía direito.

Por outro lado, em contraposição as ideias de Blackstone, Jeremy Bentham e John Austin não concordam com as ideias expostas e apresentaram duras críticas a teoria declaratória da jurisdição.

Enquanto Bentham qualificou a teoria declaratória como o método para treinar cachorros, John Austin qualificava a teoria como método de uma ficção infantil.

O posicionamento de Bentham era muito ceticista com relação a teoria declaratória da jurisdição. Acreditava que decisões produzidas pelos juízes depende unicamente do seu arbítrio e da sua manifestação de vontade trazendo o exemplo grosseiro que repercutiu como *dog-law*,⁹ pelo seu ponto de vista sendo entendido que os juízes criavam normas como adestradores, para que essas fossem seguidas e obedecidas por um cachorro.

Pelo entendimento de Bentham, a simples jurisdição declaratória não identificava e não informava de antemão o que o homem deveria fazer ou não fazer, esperando até que cometesse o erro, para assim dizer através da decisão judicial que ele não deveria ter feito. Assim, era constituído um direito sem forma definida e sem fronteiras definidas, de modo que a multiplicidade de *case law*, espalhados pelos séculos impossibilitava o homem de realmente conhecer os seus direitos, e dificultaria o direito de ser reconhecido pelo povo. Se sobressai nesse aspecto a intenção e preocupação de Bentham com a segurança jurídica das decisões, posto que sob a sua ótica a melhor saída e solução seria toda a codificação do direito inglês. Mesmo resultando infrutífera a sua ideia de codificar o direito inglês, seu pensamento positivista se difundiu por todo Reino Unido, o que acarretou o entendimento de que o judiciário é delegatário da soberania estatal e, portanto, quando decide um caso paradigmático não está

⁹ Encontrado em: Bentham, Jeremy. Truth versus Ashhurst; or law as it is, contrasted with what it is, said to be. The works of Jeremy Bentham, (published under the superintendence of his executor, Jonh Bowring). Edinburg: William Tait, 1843, vol. 5, p. 231-238. In The Works of Jeremy Bentham, publicado sob a superintendência de seu executor, John Bowring, vol. V (Edimburgo, Tait; Londres, Simpkin, Marshall; 1843), paginas 231-238.

declarando ou expondo um direito já existente, mas sim criando uma regra judicial geral para que ela normalmente possa vir a ser observado.

Em sua obra *Can stare decisis be abolished?*, Neil MacCormick fez importante observação referente às teorias de Bentham e de Austin, a partir do momento em que estas se tornaram importante referência no direito intelectual inglês, ficou claro que os juízes não poderiam mais se esquivar e se esconder atrás da teoria declaratória, e em caso de divergências com as decisões anteriores, havendo superação de precedentes em caso de nova decisão divergente, os juízes deveriam assumir abertamente e em determinados casos específicos que atuavam como legisladores.

Desse modo, para Bentham e Austin, a teoria declaratória não se sustentaria e entraria em contradição com a revogação de precedentes, salientando ainda que, o magistrado ao se deparar com uma decisão da Corte que cometera um erro em sua análise ao prolatar uma sentença, ao se deparar com esse caso nas mãos, este magistrado teria que legislar ou fazer algo bem diferente do que declarar o direito contido no precedente. Porém os magistrados se sentiam muito confortáveis com a manutenção e aplicação da teoria declaratória, pelo fato de não querer assumir a responsabilidade de criar ou de revogar os precedentes. O que permitiu uma longa sobrevivência a teoria declaratória principalmente por se livrarem do peso de revisar decisões retroativas conflituosas.

Diante de situações de indeterminação do direito em *case law*, para John Austin o juiz teria que legislar, e ao fazê-lo deveria fazer abertamente. Mesmo considerando que muitos juízes a partir do século XIX viessem a reconhecer as deficiências da teoria declaratória, admitindo a criação do direito quando se afastasse do precedente, e adotar uma postura de reconhecer a teoria positivista ou constitutivo.

Mais recentemente observando o mesmo entrave com relação aos magistrados em declarar o direito ou cria-lo, foi travado um debate entre Ronald Dworkin e Herbert Hart. Este sustentava que existe alguns casos no direito que de certa forma são incompletamente regulados e que nesses casos a manifestação por parte do magistrado seria inevitavelmente de criar o direito, e ao produzir esse novo direito, deveria ser observado e harmonizado os princípios com as razões já estabelecidas no direito existente.

Assim, a versão do positivismo oferecida por Hart e mais complexa do que a de Austin e o seu teste para verificar a validade das regras de direito e mais sofisticado. Em um aspecto, porém, os dois modelos são muito similares. Hart, como Austin, reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos

(ele se refere a elas como tendo “uma textura aberta”) e, ainda como Austin, explica os casos problemáticos afirmando que os juízes tem e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação. (Dworkin, 2002. p. 35)

Por outro lado, para Ronald Dworkin, a criação do direito se daria de forma antidemocrática pois em sua análise os juízes não seriam representantes eleitos pelo povo, desse modo não podendo legislar ou criar o direito. Ao contrário, invadiria inevitavelmente outras esferas do poder do Estado.

Quando os juízes criam leis, a expectativa habitual a de que eles ajam não apenas como delegados do poder legislativo, mas como um poder legislativo segundo. Eles criam leis, em resposta a fatos e argumentos, da mesma natureza daquelas que levariam a instituição superior a criar, caso estivesse agindo por iniciativa própria. Este é um nível mais profundo de subordinação, pois coloca qualquer entendimento do que os juízes fazem nos casos difíceis na dependência de uma compreensão anterior do que os legisladores fazem o tempo todo. Essa subordinação mais profunda é, portanto, simultaneamente conceitual e política. (Dworkin, 2002. p. 129)

Hart responde sustentando que, se deparando com casos não regulamentados devidamente pelo direito deveria ser depositada a confiança ao juiz, para vir a suprir essas lacunas e de modo alternativo vir a solucionar o conflito, tendo em vista que, não se justificaria o fato do caso ser apresentado ao juiz e ele ter que enviar ao legislativo para que viesse a produzir a lei e sanar eventual lacuna. Indo além em seu argumento, dizendo que esse seria um preço até pequeno tendo em vista que os juízes não estão livres para criar códigos ou realizar reformas abrangentes no direito, mas simplesmente indicar qual a melhor solução referente ao caso que é apresentado.

Porém, indiferente da teoria aplicada, o que se observa é o respeito ao precedente instituído, salientando que pela observância a teoria declaratória os juízes por muito tempo aplicaram os precedentes se eximindo de assumir a responsabilidade de ter de criar o direito ou revogar os precedentes anteriores. E diante dos estudos de Bentham e Austin, restou evidente que ao revogar o precedente, estaria se criando o direito. Observa-se, porém, que na Inglaterra, o juiz só tem a capacidade de criar o direito quando não há acima dele qualquer corte que possa tratar da matéria que lhe foi submetida, sendo devidamente observado o efeito vertical das decisões, ou seja, a teoria constitutiva ou positiva não seria capaz de obrigar a própria Corte que firmou o precedente, ou mesmo o próprio juiz que proferiu a decisão, como veremos na sequência. Concluindo assim que tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva adaptaram-se em sistema de respeito obrigatório e devida observância aos precedentes.

2.3. Precedentes e a *common law*.

Mantendo o respeito e a observância aos precedentes já estatuídos o sistema *common law* se desenvolveu independentemente da doutrina do ‘*stare decisis*’ – mantenha a decisão – instituída muito tempo depois pelos tribunais. Assim, como assevera José Rogério Cruz e Tucci, “não há que se confundir *common law* com *stare decisis*, aquele é compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento e modo de estabilização de condutas e comportamentos do povo inglês, que existiu por vários séculos sem os regramentos do *stare decisis* e da *rule of precedent*.” (CRUZ E TUCCI. 2004, p. 153).

Contudo, é importante destacar a contribuição do *stare decisis* com relação aos seus efeitos vinculantes, em contraste com os efeitos meramente persuasivos das decisões observados anteriormente. Em outras palavras, diante do caso que se apresenta para julgamento, o magistrado poderá se deparar com diversos tipos de precedentes, e desse modo avaliará qual a decisão anterior terá mais grau de proximidade com caso julgado. Nesse contexto o juízo pode utilizar a decisão anterior como meio e material a justificar a decisão no caso presente, ou quando o precedente contenha efeito vinculante (*binding effect*), este estará obrigado a aplicar esse precedente, mesmo que tenha motivos para não o fazer.

Com efeito, resta evidente a contribuição de William Blackstone, como vimos acima, destacando que mesmo na teoria declaratória, o autor já indicava que os precedentes deveriam ser seguidos, salvo os manifestamente absurdos e injustos.

Também não podemos deixar de destacar a contribuição de Jeremy Bentham com a teoria declaratória ou positivista, entendendo que se o juiz cria o direito (*judge make law*), diante do sistema *stare decisis*, seria indispensável a criação de um repertório sistematizado de precedentes (*law reports*) organizados e relatados, para facilitar o estudo e a aplicação dos precedentes.

Outrossim, destaca-se, mesmo antes da vinculação obrigatória, o modo de atuação dos juízes no *common law*. Pelo fato do cidadão sempre pautar as suas condutas com base decisões judiciais, os juízes entendendo este importante papel, se orientavam com o devido cuidado para não desapontar as expectativas desses cidadãos, evitando que estes fossem surpreendidos por uma decisão de nunca poderia ter sido imaginada. Assim, mesmo não existindo uma sanção específica prevista para o caso de não ser seguido o precedente, os juízes

se sentiam constrangidos pelo fato de não fazê-lo. Ou seja, eles aplicavam o precedente não por temer uma sanção, mas sim por entenderem que seguir os precedentes era uma prática correta, um padrão de conduta moralmente aceito, uma norma moral a ser seguida, visto que, agir de modo diferente ou desviante, seria visto negativamente pelos seus pares e inevitavelmente o juiz que assim agisse, seria exposto a críticas. (KREBS, 2015. p. 98).

Assim, a autoridade do precedente no *common law*, não provém da lei, mas da estabilidade, uniformidade, solidez e previsibilidade, e sendo observado e estando presente essas condições, o sistema vinculante acaba sendo respeitado naturalmente, sendo esses os principais motivos que dificultava o afastamento dos precedentes.

Com o fortalecimento do *stare decisis*, afastar-se das decisões anteriores ficou mais difícil para o direito inglês, em razão da difícil alteração e renovação de entendimentos, em razão disso, duras críticas foram lançadas a essa doutrina. As críticas foram ouvidas, e causaram mudança de entendimento da *House of Lords*, passando a flexibilizar a doutrina do *stare decisis*, permitindo com que o direito inglês se adaptasse às novas mudanças sociais, bem como pudesse se ater às decisões de Cortes Superiores de outros países independentes da *Commonwealth*.¹⁰ E ainda de alinhar a sua prática com a corte de outros países, como, por exemplo, a Corte Suprema dos Estados Unidos, que, ressalve-se, não se vinculam aos seus próprios precedentes. Também ao adotar essa nova postura, a corte inglesa alinhou o seu novo posicionamento com a Corte Europeia de Justiça e com a Corte Europeia de Direitos Humanos, destacando que nenhuma destas encontrava-se vinculada à uma rígida doutrina de aplicação dos precedentes.

2.3.1 A hierarquia da Corte inglesa e a força do precedente.

Mesmo com certa flexibilização do *stare decisis* inglês, as decisões proferidas pelas mais altas Cortes inglesas evitavam se afastar dos precedentes. Mas, aos poucos viu-se a necessidade de se adequar as novas mudanças impostas pela sociedade, e para aplicar melhor as suas decisões as Cortes inglesas levaram em consideração a necessidade de revogar os seus precedentes mais rotineiramente.

¹⁰ Recebe o nome de *Commonwealth of Nations* (ou Comunidade das Nações) a associação voluntária de 54 países que apóiam uns aos outros e trabalhar juntos para objetivos comuns de democracia e desenvolvimento. A *Commonwealth* é basicamente um grupo de cooperação formado pelo Reino Unido e suas ex-colônias, lar de dois bilhões de cidadãos de todos os credos e etnias e inclui alguns dos maiores e menores, mais ricos e mais pobres países do mundo, são ao todo 54 membros, em sua maioria, países que faziam parte do Império Britânico.

Nesse tópico, para melhor visualização e entendimento do leitor, demonstraremos a forma hierárquica da Justiça inglesa e a manutenção do respeito aos precedentes vinculantes dentro dessa ordem escalonada.

Inicialmente a justiça inglesa se divide em Alta Justiça e Baixa Justiça. A Alta Justiça é composta pelos Tribunais Superiores, onde os litígios são dirimidos, e onde pode se observar a formação e o desenvolvimento do Direito inglês.

Destaca-se que na Alta Justiça, as decisões proferidas quanto se transformam em coisa julgada, estabelecem força vinculante dos precedentes para Cortes inferiores. Ao passo que a chamada Baixa Justiça é responsável pela rapidez da prestação jurisdicional e representa a porta de acesso à justiça. Pela sua eficiência, que apresenta alto índice de conciliações, cabe a Alta Justiça apenas julgar os casos não solucionados nesta Justiça e entrância, são os chamados de casos mais complexos, com a observância de que as suas decisões, na chamada Baixa Justiça, não produzem precedentes vinculantes e nem precedentes persuasivos.

A Alta Justiça inglesa é composta pelo Supremo Tribunal de Judicatura (*Supreme Court of Judicare*), é a Corte mais importante do Judiciário, que conta com três subdivisões: Alto Tribunal de Justiça (*High Court of Justice*), o Tribunal de Apelação (*Court of Appeal*), e o Tribunal da Coroa (*Crown Court*). O Alto Tribunal de Justiça é formado por três seções todas destinadas a julgarem recursos, são elas: a *Queen's Bench Division*, a *Family Division* e a *Chancery Division*.

A Suprema Corte inglesa é formada por doze juízes, sendo um deles o presidente, e é dividida em turmas, normalmente de cinco juízes. Essa Corte concentra o poder de declarar qual é o direito de forma vinculante para os demais órgãos do Judiciário inglês. Assim, pela hierarquia adotada na Justiça inglesa, o Alto Tribunal de Justiça e o Tribunal de Apelação editam precedentes vinculantes para os demais órgãos judiciais abaixo de sua competência, enquanto a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) e Suprema Corte editam os seus precedentes vinculantes para todos os demais órgãos, considerando o que tanto a Câmara dos Lordes como a Suprema Corte estão no topo do poder Judiciário inglês.

O Alto Tribunal de Justiça encontra-se vinculado as suas próprias decisões, embora com algumas exceções, às decisões do Tribunal de Apelação, da Câmara dos Lordes e da Suprema Corte. Destaca-se, contudo, que as decisões monocráticas dos juízes do Alto Tribunal de Justiça não vinculam os demais juízes do Tribunal, embora vincule as demais Cortes hierarquicamente inferiores.

Temos assim que, se o juiz do Alto Tribunal de Justiça se deparar com duas decisões conflitantes, pela prática usual da *common law* e do *stare decisis*, não havendo precedentes das Cortes superiores a ser seguido, deverá seguir a última decisão proferida.

Por sua vez, o Tribunal de Apelações está abaixo apenas da Câmara dos Lordes e da Suprema Corte, e recebe recursos de todos os outros órgãos inferiores, e também em tese está vinculada as suas próprias decisões. Contudo o Tribunal de Apelação pode se afastar dos seus próprios precedentes, quando houver conflito entre duas decisões da própria Corte; quando uma decisão do seu próprio tribunal tenha sido expressa ou implicitamente revogada pela Câmara dos Lordes; uma decisão passada tenha sido proferida ignorando alguma lei ou precedente aplicável ao caso que levaria a uma diferente conclusão (*per incuriam*); e quando o Tribunal ao proferir uma decisão anterior, mesmo admitindo existir alguma razão de direito, deixou de se manifestar sobre ela. E pela lógica, o Tribunal de Apelação também pode deixar de seguir os seus próprios precedentes quando estes se tornam inconsistentes com o direito comunitário europeu.

Com efeito, o Tribunal de Apelação mesmo diante dessas opções, sempre tentou driblar a doutrina do *stare decisis* por não seguir os precedentes da Câmara dos Lordes,¹¹ que durante toda a sua história sempre foi incisiva na aplicação e na manutenção das suas decisões com relação aos tribunais inferiores. (KREBS, 2015. p. 105).

Porém, como vimos acima, a relativização do *stare decisis* e a convergência do direito inglês com a União Europeia, possibilitou uma maior atuação e intervenção da Corte Europeia de Justiça nas questões legais internas do Reino Unido, e com essa atuação a Suprema Corte passa a não ser mais a última instância recursal, destacando-se o fato de que tanto a Suprema Corte como a Câmara dos Lordes podem ter os seus precedentes revogados por esta Corte Europeia. Desse modo resta evidente a mudança no direito inglês que ao relativizar a doutrina do *stare decisis* adequando-se ao direito da Comunidade Europeia, aceitou que as decisões da Corte Europeia de Justiça possuíssem natureza vinculante para todos os Tribunais ingleses. Assim as decisões referentes a Corte Europeia de Direitos Humanos passaram a ter

¹¹ Com relação a esse assunto, destacamos o exemplo que Hélio Ricardo Diniz Krebs em sua obra Sistema de precedentes e direitos fundamentais, nos trouxe quando o Tribunal de Apelação deixou de seguir o precedente firmado pela Câmara dos Lordes em 1972, por entender que teria sido proferida com *per incuriam*, o que causou grande indignação presente nas palavras do Lord Hailsham: “O fato é, e eu espero nunca mais seja necessário dizer isso, que no sistema hierárquico das Cortes, existente neste país, é necessário que cada nível inferior, incluindo a *Court of Appeal*, aceite lealmente as decisões dos níveis superiores”. (in: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. 1991, p. 99).

efeitos persuasivos, devendo ser aplicado sempre que possível, enquanto as decisões da Corte Europeia de Justiça passaram a formar precedentes vinculante obrigatórias.

2.3.2. Common law e o Direito Norte Americano.

Após a Revolução Inglesa de 1688, se estabeleceu a supremacia do Parlamento, com a liberdade dos juízes e do Poder Judiciário de atuarem mais livremente, afastando o poder do monarca e tendo este que obedecer às novas decisões da Corte. Com a liberdade alcançada do Poder Judiciário e do Legislativo, pode-se controlar os atos das colônias com maior proximidade, destacando que as colônias inglesas eram regidas por Cartas, e eram proibidas de editar atos contrários ao direito inglês.

Como visto anteriormente, tanto a Suprema Corte inglesa como a Câmara dos Lordes sempre se pautaram com muita rigidez quando da aplicação do *stare decisis* e da aplicação e manutenção das decisões anteriores. Desse modo a supremacia do Parlamento inglês fazia valer a sua vontade através da emissão de Cartas às colônias, as quais eram proibidas de aplicar suas leis coloniais que se distanciassem dos regramentos contidos em tais Cartas.

Conforme assevera Mauro Capelletti, posteriormente as Cartas enviadas da Inglaterra para a colônia norte-americana foram consideradas como as primeiras Constituições, por que eram vinculantes para a legislação colonial e regulavam toda a sua estrutura jurídica. Ainda conforme o citado autor, tais Constituições estabeleciam também a possibilidade das colônias produzirem seu próprio arcabouço jurídico, porém sob as condições de as leis serem razoáveis e não contrariarem a legislação da Metrópole, evitando desse modo destoar da vontade do Parlamento inglês. (CAPELLETTI. 1968, p. 41)

Diante desse controle da legislação das colônias, podemos observar o surgimento inicial do *judicial review*, pois os atos judiciais ocorridos na colônia eram revistos pela legislação inglesa, surgindo assim um controle judicial de seus atos.

Com a independência das colônias americanas em 1776, as Cartas foram substituídas pelas novas Constituições, de modo que a prática judicial já estabelecida pelos juízes se mantiveram, ou seja, era decretada a nulidade das leis que violassem as Cartas e a legislação inglesa, tornando-se natural também decretar a nulidade de qualquer ato que violasse ou contrariasse as Constituições dos Estados que acabara de adquirir a sua independência.

Naturalmente pela influência inglesa, o Judiciário americano herdou o uso dos precedentes vinculantes do *common law*. No entanto, por inúmeras razões, destacando entre elas: a própria estrutura constitucional americana assentada no federalismo, e também uma rígida divisão Jurídica e social com independência e autonomia dos Estados membros, ocasionaram profundos contrastes em relação ao direito em inglês, dificultando a sua aplicação nos Estados Unidos, e causando um distanciamento natural da tradição jurídica do Direito inglês.

Por consequência, o Direito Americano gradualmente foi deixando de seguir os precedentes ingleses, desse modo, criando um sistema jurídico próprio, baseando-se nos *case law* dos seus Estados, optando por formar e rever os seus precedentes ao invés de invocar as decisões de outras Cortes de modo vinculante. E quando tratamos do Direito Norte Americano e sua formação, não poderíamos deixar de mencionar um dos seus casos mais paradigmáticos com observação a proteção da Constituição, no qual se instituiu o *judicial review*, se tratando do caso *Marbury versus Madison*.¹² (PALU. 2001, p. 115)

Assim como na Inglaterra o poder legislativo nos Estados Unidos também faz as suas leis, e estas são hierarquicamente superiores aos precedentes vinculantes, mesmo considerando o fato dessas leis serem residuais, tendo em vista a sua elaboração para eliminar eventuais lacunas no sistema jurídico legal diante dos *case law*.

Contudo, diferente do sistema legal inglês, os juízes norte-americanos observam o sistema de precedentes para aplicá-lo em suas decisões, não ficando tão adstritos a doutrina do *stare decisis* como os juízes ingleses. Ou seja, a força dos precedentes existe, porém com grau menor de rigor, o que aumenta a discricionariedade do juiz norte-americano. Importante salientar que, via de regra o juiz de primeiro grau não tem autoridade para revogar um

¹² Considerada a criação do “judicial review” no sistema judicial americano, iniciou-se no famoso julgamento do caso *Marbury v. Madison* (1803). Em 02 de março de 1801, um membro do partido federalista chamado Willian Marbury foi nomeado para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia. Marbury, assim como vários outros federalistas, foram nomeados para importantes cargos governamentais criados pelo Congresso norte-americano nos últimos dias da presidência de John Adams. Tais juízes nomeados no apagar das luzes do governo de John Adams ficaram conhecidos como “Midnight Judges”. A grande questão que chegou ao conhecimento da Suprema Corte dos Estados Unidos era se a nomeação de Marbury poderia ser mantida. O juiz Marshall da Suprema Corte proferiu o entendimento da corte, ao estabelecer que, em última análise, a Constituição dos Estados Unidos era a lei fundamental e universal da nação e que todos os atos contrários aos princípios e ao texto constitucional deveriam ser evitados. Dessa forma, Marshall concluiu que quando uma lei estadual ou um ato governamental entra em conflito com a Constituição Federal, a lei maior da nação, o ato, em questão, é inválido, por ser inconstitucional. Esse caso histórico estabeleceu o poder de revisão judicial dos atos do poder legislativo e do poder executivo, quando contrários à Constituição, criando-se aquilo que foi chamado de “judicial review” no direito norte-americano. PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 115.

precedente estabelecido por uma Corte Superior à sua. Mas em casos excepcionais, podem haver situações nas quais esse juiz pode deixar de aplicar determinado precedente, sob o fundamento de que este se encontra obsoleto em razão da mudança e realidade social. Ocorrendo essa situação, a parte prejudicada tem a oportunidade de recorrer à Corte Superior, que poderá revogar o precedente ou reformar a decisão judicial, desse modo mantendo o precedente já firmado.

2.4. Precedentes e a *civil law*.

Conforme vimos anteriormente, um ponto marcante entre as chamadas duas famílias do direito, foi o modo como após as suas revoluções, cada uma se manifestou com relação aos poderes do Parlamento. A Revolução Inglesa optou por confiar no Parlamento e no Poder Judiciário, entendendo como não necessária a ruptura com o sistema legal vigente e já há muito tempo estabelecido, confiando na atuação dos seus juízes, visto que estes sempre atuaram de modo a defender os cidadãos ingleses.

O sistema *civil law*, refere-se as jurisdições que adotaram o sistema continental europeu, com bases marcantes essencialmente do Direito Romano e com grandes influências do Direito alemão, por isso é conhecido como direito de tradição romano-germânica.

Diante de suas bases tão antigas ligadas ao Direito Romano, entendemos como importante tratar desse tópico a partir do momento da ruptura do sistema legal tradicional que havia na França ocorrido com a Revolução Francesa, na qual se deu a derrota desse sistema (*ancien régime*) e sua substituição por um novo sistema radicalmente oposto.

Antes da Revolução Francesa, os membros do Judiciário faziam parte da aristocracia, e mantinham e defendiam os seus interesses, sendo esses contrários as mudanças pelas suas posições e seus interesses. Se afastavam dos valores de igualdade, liberdade e fraternidade, mantendo seus laços espúrios comprometidos com os interesses da aristocracia feudal. Nessa época os cargos judiciais eram comprados ou herdados, e havendo tal negociação, eram vendidos as pessoas que pudessem retornar frutos correspondente aos interesses das classes mais elevadas.

Desse modo os juízes ao aplicar a legislação não tinham compromisso devido e esperado com a lei, mas sempre a interpretavam para proteger e manter os interesses dos

protegidos. E esses fatos não passaram despercebidos no período pós-revolucionário, e foi o motivo consequente das grandes mudanças ocorridas no judiciário.

Nesse período pós-revolucionário, destacam-se as ideias de Montesquieu e Rousseau. Para aquele, não poderia haver concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, se referindo aos juízes, e que o poder judiciário deveria permanecer nulo, se limitando apenas a declarar a lei que lhe é apresentada. Conforme suas ideias, seria imprescindível separação de poderes, e uma clara distinção entre atuação de cada um deles, subordinando o Poder Judiciário de forma rígida ao Parlamento. Enquanto Rousseau, contribuiu com a ideia de que a expressão da vontade da nação francesa deveria estar expressa na lei escrita, o que traria a infalibilidade e a manutenção da vontade geral do povo francês. Somada as ideias, os juízes tinham que respeitar e apenas declarar a lei.

Ainda com relação a separação de poderes, entendia Montesquieu¹³ que não haveria liberdade se o poder de julgar não estivesse separado do poder Legislativo e Executivo, destacando que se estivesse ligado ao Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade do cidadão seria arbitrário, e o juiz se constituiria um legislador. Ao passo que se o poder de julgar estivesse ligado ao Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Assim caberia ao juiz apenas afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, devendo o julgamento ser apenas um texto exato da lei.

Com o claro objetivo de limitar o poder do juiz, devido a herança do árbitro judicial do antigo regime, a nova legislação deveria ser clara e capaz de regulamentar todas as situações que se apresentassem. E os Códigos deveriam ser claros, coerentes e completos, de modo a não permitir interpretações destoantes das vontades do legislador. Nesse contexto entenderam que a segurança jurídica estaria na própria lei, devendo esta ser estritamente interpretada e aplicada, com o seu aplicador, no caso o juiz ou judiciário, submetido ao poder legislativo e executivo.

Destacamos o fato que, com a ruptura de todo sistema jurídico anterior a França neste momento histórico se pauta pela confecção de Códigos legais com grande disposição de

¹³ Segundo a sua própria experiência pessoal, o Barão de Montesquieu utilizou os argumentos referentes a liberdade do poder de julgar por conhecer muito bem os juízes de sua época. Conforme assevera Marinoni, citando Mauro Cappelletti: Montesquieu nasceu Charles-Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *President à mortier no Parlement de Boudeaux*, como o nome 'Montesquieu'. O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades de sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes (Cappelletti, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. Revista da faculdade de direito da UFRGS, vol. 20, p. 269).

artigos, que tentam abarcar todos os assuntos e todas as possibilidades jurídicas que se apresentariam. Em que pese o sistema *common law* possuir as suas leis e os seus Códigos, diante da manutenção do seu sistema jurídico anterior, os ingleses se direcionaram à manutenção das decisões anteriores (*stare decisis*), e da confiança nos seus juízes e no poder Judiciário em busca do direito comum, mantendo as expectativas e confiança dos jurisdicionados. Ao passo que no sistema *civil law*, tentou-se a todo custo e momento esvaziar todo o poder do Judiciário, proibido o juiz de imprimir as suas interpretações do texto legal, seguindo a chamada estrita legalidade.

Com produção dos Códigos, visando a busca de uma completude, destaca-se como exemplo o Código Prussiano, elaborado por Frederico II, em 1793, que continha mais de 17.000 artigos. Destacamos também o código de Napoleão que continha 2.281 artigos.

Como não poderia deixar de ser diferente, no Brasil vimos a influência do Direito Romano Germânico na elaboração do nosso Código Civil de 1916 que continha 1.807 artigos, e atualmente, após a sua última atualização em 2002, contém nada menos do que 2.046 artigos. O objetivo francês era de se tentar fazer um direito à prova de interpretação dos juízes.

Tal prolixidade resta evidente também em nossa Constituição Federal de 1988, que traça muitos parâmetros e diretrizes a serem seguidos, por vezes tratando até de assuntos de somenos relevância, como, por exemplo, a manutenção do Colégio Pedro II, em órbita federal,¹⁴ mas se tratando da lei maior do nosso ordenamento, todos os assuntos nela tratados têm a sua relevância formal e material, considerando o momento histórico e político a época de sua promulgação.

E diante dessa nova codificação e sistemática legal dos franceses, se os magistrados se deparasse com situações conflitantes ou que não tivessem ainda o respaldo legal expresso no Código, caberia a este remeter a dúvida ao Poder Legislativo, em busca de uma interpretação autorizada para solução do litígio que lhe foi apresentado, ou para elaboração de complemento para suprir eventual lacuna. Com isso entendiam que, com o passar do tempo as consultas

¹⁴ Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.

§ 1º O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

§ 2º O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

seriam cada vez menores e as soluções legislativas seriam cada vez melhores, trazendo todas as respostas a todas as questões judiciais.

2.4.1. A Corte de Cassação francesa.

Como forma de manter o controle das decisões judiciais dos juízes franceses, o Parlamento criou a chamada *Court de Cassation*, que no momento da sua criação em 1790, era constituída fora do Poder Judiciário e tinha o papel de rever as decisões que não estivessem de acordo com as leis editadas, protegendo a supremacia da lei e cassando as decisões que não se adequassem a vontade expressa do legislador.

Em princípio, a Corte de Cassação francesa foi instituída para apenas cassar a interpretação que entendia incorreta, mas com o passar do tempo a Corte além de cassar a interpretação errada, começou também a afirmar como a lei deveria ser interpretada. Dessa forma passou a ser órgão jurisdicional com natureza de Tribunal Superior.

O tempo fez sentir que o momento para afirmar como a lei *não* deveria ser interpretada também seria oportuno para afirmar como a lei deveria ser interpretada. Ou seja, a história mostra que a Cassação, de órgão destinado a simplesmente anular a interpretação errada, passou a órgão de definição da interpretação correta. Tal evolução igualmente obrigou a mutação da feição do órgão estatal, e assumiu a natureza jurisdicional, que órgão incumbido de participar do processo de produção de decisões judiciais. (MARINONI, 2011, p. 61)

Essa importante mudança da Corte de Cassação francesa, trouxe à tona dois fatores importantes e determinantes com relação ao entendimento das leis e normas. Primeiro depreendeu-se que a leitura do texto da norma implica em um ato de compreensão, e assim pode comportar mais de uma definição, e, por conseguinte, mais de uma interpretação. E o outro ponto é que tornou-se inquestionável que o ato de compreender a lei caberia ao judiciário e não ao legislativo, que pelas muitas questões surgidas teria um acúmulo exacerbado de demandas a serem solucionadas, inviabilizando ou emperrando a produção puramente legislativa.

Relevante ponto de contato da Corte de Cassação francesa com o nosso sistema jurídico é a atuação do Superior Tribunal de Justiça que exercem um papel parecido com o da citada Corte. Cabe ao nosso Tribunal zelar pela integridade do direito infraconstitucional preservando a devida aplicação da lei. De igual modo, também perdura a preocupação em saber como o judiciário brasileiro deve se comportar diante da inafastabilidade de diversas

interpretações por parte dos juízes, eventualmente sendo parte da solução para o problema, a imposição da interpretação do Supremo Tribunal de Justiça sobre os tribunais ordinários.

A cultura jurídica do *civil law* aparentemente não se deu conta de que, com a mutação da Corte de Cassação para órgão jurisdicional, balizador de decisões e órgão responsável pela interpretação e aplicação da lei, não poderia manter o seu papel de manter os dogmas firmados na Revolução Francesa, passando inevitavelmente a interpretar a norma e entendendo por mais de uma interpretação válida da lei.

Como uma consequência lógica, as muitas interpretações das normas geraram um grande número de decisões, e o que se torna ruim para o sistema, surge um grande número de decisões distintas para casos análogos.

Assim o livre convencimento motivado dos magistrados acaba gerando instabilidade no sistema, tendo em vista a conclusão diferente para casos iguais. Indistintamente lesionando a isonomia e a segurança jurídica.

Em se tratando do direito brasileiro, à grande litigiosidade do brasileiro, que por tendência procura o judiciário até para resolver pequenas questões do dia a dia, com o advento da propagação de informações pela internet, dos direitos acessíveis a todos, entre outras causas, acarretou uma superlotação de ações judiciais em nosso judiciário se transformando em uma sistema nefasto onde, devido ao número de processos, cada vez mais as respostas judiciais, ou seja, decisões, além de se tornarem cada vez mais demoradas, normalmente tiveram a sua qualidade afetada, devido ao açodamento na prestação judicial.

A incerteza jurídica nas decisões chegou a tal ponto que se tornava muito difícil mensurar o resultado dos julgados diante da falta de previsibilidade e coerência mesmo sendo apresentado casos iguais a serem sentenciados.

Como vimos, a estrita aplicação da lei deixou de ser o ponto do qual se esperava a certeza da decisão jurídica sem margem de interpretação do magistrado, como havia imaginado os revolucionários franceses. E com a, podemos assim dizer, evolução sistemática no *civil law*, passou-se a interpretação da norma para buscar o marco referencial de segurança jurídica.

Doravante, adentrando ao tema das multiplicidades de decisões diferentes para casos análogos, nos deparamos com instituto no qual melhor abordaremos no próximo tópico referente a segurança jurídica, como veremos adiante.

3. PRECEDENTES JUDICIAIS E A BUSCA DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Como podemos observar acima, para o sistema *civil law*, a certeza do direito estaria justamente na impossibilidade de o juiz interpretar a lei para aplicá-la, ou seja, a segurança do jurisdicionado estaria apenas na pura e simples aplicação da lei sem margens interpretativas por parte do magistrado. Por outro lado, vimos países¹⁵ que não precisaram se iludir com a ideia de que o juiz não poderia interpretar a lei, buscando a segurança e previsibilidade para o sistema em outro lugar que não especificamente esta, mas, sim no respeito as decisões anteriores, ou mais especificamente na aplicação e manutenção do *stare decisis*.

Depreende-se logicamente que a segurança e a previsibilidade são valores almeçados por ambos os sistemas jurídicos. E avançando na história, vemos que no período pós-guerra, restou demonstrada a crise do positivismo jurídico, e percebeu-se que a legislação não seria suficiente para garantir ao indivíduo os seus direitos mais básicos, como a vida, igualdade e as liberdades.

Com a ordem mundial voltada a atenção aos direitos humanos universais, e para evitar que o ordenamento jurídico pudesse permitir atrocidades como as que aconteceram durante a Segunda Guerra, incutiu-se nos inúmeros ordenamentos jurídicos mundo afora a devida preocupação com a inclusão de questões morais, éticas e políticas na legislação, nos quais as Constituições ganharam relevância e passaram a apresentar um caráter abstrato, fundado em princípios com elevada carga axiológica, transpassando do Estado de Direito para o Estado Constitucional, com a preservação de um núcleo rígido de direitos, protegido de mudanças prejudiciais que impedissem os cidadãos a prática e exercício de tais direitos.

Justamente esta elevada carga axiológica introduzida no ordenamento jurídico, fortaleceu o Poder Judiciário, na medida em que a função jurisdicional por parte dos magistrados, deixou de ser meramente declaratória do seu conteúdo normativo, passando a exigir do mesmo uma postura interpretativa da norma, dando significado ao seu conteúdo e observando a interpretação conforme a Constituição.

¹⁵ Como foi observado os países citados foram o Reino Unido e os Estados Unidos, que por fazerem uso da aplicação do *stare decisis*, não precisaram se iludir ao afirmar que o juiz não deveria interpretar a lei.

Dentro desse quadro, diante do aumento significativo da divergência jurisprudencial produzida, diante da flexibilidade da interpretação da norma por parte do juiz, logicamente houve o aumento da insegurança jurídica.

Não bastasse o evidente aumento da insegurança jurídica, ressalta-se também que por tradição existe a resistência dos juízes de esteio de se curvarem e obedecerem às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, causando total desconfiança por parte do jurisdicionado no Poder Judiciário. Diante da incerteza jurídica e da falta de previsibilidade das decisões judiciais, nesse momento é oportuno se afastar de discursos vagos de que o magistrado tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os Tribunais Superiores, no sentido de unificar a jurisprudência e trazer previsibilidade ao sistema. Conforme assevera Marinoni:

É chegado como momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em um “nada”, ou, pior, em obstáculo que precisa ser contornado mediante a interposição de recurso ao Tribunal Superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo. De outra parte, é certo que o juiz deixa de respeitar a si mesmo e ao jurisdicionado quando nega as suas próprias decisões. Trata-se de algo pouco mais do que contraditório, beirando, em termos unicamente lógicos, o inconcebível. (MARINONI, 2011, p. 64)

O fato de decidir casos iguais de forma desigual, afasta-se da coerência e gera desrespeito dos juízes de primeiro grau em relação aos juízes dos Tribunais. Veremos adiante, no decorrer do presente trabalho que, já houve por parte do Judiciário algumas tentativas de uniformizar a jurisprudência e unificar entendimentos, chegando-se até o presente momento, que é o cerne deste trabalho, de se utilizar das ideias de um sistema diferente, para que de modo por vezes obrigatório, faça-se observar as decisões proferidas pelos Tribunais, e que estas sejam respeitadas e cumpridas pelas Cortes inferiores.

Em nosso ordenamento jurídico, é inegável a busca pela uniformização do entendimento jurisprudencial, pela valorização das decisões dos Tribunais Superiores em relação as Cortes inferiores, e a coerência e estabilidade do sistema para alcançar a segurança almejada. Podemos observar o esforço legislativo com esse objetivo, pela evolução das legislações e inovação das ideias especialmente em relação ao Código de Processo Civil. E ainda, a nossa Constituição Federal reconhece a importância da segurança jurídica como valor fundamental, ao lado dos direitos à vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade. Observamos

a sua importância em inúmeros dispositivos que a tutela, como o princípio da legalidade, (inciso II), o princípio da inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (inciso XXXVI), princípio da legalidade e anterioridade penal (inciso XXXIX) e irretroatividade da lei penal desfavorável (inciso XL) do artigo 5º.

Destacada a importância da segurança jurídica para o ordenamento, para o cidadão a sua importância não é diferente, salientando que este precisa ter a certeza de que o Estado e terceiros se comportarão de acordo com o direito e que os órgãos incumbidos de aplicá-lo cumprirão o seu papel diante do descumprimento das leis. Assim, diante da confiança, conhecimento e previsibilidade do sistema, cada cidadão poderá definir seu próprio comportamento e as suas ações. Sendo esses os requisitos elementares que compõem a segurança: confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade.

A confiabilidade está ligada à ideia de durabilidade do direito, de modo a evitar mudanças abruptas que causem rupturas no ordenamento jurídico. A cognoscibilidade consiste na capacidade do indivíduo de conhecer e compreender o direito. E a calculabilidade representa a previsibilidade do ordenamento. Por esta, permite-se ao indivíduo se relacionar socialmente e planejar suas ações futuras, nos âmbitos da esfera pessoal ou profissional, e assim prever a condição de eventual resultado.

Doravante, apresentados os requisitos elementares do instituto estudado, passamos a sua conceituação mais completa.

3.1. Segurança jurídica: Conceito.

O homem procura pautar as suas ações em busca de certezas na obtenção de determinado resultado. Esse ideal de certeza motiva o ser humano a satisfazer suas necessidades sempre tendo por apoio a estabilidade, segurança e harmonia nas relações sociais. Contudo, vivemos em tempos de constantes e profundas mudanças através das evoluções sociais diante das inovações tecnológicas e variações econômicas, tanto em âmbito nacional, como mundial. Diante dessas evoluções e inovações, cabe ao Direito apresentar ferramentas de modo que possa nortear as relações sociais estabelecidas mantendo a harmonia entre os indivíduos e entre os estes e o Estado.

Eis um dos grandes desafios do Direito, diante das novas relações sociais que se tornaram cada vez mais complexas e efêmeras, e das rápidas e constantes mudanças em âmbito

econômico, político e tecnológico, ter que assumir uma função de conciliar a tradição e inovação, durabilidade e a adaptabilidade, para que possa dar uma resposta adequada para as expectativas dessa nova sociedade multifacetada. Diante deste contexto, tornou-se necessário cada vez mais por parte do legislador pensarem em textos normativos que apresentem um maior grau de abstração e indeterminação, de modo a contemplar todas as situações e interesses apresentados diante das novas relações sociais, resultando no aumento do número de texto legislativos.

Somados os dois elementos do aumento da quantidade de textos normativos, e elevada carga de abstração em seu conteúdo, convergem naturalmente para o aumento da insegurança, corroborado com as muitas e diferentes interpretações da norma por parte do interprete a casos iguais, concluído por decisões dispares. A insegurança jurídica resulta em relevante prejuízo não somente para o indivíduo, mas também para a sociedade, afetando o equilíbrio do Estado de Direito, as relações sociais, e causando instabilidade na esfera econômica e política. Salientando que, um Estado que não se mostre seguro em padronizar e harmonizar as relações sociais terá dificuldades para agir, investir e planejar.

Assim como ocorre com diversos institutos jurídicos, conceituar segurança jurídica constitui uma tarefa árdua, tendo em vista que a sua formação se dá através de um conjunto de ideias gerais e abstratas com fim de garantir a ordem jurídica, paz social e a estabilização do Estado de Direito, se traduzindo como garantia de liberdades individuais. Sendo observado que, quanto maior a segurança, maior será o grau de liberdade indivíduo de planejar suas ações, e estabelecer relações com maior estabilidade e harmonia.

De modo geral, o princípio da segurança jurídica nos traz um horizonte de estabilidade, certeza, previsibilidade, manutenção e garantia dos direitos fundamentais, propiciando maior grau de confiança na ordem jurídica, nas instituições, nas relações sociais e no Estado. Canotilho desenvolve o conceito de segurança jurídica baseado em dois pilares fundamentais: estabilidade e a previsibilidade.

Estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

Previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos. (CANOTILHO, 1999. p. 380).

Por estabilidade, o citado autor indica que as decisões não podem ser modificadas de forma abrupta e arbitrária, sendo razoável sua alteração diante de situações particularmente relevantes, ou seja, as mudanças abruptas e arbitrárias por parte do Estado causam a falta de confiança no sistema, não primando pela estabilização das relações. Por meio da confiança estabelecida entre o indivíduo e o Estado, aquele pode pautar as suas ações e decisões em sintonia com o que está traçado no ordenamento, desse modo a confiança está intimamente ligada a durabilidade do direito.

No contexto social existe a necessidade da mudança baseada na evolução e modernização da sociedade como um ser autônomo, porém em respeito a estabilidade dessa mesma sociedade, a confiabilidade resguarda as mudanças abruptas que causam surpresas e desconfiança no sistema, preservando salvaguardas como, direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada.¹⁶

Ao passo que a previsibilidade se relaciona com a exigência de certeza e calculabilidade por parte do indivíduo, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos, ou seja, com base na previsibilidade o cidadão pode mensurar com certo grau de certeza o resultado e consequência da sua conduta. Assim, a calculabilidade se apresenta ao indivíduo como capacidade de previsibilidade de suas ações. Mesmo o texto legislativo sendo dotado de certa abstração e indeterminação, formulado desse modo para abarcar uma maior abrangência de fatos, ainda é possível ao jurisdicionado conseguir agir dentro de um risco previamente calculado.

Nesse contexto, para Humberto Ávila, a calculabilidade se torna um elemento essencial para que haja harmonia no ordenamento jurídico e preservação do Estado de Direito.

Em razão dessas considerações é que se deve definir a calculabilidade como um estado de coisas em que o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de antecipar e de medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos, próprios e alheios, ou a fatos, e o espectro reduzido detentos dentro do qual a consequência definitiva será aplicada. Sem essa ressalva, calculabilidade torna-se imprevisibilidade. Isso explica porque a exigência de calculabilidade por meio da continuidade do ordenamento jurídico afasta não apenas as mudanças bruscas, mesmo que não drásticas, mas

¹⁶ De igual modo Canotilho observa a importância da confiança ao lado da estabilidade, por se completarem mutuamente. Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos. (Op. Cit. 1999, p. 373)

também as mudanças drásticas, ainda que não bruscas. Dependendo do caso, até se admite a mudança, mas ela deve ser feita de maneira respeitosa, com proteção da confiança, com regras de transição e com cláusulas de equidade, sobre, na expressão de Ost, “trop brutal”. (ÁVILA, 2012, p. 273).

Em continuidade aos dois pilares propostos por Canotilho, ou seja, a estabilidade e a previsibilidade, Ávila acrescenta um terceiro, qual seja, a cognoscibilidade. A ideia de cognoscibilidade está ligada à capacidade do cidadão poder entender o conteúdo das normas de modo geral. De posse do conhecimento, e extensão do seu entendimento, poderá planejar suas ações e tomar as suas decisões no âmbito das relações sociais.

Para tanto a segurança jurídica tem que ser capaz de fornecer ao indivíduo acesso à informação em relação ao conteúdo na norma.

Cognoscibilidade significa o estado de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão, material e intelectual de estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio da sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade. (ÁVILA, 2012, p. 79).

Expostos os elementos da estabilidade, previsibilidade e cognoscibilidade, estes compõem o eixo central do conceito de segurança jurídica, diante da conceituação proposta por Humberto Ávila.

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de - sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro. (ÁVILA, 2012, p. 282)

Amparado nos argumentos transcritos acima, observa-se que o conceito de segurança jurídica está intimamente ligado a garantir a efetividade do Direito, conferindo estabilidade, confiança e previsibilidade nas relações sociais, qualificando-se como elemento integrante e essencial na harmonização das relações sociais e de direito, e por ser elemento intrínseco ao direito se consolida como eixo norteador e garantidor do Estado Democrático de Direito.

3.2. A segurança jurídica no Estado democrático de Direito.

Alçado o conceito inicial da segurança jurídica, vemos que há muito tempo o ordenamento jurídico pátrio busca meios para a sua aplicação de forma mais marcante. E sua aplicação não é uma tarefa das mais fáceis, considerando que o respeito a esse princípio não significa o engessamento e nem a imutabilidade do Direito. Sabemos que as sociedades modernas têm se transformado em uma velocidade grande, e por vezes apresenta questionamentos não pensados no campo legislativo, sendo necessária uma rápida adequação em resposta aos novos problemas trazidos pela modernidade. Observando a previsibilidade, cognoscibilidade e a calculabilidade, o sistema jurídico entende que, para poder acompanhar as novas evoluções das relações sociais é necessário também uma certa relativização da segurança jurídica, posto que, mudanças e flexibilidade fazem parte de uma sociedade em evolução, e as mudanças no campo jurídico, devem ser realizadas de forma calculada, sem alterações abruptas, de modo a não surpreender o indivíduo ou o jurisdicionado.

Destarte, torna-se um dos grandes desafios do Estado manter o equilíbrio entre estabilidade e a mudança. Como vimos, o Parlamento francês voltou a ideia de segurança jurídica para estrita observância e aplicação da lei por parte do magistrado, sem que este tivesse margem para interpretação. Deixou de se observar, que os textos legais impreterivelmente necessitam de interpretação. Porém, o próprio desenvolvimento e complexidade das relações sociais e humanas, e as mudanças econômicas, não puderam suportar a manutenção do ideal francês, passando a ser necessária a interpretação do texto legal, para acompanhar esse quadro.

O ideal de certeza implícito no conceito de segurança jurídica não tem o interesse de frear o desenvolvimento do direito, ao contrário, busca assegurar justamente a previsibilidade, o que é esperada na atuação do Estado, para que não atrapalhe os planos futuros do cidadão, evitando que este seja surpreendido por mudança que possa lhe trazer prejuízos, devendo ocorrer a mudança sim, contudo, de forma previsível e harmoniosa, trazendo estabilidade ao ordenamento jurídico.

Por seu turno, a estabilidade também perseguida pelo Estado, como elemento da segurança jurídica, não pode ser observado como imutável, salientando que o direito reflete os anseios e valores sociais, e estes, indiscutivelmente são variáveis e mutáveis, de modo que se não for observado o constante processo evolutivo, a imutabilidade, mesmo buscando a estabilidade, geraria a falta de efetividade dos direitos, ou seja, a estabilidade do sistema nas

relações deve ser um alvo a se buscar, sem perder de vista que mutabilidade é necessária justamente para trazer o equilíbrio dentro desse contexto social.

Pode-se então afirmar que, o conceito de segurança jurídica é totalmente inerente ao Estado Democrático de Direito, com grande interação da norma com o princípio. Será a aplicação e a observância desse princípio que garantirá a estabilidade da ordem jurídica e a efetividade dos direitos, dentre os quais a efetividade aos direitos fundamentais. Assim a segurança jurídica pode ser vista também como o direito fundamental indispensável ao cidadão, pois lhe traz certeza e estabilidade das relações sociais.

E ainda o Estado Democrático de Direito, além da segurança jurídica, se fundamenta também em outros valores,¹⁷ como o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.¹⁸ Devendo a efetividade desses valores e princípios serem observados e cumpridos pela Carta Magna, para que se possa alcançar a sua vigência e o seu exercício, sob pena da Constituição se tornar apenas um ‘pedaço de papel’. (LASSALLE. 1993, p. 30).

Assim, como dever, o Estado precisa garantir que as liberdades e igualdades estejam protegidas de arbitrariedades e mudanças abruptas, não apenas de modo formal, mas de modo material, com ferramentas processuais que possibilite o manejo da defesa de direitos e das garantias constitucionais, tal como expresso no artigo 5º da nossa Lei Maior,¹⁹ para que haja a inviolabilidade e manutenção dos direitos e das garantias.

A não possibilidade do exercício dos direitos e garantias fundamentais, em especial se referindo a segurança jurídica, acarretaria uma série de consequências nefastas para a manutenção do Estado, que deixaria de ser um Estado de Direito, passando a imperar a insegurança e a instabilidade social, afetando por consequência a confiança no próprio Estado

¹⁷ Conforme, Robert Alexy afirma que os princípios são mandamentos de otimização (impõem um dever-ser) e por isso pertencem ao âmbito deontológico; os valores, por sua vez, pertencem ao âmbito axiológico. A diferença entre princípios e valores é reduzida a um ponto: aquilo que no modelo de valores é *prima facie* o melhor, no modelo de princípios é *prima facie* o devido; e aquilo que no modelo de valores é definitivamente o melhor, no modelo de princípios é definitivamente o devido. (ALEXY, 2012, p. 153)

¹⁸ Valores estatuídos no preâmbulo da Constituição Federal; Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

¹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte:

e nas instituições. Assim, resta evidenciado que o princípio da segurança jurídica contém o valor precioso e irrenunciável a qualquer regime que pretenda ser caracterizado como democrático, por garantir a promoção da paz social, da liberdade, igualdade e a justiça.

3.2.1. A segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência: dos Assentos portugueses às Súmulas brasileiras.

O comprometimento com a segurança jurídica, em busca da estabilidade e da previsibilidade do Direito não é recente em nosso ordenamento. Mesmo antes da Revolução Gloriosa inglesa e da Revolução Francesa, o sistema judiciário brasileiro já apresentava preocupações com relação a coerência nas decisões e também preocupações com a vinculação dessas decisões a um entendimento jurisprudencial aplicado desde a época em que o Brasil era uma colônia de Portugal.

Cabe destacar que desde as Ordenações Manuelinas, no seu Livro V, Título LVIII, nota-se há muito tempo já existia a obrigatoriedade dos juízes em cumprir a estrita aplicação da lei sob pena de suspensão, e em caso de dúvida na interpretação da lei, deveria ir com ela até a figura do Regedor, para que este chegasse a uma interpretação comum para posterior aplicação do entendimento a todos os magistrados, e que após a consulta, escreveria a dúvida no ‘livrinho’, com o objetivo de não mais restar interpretação diversa em outros casos iguais. Resta evidente os traços da *civil law*, na impossibilidade de o magistrado interpretar a lei, sendo há muito tempo uma herança no Direito brasileiro.

E assim havemos por bem que quando os desembargadores que forem no despacho d’algum feito, todos, o algum deles tiverem alguma dúvida em alguma de nossa Ordenação do entendimento dela, vão com dita dúvida ao Regedor, o qual na Mesa Grande com os desembargadores que lhe bem parecerem determinará, e segundo o que for determinado, se porá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Revendedor pareça que é bem de no-lo fazer saber, para nós logo determinarmos, no-lo fará saber, para nós isso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da dita Ordenação, sem irem ao Regedor como dito é, serão suspensos até nossa mercê. E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho para depois não vir em dúvida. (Ordenações Manuelinas, Livro V, Título LVIII, §1º)²⁰

²⁰ Ordenações Manuelinas. (1521-1595). <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/15p195.htm>. Acesso em 12-08-2019.

Por seu turno, os assentos se mantiveram no ordenamento jurídico português durante as Ordenações Filipinas. E em 1769 os assentos passaram a ter eficácia *erga omnes*, de acordo com o decreto real, determinou-se, nos dizeres do monarca que: os assentos já estabelecidos, que tenho determinado que sejam publicados e os que se estabelecerem daqui em diante sobre as interpretações das leis, constituam leis inalteráveis para sempre como tais, debaixo das penas estabelecidas. (MANCUSO. 2010, p. 223).

Ocorrendo a reforma judicial de 1832 em Portugal, foi extinta a Casa de Suplicação, e houve a criação do Supremo Tribunal de Justiça, do Tribunal de Relação, e dos juízos de primeira instância. Os assentos não foram extintos, contudo, pela reforma adotada, restou a ausência de um Tribunal com previsão legal que pudesse editá-los. Diante da ausência de força vinculante das decisões proveniente dos assentos, o Supremo Tribunal de Justiça português tentou atribuir força vinculante as suas decisões.²¹ E apenas em 1927 o Supremo passou a proferir assentos, dessa feita, com a devida previsão legal consagrada nos artigos 768 e 769²² do Código de Processo Civil português, de 1939.

O Código Civil português de 25 de novembro de 1966, ampliou o instituto do assento, dispondo em seu artigo 2º que, nos casos declarados na lei, os Tribunais poderiam fixar por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral,²³ dotando o instituto de efeito *erga omnes*. A despeito da imposição de vinculação geral obrigatória dos assentos, houve grande discussão em Portugal sobre a constitucionalidade dessa determinação. O que culminou com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º do Código Civil português. Porém o Tribunal

²¹ Os Decretos nº 4.620/1918 e o Decreto 12.353/1926, foram editados com o instituto de dar força vinculante as decisões da Suprema Corte portuguesa.

²² Artigo 768.º (Julgamento do conflito)

1. No julgamento do recurso intervêm, pelo menos, quatro quintos dos magistrados que compõem as secções do tribunal.

2. Sendo vários os fundamentos do recurso, o tribunal conhece de todos os pontos em que haja oposição de julgados. O presidente tem voto de desempate.

3. Desde que haja conflito de jurisprudência, deve o tribunal resolvê-lo e lavrar assento, ainda que a resolução do conflito não tenha utilidade alguma para o caso concreto em litígio, por ter de subsistir a decisão do acórdão recorrido, qualquer que seja a doutrina do assento.

Artigo 769.º (Publicidade e força do assento)

1. O acórdão que resolve o conflito é publicado imediatamente na 1.ª série do Diário do Governo e no Boletim do Ministério da Justiça. O presidente do Supremo enviará ao Ministro da Justiça uma cópia do acórdão, acompanhada da alegação do Ministério Público, dos acórdãos anteriores invocados como fundamento do recurso e de quaisquer considerações que entenda dever fazer.

2. A doutrina assente pelo acórdão que resolve o conflito de jurisprudência é obrigatória para todos os tribunais.

²³ ARTIGO 2º *(Assentos). Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.

Constitucional português manteve a constitucionalidade dos assentos perante os órgãos jurisdicionais, entendendo pela importância da obediência das decisões do Supremo Tribunal de Justiça aos juízes das instâncias inferiores como meio de manter a uniformização do entendimento jurisprudencial.

Por fim, por meio da reforma processual em Portugal, que se deu em 1995²⁴, os assentos foram substituídos pelos acórdãos proferidos pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, mediante a intervenção do Pleno, diante dos recursos, quando tal se revele necessário ou conveniente, para segurar a uniformidade da jurisprudência.

Como destacado, a preocupação com um entendimento jurisprudencial uniforme é uma preocupação dos juristas e das legislações há muito tempo. Essa preocupação reflete a busca pela previsibilidade, isonomia e coerência na aplicação e manutenção da segurança jurídica e do Direito. Vimos a importância dos assentos no Direito português e de igual modo, como não poderia ser diferente, em face da colonização do Brasil, veremos a importância destes no Direito brasileiro, demonstrando as mesmas preocupações com a manutenção da uniformidade do entendimento jurisprudencial.

O Brasil, por sua vez, após a proclamação da sua independência poderia fazer uso das legislações portuguesas, desde que estas não contrariassem a sua soberania nacional. Posteriormente com o Decreto 2.684/1875,²⁵ houve o acolhimento dos assentos editados em

²⁴ Artigo 732.º-A: Uniformização de jurisprudência:

1 - O Presidente do Supremo Tribunal de Justiça determina, até à prolação do acórdão, que o julgamento do recurso se faça com intervenção do pleno das secções cíveis, quando tal se revele necessário ou conveniente para assegurar a uniformidade da jurisprudência.

²⁵ DECRETO Nº 2.684, DE 23 DE OUTUBRO DE 1875

Dá força de lei no Império a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competência ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros.

Hei por bem Sanccionar e Mandar que se execute a seguinte Resolução da Assembléa Geral:

Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Imperio.

As disposições desta lei não prejudicam os casos julgados contra ou conforme os ditos assentos.

Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada.

§ 1º Estes assentos serão tomados, sendo consultadas previamente as Relações.

§ 2º Os assentos serão registrados em livro proprio, remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Camaras Legislativas, numerados e incorporados á collecção das leis de cada anno; e serão obrigatorios provisoriamente até que sejam derogados pelo Poder Legislativo.

§ 3º Os assentos serão tomados por dous terços do numero total dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça, e não poderão mais ser revogados por esse Tribunal.

Portugal após o ano de 1805, e ao mesmo tempo o Decreto conferiu poderes ao Supremo Tribunal de Justiça de editar os seus.

Após a elaboração do Código Comercial brasileiro, no ano de 1850 acontece um grande marco na história do Direito Processual Civil, com a elaboração do Regulamento nº 737, caracterizado por ser a primeira fonte positiva em matéria processual, que regulamentava as causas comerciais. O Regulamento tratava exclusivamente das questões comerciais, não se estendendo a outras questões. Com o objetivo de ampliar o tratamento a outras questões judiciais, o Governo Imperial incumbiu a Antônio Joaquim Ribas a função de sistematizar e normatizar o sistema processual pátrio, por meio da Resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876, a qual ficou conhecida como Consolidação das Leis do Processo Civil, ou consolidação Ribas. E ainda, como forma de manter a uniformização da jurisprudência de forma vinculante, havendo dúvida sobre a aplicação do entendimento no artigo 156, § 3º foi mantido o instituto dos assentos²⁶.

Posteriormente, depois da elaboração da consolidação das leis civis de Ribas, por meio do Decreto nº 763 de 1890 foi estendido os efeitos civis ao regulamento nº 737. Embora houvesse divergências a respeito do valor jurídico do regulamento nº 737, esse foi um marco admirável de evolução da técnica processual, especialmente em relação à economia e a simplicidade do procedimento²⁷.

Suas principais melhorias podem ser assim resumidas: a) tornou pública a inquirição; b) suprimiu as exceções incidentes, limitando as à incompetência, à suspeição, à ilegitimidade de parte, à litispendência e à coisa julgada; c) permitiu ao juiz, em matéria de prova, conhecer do fato demonstrado, sem embargo da ausência de referência das partes. (THEODORO JUNIOR. 2017, p. 30).

Art. 3º Ficam revogadas as disposições em contrário.

Diogo Velho Cavalcanti de Albuquerque, do Meu Conselho, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, assim o tenha entendido e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro em vinte e tres de Outubro de mil oitocentos setenta e cinco, quinquagesimo quarto da Independencia e do Imperio. Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador. Diogo Velho Cavalcanti de Albuquerque. Chancellaria-mór do Imperio. - Diogo Velho Cavalcanti de Albuquerque.

Transitou em 27 de Outubro de 1875. - José Bento da Cunha Figueiredo Junior.

Este texto não substitui o original publicado no Coleção de Leis do Império do Brasil de 1875.

²⁶ Artigo 156. Ao tribunal compete:

§ 3º Tomar assentos para a inteligência das leis civis, comerciais e criminaes, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e juizes da primeira instância nas causas que cabem na sua alçada; procedendo na forma dos Decretos nº 2.684 de 23 de outubro de 1875 nº 6.142 de 10 de março de 1876.

²⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Processo Civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 58ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Ainda com o advento da República, o Supremo Tribunal de Justiça, foi extinto e criado o Supremo Tribunal Federal, por meio do Decreto nº 848 de 1890. Promulgada a Constituição, extinguiu-se o instituto dos assentos, passando o Supremo Tribunal Federal a ter competência para resolver as questões relacionadas a autoridade e aplicação uniforme da Constituição e de sua legislação federal.²⁸

Cabe ressaltar ainda que houve a divisão entre a justiça federal e estadual, e cada Estado passou a ter a competência para legislar sobre matéria processual, ficando a União competente para legislar sobre questões processuais civis federais. Destacam-se neste período as inovações legislativas apresentadas pela Bahia e pelo Estado de São Paulo, que se inspiraram no modelo moderno do Direito Processual Civil europeu. (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER. 2013, p. 74).

Ante a fatores como a despreparação científica dos juristas e legisladores estaduais para elaborarem os seus Códigos de Processo Civil, a Constituição de 1934 buscou centralizar a competência exclusiva para legislar sobre as matérias de Direito Penal, Comercial, Civil, aéreo e Processual, conforme disposição do artigo 5º inciso XIX, 'a'.²⁹

Porém há de se destacar que houve incomensurável prejuízo a Constituição Federal de 1891, a não se utilizar do precedente judicial obrigatório, deixando de tomar os assentos, sem ter algo que os substituíssem. Passou-se também a exercer a função uniformizadora da jurisprudência, o recurso extraordinário proferido pelo Supremo Tribunal Federal em matérias que houvessem interpretação divergente, inserido no artigo 60, § 1º 'c'.³⁰

²⁸ Art. 59 - Á Justiça Federal compete: - Ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originaria e privativamente: a) o Presidente da República, nos crimes communs, e os Ministros de Estado, nos casos de art. 52; b) os Ministros diplomáticos, nos crimes communs e nos de responsabilidade; c) as causas e conflictos entre a União e os Estados, ou entre estes, uns com os outros; d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados; e) os conflictos dos juizes ou tribunaes federaes entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos juizes e tribunaes de um Estado com os juizes e os tribunaes de outro Estrado. II - julgar em grau de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes; III - rever os processos findos, em matéria crime.

²⁹ Art 5º - Compete privativamente à União: XIX - legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais.

³⁰ Art 60 - Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: c) quando dous ou mais tribunaes locaes interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica.

Diante do número de legislações e de entendimentos divergentes no país, através do Decreto-lei nº 1.608 de 1939, foi elaborado o Código de Processo Civil³¹, com o objetivo de uniformização das normas processuais, diante da grande quantidade de leis produzidas pelos Estados, sendo que muitas se tornavam obsoletas e incapazes de satisfazer um objetivo principal do processo civil de tutelar de forma efetiva os direitos dos jurisdicionados.

O Código de 1939 teve o mérito de se inspirar nas mais modernas doutrinas europeias da época, introduzindo importantes inovações em nosso ordenamento processual, como o *princípio da oralidade* e a combinação do *princípio dispositivo* e do *princípio do juiz ativo*, permitindo uma maior agilidade nos procedimentos. O diploma era composto por 1.052 artigos, disposto em dez livros; foi modificado por diversas leis extravagantes e se manteve em vigor até o último dia do ano de 1973 (PINHO. 2013, p. 86).

O anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973³² tentou retomar a tradição dos assentos portugueses atribuindo força vinculante as decisões tomadas por maioria absoluta dos membros do Tribunal, contudo, tal tentativa foi abandonada, tendo em vista o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, posto que, sendo atribuído força de lei aos assentos, estes feririam a autonomia do Poder Legislativo.

Diante do entendimento da inconstitucionalidade, em substituição aos assentos, o Código de Processo Civil de 1973 adotou como mecanismo de uniformização de jurisprudência o artigo 476, com o objetivo de dirimir entendimento conflitantes sobre interpretação do Direito, no caso em que houvesse divergência.³³

Como restou evidente, sempre houve no ordenamento jurídico pátrio a preocupação com a uniformização dos entendimentos jurisprudenciais, e concomitantemente a busca pela segurança jurídica.

³¹ Diante da enorme divergência entre os membros da comissão para elaboração do Código de Processo Civil de 1939, Pedro Batista Martins, assumiu o encargo e elaborou individualmente o projeto da qualificação almejada, que após uma década de estudos e debates, foi aprovado e transformado no decreto-lei o que deu origem ao código de 1939.

³² Elaborado por Alfredo Buzaid no Rio de Janeiro em 1964, previa em seus artigos 516- 520 os dispositivos para uniformização da jurisprudência, no qual se pode notar, no artigo 519, a tentativa de reinserção dos assentos no Código de Processo Civil: Art. 519. O presidente do tribunal, em obediência ao que ficou decidido baixará um assento. Quarenta e cinco (45) dias depois de oficialmente publicado o assento terá força de lei em todo o território nacional.

³³ Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo

Como veremos adiante, a extinção dos assentos na legislação brasileira, pelo seu entendimento como inconstitucional, não resultou no fim da busca constante da uniformização. Destaca-se que no ano de 1960 a importante atuação do ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, que sentindo dificuldades particulares, por não lembrar da jurisprudência dominante³⁴ do Tribunal de sua atuação, passou a sistematizar os temas consolidados pelas decisões tomadas pelo Tribunal, passando a usar e seu material como fonte de consulta durante as sessões de julgamentos, conforme declina Peter Panutto;

Por falta de técnicas mais sofisticadas, a *Súmula* nasceu - e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual - da dificuldade, para os ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente da Corte. Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento. (PANUTTO. 2017, p. 43).

Tradicionalmente, não havia uma forma de consulta a jurisprudência dominante desse Tribunal, sendo que os ministros mais antigos, transmitiam aos mais novos, o entendimento consolidado pelo Supremo, de modo que essa ação particular do ministro Nunes Leal, agradou outros ministros, que, culminou com a indicação do ministro de ser o membro responsável da Comissão de Jurisprudência.

E, em seu entender o ministro achou o meio termo, ou seja, o equilíbrio entre o rigor da aplicação dos assentos portugueses e o instrumento pelo qual se mantem a estabilização da jurisprudência de forma mais flexível, considerando que a súmula pode ser modificada, conforme assevera.

O método que o Supremo Tribunal incorporou na Súmula - para documentar, de modo formal, e simplificar os seus julgamentos - refletia uma posição equilibrada, isto é, sem qualquer excesso. Como tive ocasião de observar, de público, em Belo Horizonte, em 12.8.64 (Rev. Dir. Pr. Civil, 5/71), a Súmula realizou “o ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência (...), ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, ‘para a inteligência geral e perpétua da lei’ e a virtual inoperância dos prejudgados. E um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a Súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada (...). Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juízes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica.

³⁴ Essa particular curiosidade é apresentada pelo citado autor as folhas 43, e diante da peculiaridade, vale o recorte.

Com essa precaução, a Súmula substitui a loteria judiciária das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do direito.” (LEAL.1981, p. 10).

Contudo, por força do dispositivo do artigo 476 do Código de Processo Civil de 1973, que tratava do incidente de uniformização de jurisprudência, a edição de súmulas deixou de ser exclusiva do Supremo Tribunal Federal, podendo qualquer Tribunal editar as suas, quando diante de divergência de entendimento apresentada a Corte, conforme os regimentos internos de cada Tribunal.

Diante deste novo entendimento, o Superior Tribunal de Justiça incluiu em seu regimento interno regras para a criação, revisão e cancelamento de enunciados de súmulas. Porém não houve, por parte dos legisladores, quando da edição do artigo 476 do Código de Processo Civil, a intenção de vincular o entendimento majoritário dos tribunais superiores aos inferiores.

Remanesce, nesse sentido, o traço marcante do sistema *civil law*, da inobservância das instâncias inferiores às decisões dos Tribunais Superiores, presente do *stare decisis* de obediência aos precedentes firmados.

Logicamente, o fato do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, se organizarem e editar as suas súmulas, como autoridades máximas do Poder Judiciário brasileiro restou enfraquecida, tendo em vista que no âmbito dos próprios Tribunais Superiores e nas instâncias inferiores se recusavam a cumprir os entendimentos sumulados, o que, por conseguinte, faz com que aumentasse o número de ações e recursos aos Tribunais.

Nesse contexto, ressalta-se ainda o retorno da jurisdição lotérica, pelo fato de não mais conseguir mensurar com certo grau de previsibilidade o resultado de uma decisão após o ingresso de determinada ação. Também, há de se ressaltar, que em casos de recusa de aplicação do entendimento sumular superior por parte dos magistrados de esteio, resulta em lesão ao princípio da segurança jurídica e da isonomia, ao passo em que aumenta as divergências de decisões em casos iguais, ante ao entendimento e interpretação do magistrado, que não se atendo ao entendimento sumulado pela jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, julga o caso conforme a sua interpretação e o seu livre convencimento.

Constata-se com isso que, a legislação brasileira há muito tempo já vem se preocupando com a uniformização do entendimento jurisprudencial, em busca de uma segurança jurídica que lhe possibilite trazer aos jurisdicionados a previsibilidade,

cognoscibilidade e a confiabilidade das relações sociais. Porém, as súmulas exercendo papel apenas consultivo, ou seja, sendo apenas fonte de consultas dos intérpretes da lei, não resultou na eficácia pretendida reduzir o número de acesso à justiça, de quantidade de recursos aos Tribunais Superiores, e de estabilizar as relações sociais com observância da segurança jurídica, faltou, assim, a devida observância obrigatória as súmulas, a qual funcionou durante muito tempo nos assentos.

Diante do quadro acima, que pode ser identificado como crise do judiciário, foi observado que este poder não estava apresentando uma prestação de serviço satisfatória aos jurisdicionados, devido ao lapso temporal para obtenção de uma decisão as pretensões que lhes eram apresentadas, além do elevado número de processos, e por conseguintes elevados números de recursos aos Tribunais, e também dificuldades no acesso à justiça por parte dos cidadãos. Notadamente a prestação de serviço defectiva no sistema jurídico brasileiro causava aos jurisdicionados grande desconfiança e insegurança, tendo o legislativo, nesse contexto que pensar em instrumentos e ferramentas que pudessem ensejar a manutenção da segurança jurídica e também de uma tramitação mais célere dos processos, em outras palavras, cabia ao legislativo pensar em ferramentas que tornassem a prestação jurisdicional efetiva.

Era chegado o momento de se pensar em uma reforma do Poder Judiciário, para que este pudesse dar uma resposta adequada anseios dos jurisdicionados e da sociedade.

3.3. A Reforma do Poder Judiciário.

De modo a entender melhor o momento e o contexto, a Reforma do Judiciário foi um marco importante para a história jurídica brasileira. O momento de sua criação se deu após a realização de uma CPI (comissão parlamentar de Inquérito), na qual se detectou, à época, diversas irregularidades que ocorriam no âmbito desse Poder.³⁵ Foi observado que o judiciário apresentava uma prestação de serviços não satisfatória aos jurisdicionados, devido ao congestionamento e o elevado número de processos e a dificuldade de acesso à justiça, causando uma insatisfação generalizada.

³⁵ Comissão Parlamentar de Inquérito, criada através do Requerimento nº 118, de 1999-SF “Destinada a apurar no prazo de 120 (cento e vinte) dias, fatos do conhecimento do Congresso Nacional, e outros divulgados pela Imprensa, contendo denúncias concretas a respeito da existência de irregularidades praticadas por integrantes de Tribunais Superiores, de Tribunais Regionais, e de Tribunais de Justiça”. Requerimento(s) de criação: RQS 118/1999. <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?4&codcol=185>. Consultado em 04/08/2019.

Em 30 de dezembro de 2004 foi assim promulgada a primeira parte da Emenda constitucional 45.

Além das importantes mudanças trazidas pela Emenda, os legisladores se preocupavam em que houvesse uma maior aproximação da população com o poder judiciário, para que também houvesse um maior controle social. Com essa preocupação foi criado o Conselho Nacional de Justiça.

Inegavelmente a criação do Conselho Nacional de Justiça³⁶ contribuiu para que houvesse maior transparência, apresentando números e estatísticas as quais poderiam realmente mensurar o papel e a atividade do Judiciário.

Notadamente, tendo como grande motivador o elevado número de processos que ingressavam no sistema, o grande congestionamento desses processos que naturalmente levavam a uma prestação jurisdicional com lapso temporal elevado, naturalmente causava aos cidadãos que precisavam se utilizar deste Poder, grande desconfiança e insegurança. Novamente volta-se os olhos ao Legislativo para pensar em instrumentos e ferramentas que pudessem ensejar a manutenção da segurança jurídica e também para uma tramitação processual mais célere.

Como resposta a Emenda constitucional, se destacam dois Pactos Republicanos, entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que visavam dar concretude aos dispositivos introduzidos pelo novo comando legal.³⁷ A partir destes pactos observamos a

³⁶ Na exposição de motivos da EC 45/2004, constou a necessidade de fiscalização do Judiciário e de maior transparência. Enquanto o Executivo era fiscalizado pelo Legislativo, este pelo povo e ambos pelo Poder Judiciário, este último não se submetia a qualquer modalidade de controle externo. Para cumprir essa missão, outra inovação da EC 45/2004 foi a criação do CNJ, órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes. O Conselho zela pela autonomia do Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providência, sendo ainda responsável pela elaboração de políticas estratégicas e pelo exame de questões disciplinares de magistrados. Formado não apenas por juizes, mas também por representantes da sociedade, da advocacia e do Ministério Público, o Conselho é um órgão plural. O CNJ atua em diversas áreas de interesse da sociedade, como o aprimoramento da aplicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), o estímulo à não judicialização, o incentivo à conciliação e à mediação, a promoção de políticas públicas referentes ao sistema carcerário, a elaboração anual de panorama do Poder Judiciário e a atuação em programas para melhoria da eficiência da Justiça. Também estimula a adoção dos processos eletrônicos. Muitas dessas inovações têm como objetivo garantir a razoável duração de processos judiciais e administrativos, outra demanda instituída pela EC 45. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393561>. Consultado em, 04/08/2019.

³⁷ Em 2004, o Supremo Tribunal Federal, o Palácio do Planalto e o Congresso Nacional firmaram uma parceria para melhorar instituições do país por meio do Pacto Republicano. Essa parceria entre os Três Poderes da República visa contribuir para uma democracia sólida e consiste em um significativo esforço conjunto em prol da modernização do Judiciário. Naquele ano, a ação concertada entre os três Poderes já havia resultado na aprovação da Emenda Constitucional 45, que dispôs sobre a Reforma do Judiciário, e na criação, pelo Poder

criação da Lei do processo eletrônico, e a desjudicialização de alguns dispositivos, que mediante a observância de alguns requisitos poderiam ser pleiteados e resolvidos diretamente fora do Poder Judiciário, ou seja, pela via administrativa e diretamente nos cartórios, trazendo como exemplo a separação, o divórcio e o inventário em casos que não haja conflitos. Indo além, pois a vigência do Pacto Republicano trouxe a consciência a todos os entes federativos que a crise da Justiça não se resume apenas ao Poder Judiciário, dependendo da coesão dos Poderes Legislativo e Executivo.

Traçadas as premissas constitucionais pela Emenda, como forma de harmonizar o novo panorama, iniciou-se por parte dos legisladores a modernização da legislação infraconstitucional, para atender os comandos. Lembrando que fora introduzido pela Emenda avanços e mudanças tanto legislativas como estruturais dentro do Poder Judiciário.

Dentre algumas mudanças trazidas pela Emenda, destacam-se a preocupação com o acesso à justiça o que gerou o crescimento e autonomia das Defensorias Públicas; efetivação dos direitos fundamentais, com a observância e submissão do Brasil aos tratados e convenções internacionais e a celeridade processual na prestação jurisdicional, com a razoável duração do processo judicial e administrativo.³⁸

Guardando relação com o presente trabalho, destaca-se ainda o instituto da repercussão geral e da súmula vinculante, que já, nesse período trouxeram bastante controvérsias, gerando acalorados debates.

Executivo, da Secretaria de Reforma do Judiciário no âmbito do Ministério da Justiça, com a meta de colaborar, articular e sistematizar propostas de aperfeiçoamento normativo e de acesso à Justiça. A primeira edição do Pacto Republicano, celebrada após a promulgação da Emenda Constitucional 45, teve como objetivo principal a viabilização de um Judiciário mais rápido e mais sensível às demandas da cidadania, principalmente por meio da rapidez na aprovação de projetos de lei que aprimorassem a Justiça do país. Os resultados foram animadores, pois o Pacto foi decisivo para a efetivação de mecanismos que aumentaram a agilidade da Justiça, como a regulamentação dos institutos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral por meio das Leis 11.417 e 11.418, respectivamente, ambas de dezembro de 2006. A plena vigência desses institutos contribuiu para desafogar os gabinetes dos 11 Ministros da Corte, possibilitando um andamento mais célere aos processos, visto que impediram a interposição inúmeros de Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento. De acordo com o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, a aplicação da sistemática da repercussão geral já resultou, desde 2007, na redução de 41,2% do número de recursos que chegam a Corte.http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547. Consultado em, 04/08/2019.

³⁸ Assim, destaca-se algumas das mudanças da Emenda 45: Art. 5º LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. E ainda fora incluído no artigo 102 § 3º o instituto da repercussão geral e no artigo 103-A o instituto da sumula vinculante.

Seria novamente a tentativa de retorno dos assentos portugueses, dessa vez com ares constitucionais? Por certo, toda decisão vinculativa causa dificuldades em sua aceitação, contudo, diferente dos assentos portugueses o qual tinha a sua imposição a todos de forma obrigatória, a súmula vinculante, que melhor analisaremos abaixo, tem a sua competência de atuação limitada aos órgãos judiciais e da Administração Pública, além de comportar a possibilidade de alteração ou revogação.

Desse modo, como objeto do presente estudo melhor análise carece com relação a repercussão geral e a súmula vinculante, como ferramentas para descongestionar a quantidade de processos e de recursos nos Tribunais Superiores.

3.3.1. A repercussão geral como precedente obrigatório.

Inicialmente tratando do Instituto da repercussão geral, introduzido pela Emenda constitucional 45, este trouxe notável mudança no tocante a sistemática de casos repetitivos analisados pelo Supremo Tribunal Federal. Previsto o seu comando no artigo 102, § 3º da Constituição, restou indispensável para admissibilidade do Recurso Extraordinário a demonstração da repercussão geral a fim de que o Tribunal possa examinar a admissão do citado recurso somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos seus membros.

Assim, foi proposta a Lei 11.418 de 19 de dezembro de 2006, que regulamentava o instituto da repercussão geral nos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil de 1973. O artigo 543-A em seu parágrafo primeiro indica o que se deve entender por repercussão geral, que será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

E ainda pelo comando expresso do citado artigo, restou determinado que o Supremo Tribunal Federal não conheceria do recurso extraordinário em decisão irrecorrível, quando a questão constitucional nele versada não oferecesse repercussão geral nos termos do artigo citado acima. E sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, haverá repercussão geral.

Destaca-se, portanto, que o instituto da repercussão geral foi introduzido no nosso ordenamento com claro intuito de uniformizar a jurisprudência dominante do Tribunal, desta feita, com o cunho de observância obrigatória das decisões que tratem dos temas nos quais é reconhecida a repercussão, oferecendo maior segurança jurídica aos jurisdicionados, e levando

o Supremo Tribunal Federal a desempenhar melhor função, sendo permitido a seleção dos recursos que devem ser conhecidos.

Nesse contexto o Supremo Tribunal Federal passa a melhor selecionar apenas as questões que lhe parecem de maior impacto do ponto de vista econômico, político social e jurídico, questões que apresentam transcendência, desde que haja multiplicidade de recursos com fundamento de idêntica controvérsia, conforme o artigo 543-B, cabendo ao Regimento Interno do Supremo a observância da controvérsia.

Com o advento do atual Código de Processo Civil, o instituto da repercussão geral se apresenta no artigo 1.035, com poucas alterações. Sendo mantida a impossibilidade de recursos quando não reconhecida a repercussão geral em decisão.³⁹ Assim como no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, quanto ao processamento da recuperação geral no recurso extraordinário, deverá ser dada a mais ampla e específica divulgação, com máxima publicidade de acordo com o artigo 979 parágrafo 3º do Código de Processo Civil. Nesse mesmo contexto, se assemelha mais uma vez ao instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas, o qual trataremos em momento oportuno, sendo que, reconhecida a repercussão geral o Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e que tramitem no território nacional, conforme parágrafo 5º do artigo 1.035. E ainda, conforme parágrafo 9º do mesmo artigo, o recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de um ano, tendo preferência sobre os demais feitos, ressalvadas os que envolvam réu preso os pedidos de habeas corpus.

Desse modo, resta evidenciada a importância do instituto da repercussão geral incluída pela Emenda Constitucional 45, que apresenta a natureza jurídica de medida restritiva ao cabimento do recurso extraordinário, de modo a restringir a quantidade de recursos que chegavam ao Supremo Tribunal Federal, sendo uma ferramenta utilizada para dar efetividade processual, exigindo dos ministros do Supremo Tribunal Federal, maior qualidade da sua prestação jurisdicional, tendo em vista que as decisões passarão a ser paradigmáticas, demandando maior especificidade na tese dos julgados que estenderá efeitos vinculantes as demais decisões.

³⁹ RISTF: (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal): Art. 326. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo (a) Relator (a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do art. 329. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)

Atualmente, uma das dificuldades que obstam maior sucesso da repercussão geral reside no fato da demora de alguns tribunais em aplicar a tese já firmada e publicada pelo Supremo Tribunal Federal, e em outros casos também, o retorno dos autos a tramitação quando a repercussão geral não é reconhecida pelo Supremo.

Afim de demonstrar a importância do instituto em nosso ordenamento, ressaltam-se os números que comprovam a sua efetividade como medida restritiva de cabimento de recursos no âmbito dos Tribunais, nos atendo aos números e restringindo o campo de pesquisa ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vemos até o presente momento 278.530 (duzentos e setenta e oito mil quinhentos e trinta) feitos sobrestados por temas do Supremo Tribunal Federal:⁴⁰

Tema 6: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º; 6º; 196; e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo; quantidade 6.818.

Tema 19: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 37, X e § 6º, da Constituição Federal, o direito, ou não, a indenização por danos patrimoniais sofridos em razão de omissão do Poder Executivo estadual, consistente no não encaminhamento de projeto de lei destinado a viabilizar reajuste geral e anual dos vencimentos de servidores públicos estaduais; quantidade 5.734.

Tema 111: Recurso extraordinário em que se discute a aplicabilidade imediata, ou não, do art. 78, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e a possibilidade, ou não, à luz desse dispositivo, de compensação de débitos tributários com precatórios de natureza alimentar; quantidade 2.353.

Tema 176: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 150, II; e 155, II, § 2º, IX, b, e § 3º, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da inclusão dos valores pagos a título de “demanda contratada” (demanda de potência) na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica; quantidade 3.953.

⁴⁰ Em números totais, os feitos sobrestados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até essa data perfazem um total de 278.530 processos sob o instituto da repercussão geral, aguardando julgamentos. <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=114342> (consultado em 30-08-2019).

Tema 264: Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o direito, ou não, a diferenças de correção monetária de depósitos em cadernetas de poupança, por alegados expurgos inflacionários decorrentes dos planos econômicos denominados Bresser e Verão; quantidade 14.7576.

Tema 265: Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o direito, ou não, a diferenças de correção monetária de depósitos em cadernetas de poupança, por alegados expurgos inflacionários decorrentes do plano econômico denominado Collor I; quantidade 25.843.

Tema 284: Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, II e XXXVI, da Constituição Federal, o direito, ou não, a diferenças de correção monetária de depósitos em cadernetas de poupança, bloqueados pelo Banco Central do Brasil, por alegados expurgos inflacionários decorrentes do plano econômico denominado Collor I; quantidade 5.816.

Tema 285: Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, o direito, ou não, a diferenças de correção monetária de depósitos em cadernetas de poupança, não bloqueados pelo Banco Central do Brasil, por alegados expurgos inflacionários decorrentes do plano econômico denominado Collor II; quantidade 30.234.

Tema 548: Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute se é autoaplicável o inciso IV do art. 208 da Constituição Federal - dispositivo que trata do dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças até 5 (cinco) anos de idade; quantidade 3.308.

Tema 551: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do caput e do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de extensão de direitos concedidos aos servidores públicos efetivos aos servidores e empregados públicos contratados para atender necessidade temporária e excepcional do setor público; quantidade 2.793.

Tema 793: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 198 da Constituição Federal, a existência, ou não, de responsabilidade solidária entre os entes federados pela promoção dos atos necessários à concretização do direito à saúde, tais como o

fornecimento de medicamentos e o custeio de tratamento médico adequado aos necessitados; quantidade 4.328.

Tema 810: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 102, caput, I, e 195, § 5º, da Constituição Federal, a validade, ou não, da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009; quantidade 22.634.

Assim, selecionou-se os temas acima como aqueles que apresentam maior quantidade de feitos sobrestados no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, sem mencionar os temas que não foram reconhecidas a repercussão, os temas em que houve o reconhecimento com julgamento de mérito e os temas ainda sem julgamento de mérito.

Os temas indicados acima, no entendimento do Supremo Tribunal Federal apresentam questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social e ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, ou seja, apresentam transcendência. Desse modo, aguardam uma decisão paradigmática para cada tema, que por sua vez, esse Acórdão terá efeito vinculante aos demais casos referentes a questão decidida, resolvendo milhares de processos referente a cada questão e em contramedida, barrando a subida de centenas de milhares de recursos repetitivos.

Desse modo resta evidenciada a importância do instituto da repercussão geral como ferramenta restritiva de recurso e de desafogo dos Tribunais, podendo ser considerada a decisão que julga favoravelmente o reconhecimento da repercussão como um precedente vinculante de cumprimento obrigatório para os demais Tribunais, pela sua eficácia horizontal e vertical⁴¹. (MARINONI. 2011, p. 475).

⁴¹ Conforme assevera MARINONI, quer dizer, em suma, para o instituto da repercussão geral, ao frisar a importância das questões constitucionais com relevância e transcendência, e, por consequência, demonstrar a importância do Supremo Tribunal Federal para garantir a unidade do direito, deu nova ênfase a imprescindibilidade de se ter as decisões da Suprema Corte como precedentes constitucionais dotados de eficácia vinculante.

3.3.2. A Súmula Vinculante.

Outro importante instituto acrescentado pela Emenda Constitucional 45/04 diz respeito à súmula vinculante. Como vimos acima, as súmulas se apresentaram no ordenamento jurídico pátrio com o intuito de uniformizar o entendimento jurisprudencial a fim de assegurar a coerência da ordem jurídica, a igualdade e a previsibilidade das decisões, e voltadas a solucionar as questões de casos reiterados de natureza não complexa. Mas, assim como os assentos portugueses, as súmulas vinculantes também sofreram muitas resistências pelos aplicadores do Direito, jurista e pela doutrina.

Pelo fato de tradicionalmente os magistrados, tanto de esteio, como dos Tribunais Superiores não seguirem as suas próprias decisões, o que acarreta insegurança jurídica, mesmo se utilizando de entendimentos sumulados, sempre houve injustificada resistência em obediência às decisões. Com efeito, a Emenda Constitucional 45/04 acrescentou o artigo 103-A ao texto constitucional.⁴² E em obediência ao comando constitucional, foi editada a Lei 11.417/2006, que passou a tratar da súmula vinculante, e dos seus efeitos e aplicação.

De início, Gilmar Ferreira Mendes passa a expor o que vem a ser efeito vinculante:

(...) trata-se de um instituto jurídico desenvolvido pelo Direito Processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas a parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos determinantes. (...) baseado na doutrina alemã, a coisa julgada de uma decisão com efeito vinculante ultrapassa os limites estritos da parte dispositiva para abranger, igualmente, a norma rescisória concreta, isto é, aquela ideia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes. (MARTINS, MENDES. 2001, p. 337).

⁴² Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

E também o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o que seria referido efeito, sendo observada tal informação no Glossário⁴³ do portal do Tribunal que assim prescreve:

Efeito vinculante: Efeito obrigatório de uma decisão definitiva tomada em instância superior em relação às decisões de instância inferior, as quais deverão observá-la sempre que se discuta matéria idêntica.

No Supremo Tribunal Federal, as decisões definitivas de mérito tomadas em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possuem efeito vinculante. As Súmulas desta Corte apenas produzirão efeito vinculante após a confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

Fundamentação Legal: Artigos 102, III, §2º; e 103-A da CF/1988.

Assim, pelo efeito vinculante, torna-se obrigatória a observância das decisões prolatadas mediante as súmulas do Supremo Tribunal Federal, cabendo aos demais Tribunais a pautar o entendimento conforme o que fora sumulado. E ainda, pelo comando normativo, o Supremo Tribunal Federal pode tornar o entendimento vinculativo, mesmo em decisão de casos interpartes, conforme assevera Hélio Ricardo Diniz Krebs.

As súmulas vinculantes aprovadas pela corte também conferem a decisão o efeito vinculante, devendo a administração pública atuar conforme o enunciado da súmula, bem como os juízes e desembargadores do país. Os demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal (habeas corpus, mandado de segurança, recursos extraordinários e outros) não possuem efeito vinculante, assim a decisão tomada nesses processos só tem validade entre as partes. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal Pode conferir esse efeito convertendo o entendimento em súmula vinculante. Outro caminho é o envio de mensagem ao Senado Federal, a fim de informar o resultado do julgamento para que ele retire do ordenamento a norma tida como inconstitucional. (KREBS. 2015, p. 131-132).

Nesse passo, com observância obrigatória e devida aplicação da súmula vinculante, nota-se nesse momento, a influência de sistema legal díspar ao sistema de utilização em nosso ordenamento jurídico. Salienta-se que não desaparece as diferenças entre o sistema *civil law* e *common law*, contudo, a comparação não pode ser mais estática, e passa a indicar as interferências de um sistema sobre o outro, ou se preferir, a imitação de um sistema, ou modelo por outros. (TARUFFO. 2005, p. 153).

⁴³ BRASIL, STF: Glossário Jurídico; Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/> Acesso em 05.09.2019.

Como não poderia deixar de ser, a imposição de uma decisão vinculante com força obrigatória aos demais tribunais, e o acolhimento de ideias de um instituto característica de outro sistema, acarretou críticas, como a apontada por Streck:

Antes de tudo, é necessário afastar a tese, tida por parte considerável da doutrina como pacífica, de que a instituição do efeito vinculante deita fundamento na figura do precedente e no instituto do *stare decisis* do direito anglo-americano. Penso não ser adequado esse raciocínio, a começar pelo fato de que, nos Estados Unidos, a força do precedente reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer nas leis, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício. No direito norte americano, as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, são emanadas para solver disputas entre os litigantes de um determinado caso concreto. Nesse sentido, vem bem a assertiva de Dennis Lloyd, para quem a própria doutrina no *stare decisis* já não tem sido aplicada de forma rígida nos Estados Unidos e mesmo na Inglaterra vem sendo flexibilizada: o princípio do *stare decisis* é inimigo do desenvolvimento científico do direito. (STRECK. 2005, p. 152-153).

Como podemos observar acima, do ponto de vista histórico, o instituto dos assentos portugueses tiveram marcante influência no estabelecimento do mecanismo de uniformização da jurisprudência no Brasil, e como vimos também, a legislação portuguesa entendeu pela sua inconstitucionalidade e acabou por extingui-los, colocando fim a força obrigatória geral que o instituto impunha. Diferente, porém, da súmula vinculante, salientando que força do seu efeito vinculante se atém no âmbito do Poder Judiciário e da Administração Pública, não sendo imposto a todos como eram os assentos portugueses.

Com base no primeiro entendimento, Streck expressa discordância quanto à adoção da súmula vinculante, por entender esta incompatível com a Constituição Federal de 1988, conforme exposto:

Ao editar uma súmula com efeito vinculante, oponível *erga omnes*, o Supremo Tribunal Federal passa a exercer poder maior do que o reservado ao poder legislativo, uma vez que assume funções legiferantes, agregando ao produto legislado a prévia interpretação, o que, no mínimo, viola a cláusula da divisão de poderes inscrita na Constituição Federal. A institucionalização das súmulas com efeito vinculante atropela vários princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como a divisão de atribuição de poderes, formação democrática da lei a partir da vontade geral representada pelo Parlamento, a independência de parte do poder Judiciário, além de colocar em risco o sustentáculo do modelo de direito firmado na lei adotada em nossa Constituição (sistema romano-germânico). (STRECK. 2005, p. 156).

Fazendo coro ao entendimento adotado por Streck, Oscar Vieira Vilhena, entende que a adoção da súmula vinculante, além de afrontar as normas constitucionais, nada resolverá

do ponto de vista pragmático: caso o juiz discorde da sumula, poderá deixar de aplicá-la, resultando em muitas reclamações ao Supremo Tribunal Federal. (VILHENA. 2004, p. 195).

E ainda, Ovídio Baptista da Silva também se manifesta contrariamente à súmula vinculante. Segundo o autor, o racionalismo procurou transformar o direito em uma ciência lógica, tão exata e demonstrável quanto uma equação algébrica e o fundamento que preside nosso interminável sistema de recursos é, sem dúvida, a crença iluminista de que o nosso legislador possa produzir um texto com tal simplicidade e transparência capaz de gerar e univocidade do sentido. (SILVA. 2004, p. 255).

O referido autor afirma que a súmula vinculante mostra-se desaconselhável pelas seguintes razões:

A sua base teórica tem como pressuposto metodológico a uniformidade abstrata dos julgados, com a implícita recusa do poder do criador da jurisprudência e, portanto, igualmente pressuposta negação do caráter hermenêutico do direito.

A súmula vinculante contribui para aprisionar o sistema jurídico ao passado, impedindo que a elaboração jurisprudencial e permita progredir, em convivência com a constantemente transformada realidade social. (SILVA. 2004, p. 257).

Conforme seu entendimento, a súmula obrigatória reproduz a concepção iluminista, que reivindicava para a lei um ilusório sentido de univocidade, a que poderão, talvez, aspirar as ciências exatas, nunca uma ciência essencialmente hermenêutica, como o Direito. A moderna função dos Tribunais Supremos há de ser um instrumento voltado para o futuro, que vise a unidade do Direito, não à uniformidade da jurisprudência. (SILVA. 2004, p. 257-258).

E também, a aplicação da sumula vinculante não foi bem recebida pelos juízes, que deitaram críticas iniciais no sentido de entenderem que a adoção do instituto pela Emenda Constitucional 45 é tida como um retrocesso, por causar um processo de elitização da jurisprudência, que passaria a ser editadas nas instâncias superiores, mantendo as decisões nas cúpulas do Poder Judiciário, enquanto o Judiciário é capilarizado em todo o território brasileiro, sendo a magistratura de esteio a que teria maior percepção originária de fazer a jurisprudência através dos novos litígios que se originam nos fóruns, até chegar aos Tribunais Superiores, e isso acaba sendo inobservado com a criação da súmula vinculante, que por vezes é fruto de um entendimento não consolidado pelos Tribunais, tal como deveria ser.

Assim, os argumentos contrários a utilização da súmula vinculante em nosso sistema jurídico podem ser assim resumidos: a) violação ao princípio da tripartição de poderes; b) obstaculização ao desenvolvimento do Direito; e c) violação a independência do juiz.

Com relação a violação ao princípio da tripartição de poderes, ao entender que cabe apenas ao legislativo criar o direito, parte-se de uma falsa ideia.

Há muito tempo já fora deixado para trás o argumento que se pretendia reduzir o magistrado apenas a mero autômato, como no modelo proposto por Montesquieu, sendo permitido apenas ao magistrado dizer o direito.

Como vimos, a história provou que a concepção iluminista de restringir ao máximo a atuação do juiz, mantendo o dogma em torno da superioridade absoluta da lei não se resultou no meio mais adequado para evolução do Direito, diante das constantes mudanças sociais e econômicas ocorridas. Notadamente, diante de um Estado Constitucional de Direito, cabe ao Judiciário concretizar as vontades emanadas na Constituição Federal, ao lado dos demais poderes, zelando pelo seu comprimento efetivo. E um posicionamento que só acredita no legislador como centro único de referência das leis, desmerece os pilares e estrutura do Estado Constitucional.

Conforme entendimento esboçado por André Ramos Tavares:

A criação de “diretivas” gerais, de “súmulas” (enunciados) do pensamento (concretização) do Tribunal, para serem generalizadamente assumidas pelos demais centros de “poder”, constituem, inegavelmente uma atuação propositiva. Mas fica evidente a distinção com o legislador quando se anota que a este é conferido amplo leque de opções políticas que pode adotar, de maneira relativamente discricionária, enquanto o magistrado está circunscrito a um quadro limitado de opções válidas, e jungido, em sua função, à necessidade de fundamentar e justificar pormenorizadamente a partir e dentro de um caso concreto (real ou hipotético). (TAVARES. 2008, p. 101).

Com efeito, o citado autor entende que há notória distinção entre o legislador, sendo que a este é conferida maior discricionariade ao criar a lei, com relação ao magistrado, que fica limitado diante de um quadro de atuação, o qual será a sua referência para atuar, sem que haja ofensa a separação dos poderes, ou seja, dentro desse quadro hipotético, cabe ao magistrado poder criar o direito através de diretivas gerais e enunciados que expressem o entendimento do Tribunal, ao passo que, ultrapassando este limite, poderia, em tese, se falar de ativismo judicial, ou a invasão do poder legiferante, desse modo havendo lesão entre a separação dos poderes, o que não ocorre com a emissão das súmulas vinculantes.

De igual modo, a crítica sobre a súmula vinculante obstaculizar o desenvolvimento do Direito, não há de prosperar.

Partindo do pressuposto que não existe a possibilidade enrijecimento do direito através da utilização das súmulas vinculantes, destacando a sua própria natureza de constituição, que visa a uniformização da jurisprudência, e também a segurança jurídica nas decisões. As súmulas editadas podem ser objetos de revisão, modificação e cancelamento, mediante procedimento próprio.

Nesse sentido expressa Gilmar Mendes:

A possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do direito estar em constante transformação. Nesse sentido, faz-se imprescindível a possibilidade de alteração das súmulas vinculantes, para que elas possam ser adequadas a essas necessidades, também de índole prática. Todavia, do mesmo modo que a adoção de uma súmula vinculante não ocorre de um momento para o outro, exigindo que a matéria tenha sido objeto de reiteradas decisões sobre o assunto a sua alteração ou modificação também exige discussão cuidadosa. À evidência, não procede o argumento de que a súmula vinculante impede mudanças que ocorrem por demanda da sociedade e do próprio sistema jurídico, uma vez que a previsão constitucional da revisão e revogação dos seus enunciados. Ademais, a revisão da súmula propicia ao eventual requerente maiores oportunidades de superação do entendimento consolidado do que o sistema de recursos em massa, que são respondidos, também, pelas fórmulas massificadas existentes hoje nos tribunais. (MENDES. 2009, p. 1011).

Conforme expresso na própria Lei 11.417/2006, em seu artigo 3º, foi dado aos legitimados de propor a ação direta de inconstitucionalidade,⁴⁴ a possibilidade de aprovação, revisão ou cancelamento da súmula. E ainda, no seu artigo 2º, parágrafo 3º, foi previsto que a edição, revisão e o cancelamento do enunciado de súmula com efeito vinculante, dependerá da

⁴⁴ Assim, como previsto na citada Lei: Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. § 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo. § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

decisão tomada por $\frac{2}{3}$ (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

Destarte, não há de se falar em obstaculização ao desenvolvimento do Direito, salientando que a súmula vinculante é um dos mais importantes instrumentos previstos na emenda constitucional 45, com força cogente para uniformizar o entendimento jurisprudencial e buscar a segurança jurídica, trazendo a previsibilidade nos julgados e mantendo a coerência das decisões e até facilitando o trabalho dos juízes.

Ao seu turno, no que concerne a necessária e imprescindível independência funcional do magistrado, observa-se que da mesma forma, não resta maculada pela súmula vinculante. Servindo-se da lição de Luiz Flávio Gomes, que assevera: Concedemos a independência judicial desse modo, não como um fim em si mesmo, senão como um meio, não um conceito instrumental em relação a imparcialidade, a serviço da ideia de que o juiz deve sempre atuar como terceiro na composição dos interesses em conflito, com a lei com ponto de referência indiscutível. (GOMES. 1997, p. 42).

Ressalta-se que a independência do magistrado não está necessariamente ligada a necessidade de inexistir obrigatoriedade de observância de decisões dos Tribunais Superiores. Nota-se que a inobservância das decisões dos Tribunais Superiores, mesmo com entendimento da jurisprudência dominante devidamente sumulada, por vezes esta não era observada, como ainda em muitos casos não é, pelos magistrados dos tribunais inferiores, e até mesmo dentro da própria Corte que emitiu a súmula.

Consoante a indistinta atenção ao entendimento majoritário, por bem, a Emenda Constitucional 45 imbuíu a súmula com efeito vinculante, para que desse modo pudesse ser observada e obedecido pelos juízes de esteio, sem, contudo, lhes tirar a sua autonomia e a sua legitimidade para o exercício do poder normativo. O que não poderia continuar ocorrendo, era o caso de a manifestação dos magistrados ensejar em o número indistinto de entendimentos, conseqüentemente batendo às portas dos Tribunais Superiores uma quantidade muito grande de recursos.

Assim, é emprestada a súmula vinculante a missão de restabelecer em primeiro momento o contingenciamento de recursos nas instâncias superiores, e em um segundo momento, o restabelecimento da previsibilidade e da coerência nas decisões, passando a decidir, agora com exigência legal, que casos iguais mantenham as suas decisões da mesma forma.

E, por fim, com relação a crítica dos magistrados em relação a elitização do entendimento jurisprudencial, que passaria a ser eligido apenas pela cúpula do Poder Judiciário, deixando de observar o entendimento dos tribunais inferiores, que teriam melhores condições de infirmar o melhor posicionamento jurisprudencial com base nos litígios e demandas, pelo fato de estar capilarizado em todo território brasileiro, dando melhor embasamento para o entendimento consolidado.

Destaca-se também que não assiste razão a crítica perpetrada, tendo em vista a própria especificidade da elaboração da súmula vinculante, pois, conforme o próprio artigo 103-A da Constituição Federal, assevera que as súmulas serão aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal após provocação dos seus legitimados legais, com aprovação de $\frac{2}{3}$ (dois terços) dos seus membros, quando restar comprovada reiteradas decisões sobre matéria constitucional. E ainda o parágrafo 1º, continua que, para confecção da súmula vinculante é necessário que haja assuntos que acarretem controvérsia atual entre os órgãos Judiciários e Administração Pública, e ainda que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas.

Assim, não é retirado dos tribunais de esteio a possibilidade de continuar formando o seu entendimento jurisprudencial, de modo a consolidá-lo e emitir as suas súmulas, contudo, dada a natureza constitucional da matéria tratada nas súmulas vinculantes, essas não poderão ser editadas a qualquer momento ou com base em qualquer eventual necessidade, salientando que tais requisitos deverão ser observados quando da edição da mesma. Então, ao contrário da crítica, não se trata de elitização para o entendimento jurisprudencial, trata-se de especificidade de matéria, que pela sua essência ou controvérsia passe a ser tratada especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, que é o único órgão que tem a legitimidade de emitir decisão com força obrigatória para que as instâncias inferiores assim cumpram.

E pesa ainda o fato dos juízes sempre decidirem de forma livre, sem a devida observação dos entendimentos sumulados nas instâncias superiores, de modo que a obrigatoriedade na imposição da sumula vinculante é também para que permaneça e sobressaia a uniformidade do entendimento jurisprudencial, devendo ser observado e respeitado, o que fortalece a segurança jurídica com a estabilidade dos julgados e coerências nas decisões.

Nesse sentido, se o entendimento sumulado não for aplicado, ou aplicado indevidamente, com base em entendimento dissonante ou ser negada a sua vigência, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal contra a decisão ou ato administrativo.

Sendo julgado procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Preconiza ainda o artigo 7º da Lei 11.417/ 2006, que, contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

Uma vez acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação, dada ciência autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso administrativo, estes deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal⁴⁵.

Com o passar do tempo e com a utilização desse instrumento, notou-se que a legislação, bem como o judiciário brasileiro evoluiu no sentido de buscar uma maior efetividade processual, o que só poderia acontecer com a quebra de padrões no modo da interpretação jurídica.

Nesse sentido o Código de Processo Civil após a sua última reforma, se mostra como uma avançada ferramenta na busca dessa efetividade, mantendo o que melhor funcionou no entendimento pacificado da família *civil law*, e agregando outras ferramentas de observância obrigatória com respeito as decisões anteriores, extraídas da família *common law*, com a mescla desses dois sistemas, se tornando um sistema misto, o judiciário brasileiro procurar dar respostas mais ágeis aos seus jurisdicionados, entendendo pela necessidade dos precedentes vinculantes obrigatórios como forma e meio de se organizar hierarquicamente com observância das decisões dos Tribunais Superiores e aliviar a carga de recursos que sobrecarregam as superiores instâncias, como veremos na sequência desse trabalho.

⁴⁵ Conforme expresso no artigo 64-B da Lei 9.784/1999.

4. NEOPROCESSUALISMO E A BUSCA DA EFETIVIDADE PROCESSUAL COM A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS.

Ao utilizarmos a expressão neoprocessualismo, identificamos a aproximação das normas processuais com a Constituição Federal.

Essa preocupação do legislador vem estampada no Código de Processo Civil no seu artigo primeiro, quando afirma: o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (Código Processo Civil, artigo 1º). Nos dizeres de Peter Häberle, a Constituição no Estado Democrático de Direito não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, constituindo, a sociedade. (HABERLE. 1997, p. 84).

Com advento do atual Código de Processo Civil, vemos uma evolução teórico-prática se afastando do formalismo e se aproximando dos preceitos do constitucionalismo. Incondicionalmente notamos a facilitação do acesso à justiça dos mais necessitados, com assistência jurídica integral conforme exposto no artigo 5º LXXIV da Constituição, apenas à guisa de exemplo, posto que a nova Constituição Cidadã, prever muitos outros meios de Direito de ação direcionado aos cidadãos que tenham seus direitos lesados. Com o livre acesso dos mais necessitados ao Poder Judiciário, e com ampla possibilidade de direito de ação, consequentemente aumenta-se o número de demandas provenientes da facilitação do acesso à justiça e ao judiciário.

Antes, porém, da sua estruturação normativa, o Código de Processo Civil deve subordinar-se aos princípios e valores constitucionais, para poder fazer valer o seu papel de permitir a existência de uma sociedade civil livre e organizada e que fundamentam a República, observando a soberania, cidadania, segurança jurídica, dignidade da pessoa humana, estado democrático de direito, os valores do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Sendo a Constituição Federal a ordem fundamental que dá as diretrizes ao ordenamento jurídico pátrio, é devido e natural que o processo civil se submeta a todas as determinações dela emanada.

Isto porque, sendo a Constituição Federal a ordem fundamental que dá a direção ordenamento jurídico, nada mais natural que processo civil se submeta a todas as determinações dela emanadas, para cumprir o papel que ele é próprio, da pacificação do espaço privado de vivência dos cidadãos, na

República, pelo exercício legítimo do poder jurisdicional do Estado. (NERY JR. NERY, 2015, p. 186).

Destaca-se como uma das características marcantes do neoprocessualismo, a importância e o valor dado pela Constituição à proteção aos direitos e garantias fundamentais, e a submissão aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse signatário, dando *status* de emenda constitucional aos tratados e Convenções internacionais que fossem aprovados pelo congresso nacional, conforme o artigo 5º, parágrafos 1º ao 3º da Constituição Federal.⁴⁶

Ao assumir o compromisso internacional de adequar a sua ordem jurídica interna no sentido de uma harmonização com a ordem jurídica supranacional, dando ênfase a proteção aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, houve uma evolução do pensamento jurídico brasileiro, conforme acentua Guilherme Amorim Campos da Silva, em sua tese de doutoramento, a qual destaca que o uso do precedente estrangeiro encontra guarida na autonomia e independência do Supremo Tribunal Federal.

O uso de precedente estrangeiro encontra guarida na autonomia e independência do Supremo Tribunal Federal e sua utilização *pode ser* compatível com o constitucionalismo brasileiro e o papel institucional que o Tribunal Constitucional desempenha na defesa da Constituição. Devemos demonstrar porque o uso de jurisprudência estrangeira, quando cabível, não somente é autorizado e consistente com o constitucionalismo brasileiro, como recomendado por razões pragmáticas, na medida em que auxilia o intérprete na solução de *hard cases* e, portanto, na concretização do direito constitucional brasileiro. (SILVA, 2010. p. 152).

Essa evolução do pensamento jurídico brasileiro, não só permite o uso dos precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal, – de forma consultiva – como também permite a utilização dos precedentes vinculantes obrigatórios dentro do nosso ordenamento jurídico, sendo observada e devidamente respeitada a supremacia da Constituição.

Partindo da premissa da supremacia da Constituição, resta evidente que o Estado tem a sua substância condicionada aos princípios constitucionais da justiça e aos direitos fundamentais, o que nos leva ao raciocínio de que a interpretação da lei em si, para compreender a defesa dos direitos fundamentais e os princípios constitucionais de Justiça inverte a lógica

⁴⁶ Artigo 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

escrita na nossa Carta Magna, pela amplitude e garantia de proteção, que ultrapassa a simples interpretação da lei, e condiciona tanto o legislador como o intérprete aos limites da Constituição. Ou seja, em outras palavras, a lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição em consonância com os seus princípios.

Como pode-se observar, em algumas das características do neoprocessualismo nota-se a influência do direito constitucional sobre o processo:

(...) a forte influência do direito constitucional sobre o processo; (b) a efetividade dos princípios constitucionais processuais independentemente de previsão legal expressa; (c) a democratização do processo; (d) a visão publicista da relação processual; (e) a visão do processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais; (f) a ascensão dos princípios da colaboração e da cooperação das partes e do juízo; e (g) o incremento dos poderes instrutórios do juiz na busca pela verdade real (que afirma os direitos fundamentais). (DIDIER. CUNHA. 2016. p. 45).

Para destacar a relevância da supremacia da Constituição sobre o direito processual e os demais direitos, voltamos os olhos aos acontecimentos pós Segunda Guerra Mundial. Destaca-se o fato histórico de que as decisões tomadas pela Alemanha na Segunda Guerra Mundial estavam amparadas pelas suas normas jurídicas validamente editadas, ou seja, do ponto de vista formal o que aconteceu foi devidamente legal.

Diante do ocorrido o direito não podia ser mais simplesmente interpretado como norma livre de valor, atendo-se apenas a interpretação do texto legal, e passou-se a efetuar o controle do conteúdo das normas, através do controle de constitucionalidade não apenas formal, mas também material.

Houve grande mudança e importância para que na Constituição fosse preservado um núcleo duro e intangível de direitos, que fossem observados independente do que ocorresse no plano material e formal da Constituição vigente. São as chamadas cláusulas pétreas e também a adição de proteção aos direitos e garantias fundamentais, e estamos falando do período conhecido como constitucionalismo contemporâneo.

Como expusemos acima, o objetivo da implementação do positivismo jurídico dogmático no sistema *civil law*, era para que fosse garantida a segurança jurídica naquele momento devido aos acontecimentos históricos anteriores, para que a atuação do Poder Judiciário, e em especial do magistrado pudesse ocorrer com uma certa previsibilidade.

Assim, ao magistrado era proibido efetuar a interpretação da lei, devendo simplesmente aplicá-la de acordo com a vontade do legislador, desse modo ocorre a ideologia

analítica estática da interpretação, sendo vedado ao intérprete criar o direito, podendo apenas revelar o conteúdo expresso no texto da legal. Com a valorização dos direitos e garantias fundamentais e com a dignidade da pessoa humana expressos na Carta Magna, para proteção e vigência desses direitos e garantias, a Constituição passa a se caracterizar como norma fundamental e hierarquicamente superior do país, necessariamente ocorrendo a evolução da teoria constitucional realçando a sua força normativa conforme destaca Barroso:

Nos estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, Sobretudo o Brasil, a constitucionalização do direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se entre nós, o mesmo processo translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem a constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente últimos cinco ou dez anos, anos a constituição passou a desfrutar já não a pena da supremacia formal que sempre teve, Mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores. (BARROSO. 2008. p. 226).

E o texto constitucional pensou em tratar de preocupações como celeridade, efetividade, economicidade e segurança jurídica processual. Ao tratar do princípio da eficiência no artigo 37, *caput* da Constituição,⁴⁷ foi imposto ao Estado o dever constitucional de obedecer tal comando, compreendendo os agentes do Poder Executivo, Legislativo e do Judiciário, necessariamente sendo considerada atuação conjunta dos três poderes para prover os fins e interesses positivados no texto.

Porém, o Estado não resolve os conflitos na velocidade em que a sociedade se desenvolve, o que gera o caos, a insatisfação e a desconfiança com a demora da prestação jurisdicional, com a falta de rapidez e efetividade na solução dos conflitos.

Além de ser rápido e efetivo na solução dos conflitos, cabe ainda a uma sociedade extremamente conflituosa, garantir a uniformidade e previsibilidade no tratamento de todos os cidadãos e jurisdicionados, para evitar tratamento desigual para pessoas que estejam em mesma situação de fato e direito.

Diante desse quadro de ineficiência, diante de uma crise crônica de morosidade, houve por parte da sociedade, diante de um grande descontentamento com o Poder Judiciário,

⁴⁷ CF, Artigo. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

um clamor pela devida eficiência. Sendo preciso controlar conflitos de massa, e adaptar o direito processual para se tornar um instrumento dinâmico adaptável de modo efetivo a essa realidade.

Com a devida importância constitucional, o direito fundamental do amplo acesso à justiça,⁴⁸ além de garantir a possibilidade de apreciação do conflito pelo Poder Judiciário, com direito de ação, ainda compreende que tal conflito seja apreciado em o menor tempo possível. Ou seja, não basta abrir as portas do Judiciário para simples ingresso de ação, sem que se tenha uma prestação jurisdicional com qualidade e que se chegue ao seu fim rapidamente.

Foi observado também o direito fundamental ao devido processo legal,⁴⁹ e com o advento da Emenda constitucional 45/04 foi expressamente positivado o direito fundamental a razoável duração do processo,⁵⁰ para garantir a celeridade.

Em suma, com a devida valorização da Constituição, que passa a se situar no ápice da pirâmide normativa, e dela emana os comandos legais, axiologicamente carregado, para funcionalização do Estado democrático de Direito, ou para alguns, do Estado Democrático Constitucional, é preciso reler todas as normas legais infraconstitucionais para aquilatar sua compatibilidade com os fins e valores expressos no texto constitucional.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com sua ordem, unidade e harmonia - mas também o modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores com filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como a sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. (BARROSO. 2008, p. 227).

Não obstante, esta releitura normativa também deverá ser feita ao analisar o Código de Processo Civil, destacando a força vinculante da Constituição ao fazer uso dos precedentes vinculantes obrigatórios. Posto que, ao indicar os precedentes vinculantes obrigatórios nos artigos 926 a 928 do Código de Processo Civil, houve por parte da doutrina o questionamento sobre a constitucionalidade, legalidade e legitimidade. Nesse sentido destacando o

⁴⁸ CF, Artigo 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴⁹ CF, Artigo 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁵⁰ CF, Artigo 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, indicando a inconstitucionalidade dos incisos III a V, Artigo 927.

Segundo os autores, entender pelo reconhecimento da constitucionalidade, seria dado ao Poder Judiciário a função de legislar, pela ausência da autorização constitucional. Diferentemente da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, pela qual a autorização está prevista no artigo 103-A da Constituição.

E ainda nas palavras dos citados autores, os preceitos que vinculam juízes e tribunais, indicados nos incisos III a V, quais sejam: recurso extraordinário e recurso especial repetitivo; incidente de assunção de competência; incidente de resolução de demandas repetitivas; entendimento constante da sumula simples do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional; entendimento constante da sumula do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional se tratando de lei federal, e a decisão do órgão especial ou plenário do tribunal a que estejam vinculados os juízes, padece de flagrante inconstitucionalidade, conforme se extrai do texto abaixo;

O texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. Trata-se de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei. Resta analisar se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da Súmula Vinculante do STF, para o qual a autorização está presente na CF 103-A. Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer função típica do Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção. Observar decisão: a) em RE e REsp repetitivos, b) em incidente de assunção de competência, c) em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), d) entendimento constante da súmula simples do STF em matéria constitucional, e) entendimento constante da súmula do STJ em matéria infraconstitucional (*rectius*: federal) e f) do órgão especial ou do plenário do tribunal a que estejam vinculados os juízes significa que esses preceitos vinculam juízes e tribunais, vinculação essa de inconstitucionalidade flagrante. O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. Existem alguns projetos de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional com o objetivo de instituírem súmula vinculante no âmbito do STJ, bem como para adotar-se a súmula impeditiva de recurso (PEC 358/05), ainda sem votação no parlamento. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law*. Mudanças são necessárias, mas devem constar

de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder. (NERY JR. NERY. 2015, p. 1912).

Como contraponto as críticas sobre a legitimidade e legalidade constitucional do precedente, Hermes Zaneti Júnior em seu artigo: Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? Alega que uma das maiores novidades da legislação é a previsão de um rol de precedentes normativos formalmente vinculantes que deve ser observado por todos os juízes e tribunais, e que se encontra expresso no artigo 927 do Código de Processo Civil. (ZANETI JR. 2016, p. 385).

Referido autor destaca que, de um lado, parcela da doutrina enxerga nos precedentes uma absorção inadequada de outra cultura, causando ruptura catastrófica com os princípios da legalidade e da separação de poderes, por isso sendo taxada de inconstitucional, enquanto outra parte da doutrina visualiza nos precedentes uma mudança na teoria de interpretação, e por meio de consequência, na teoria do direito, de modo que não se trata de simples importação do direito anglo-saxônico - *common law*- porém é imperativo de racionalidade, coerência, segurança jurídica e isonomia, sendo portanto constitucional.

O Brasil sempre foi um país que adotou o modelo de tradição *civil law*, mantendo como dogmática uma interpretação formalista judicial, definindo a lei fonte primária e única do direito, rebaixando a jurisprudência a um papel subsidiário e meramente persuasivo, como era visto no Código de Processo Civil de 1973. (ZANETI JR. 2016, p. 3)

Compreender o modelo de precedentes adotado pelo Código de Processo Civil, exige uma ruptura com as crenças ligadas ao modelo adotado pela nossa tradição jurídica, e também remete ao entendimento do desenvolvimento da teoria da interpretação entre texto e norma.

Indissociavelmente o intérprete da lei se depara, em sua atividade jurisdicional, com textos vagos e normas ambíguas, e havendo dúvida sobre o significado do texto normativo, caberá, a este, interpretar o significado encontrado e devolver ao ordenamento jurídico o conteúdo normativo reconstruído, ocorrendo a chamada interpretação operativa,⁵¹ Nesse

⁵¹ Trata-se de um conceito inicialmente sugerido por Ferrajoli: *In: ZANETI JR. Op. cit.* FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. n. 43, p. 290-304, 1966.

sentido, Mauro Cappelletti destaca a discricionariedade do juiz diante de lei vaga e textos imprecisos:

É manifesto o caráter acentuado criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve retirar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda a interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas a atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade, e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado a discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes. (CAPPELLETTI, 1999, p. 42)

Então, a atuação com certa discricionariedade parte do juiz, com a utilização da interpretação operativa, se torna de extrema relevância para combater os argumentos de que o Poder Judiciário estaria legislando com a implementação do modelo de precedentes do Código de Processo Civil.

Ainda conforme o entendimento de Zaneti, não há lesão ao princípio da separação de poderes, tendo em vista que a criação de norma geral e abstrata é e continuará sendo uma prática do Poder Legislativo, sendo devidamente respeitado o aspecto formal, material e estrutural correspondente a proteção do núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais. E, a reconstrução da norma, por sua vez, cabe a atuação jurisdicional e em sua interpretação passa a ser norma geral e concreta, salientando que o juiz não pode criar uma norma a partir do nada, do vácuo normativo ou do vazio textual, devendo o Poder Judiciário observar os comandos constitucionais e a vontade da Constituição e reconstruir os significados normativos com esse objetivo.

Quanto a violação do princípio da legalidade, o citado autor, entende que a lei não deve mais ser compreendida em um sentido estrito, mas em conformidade e conjunto de todo ordenamento jurídico, entendendo como lei no Estado constitucional, somente aquela que é válida perante a Constituição, mantendo esta, a lei, como o primeiro limite a discricionariedade judicial na modelo de tradição dos precedentes vinculantes destacados no Código de Processo Civil.

A fortiori, ao conduzir a questão ao argumento *ad absurdum* de que o Poder Judiciário passará a “legislar”, esta parcela da doutrina acaba por autofragilizar o próprio argumento de inconstitucionalidade do art. 927, porque se assim for o mesmo raciocínio deverá ser aplicado às súmulas vinculantes, pois se as

normas previstas no CPC/2015 são inconstitucionais, também seriam aquelas instituídas por emenda (constituente derivada) já que igualmente passíveis de controle de constitucionalidade. Nem mesmo no controle de constitucionalidade o juiz está legitimado a legislar, a expressão “legislador negativo” não traduz a função “legislativa” do tribunal. No Brasil, a consolidação do modelo de precedentes vigente no CPC/2015 não é obra do acaso, mas fruto de uma evolução quanto à percepção gradativa de que o paradigma científico vem mudando, e já é outro. A Constituição Federal de 1988 e a sua força normativa definitivamente constitucionalizou o modelo processual brasileiro, revolucionando a teoria das normas com a normatividade dos princípios e as técnicas legislativas com a previsão de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que exigem concreção do aplicador da norma jurídica, isto é, “um conjunto de atos tendentes a preencher, valorativamente, as normas, atribuindo-lhe sentido diante do caso concreto”. O legislador foi paulatinamente percebendo esta mudança e iniciou um movimento de “recepção mitigada do *stare decisis*” ao alçar a jurisprudência a patamar de fonte primária do direito junto à legislação, o que se vê, principalmente, com a adoção de súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional 45/2004, mas também com diversas alterações no CPC/1973. (ZANETI JUNIOR. 2016, p. 5).

Assim o Código de Processo Civil é um produto da evolução da interpretação normativa somada com a evolução da teoria do direito, que rompe com o posicionamento persuasivo da jurisprudência ao estabelecer a vinculação obrigatória formal dos precedentes judiciais elencados no artigo 927.

Não há como negar que o Código de Processo Civil ao ser pensado, trouxe os elementos do Estado Democrático constitucional, e atendendo aos comandos da Constituição Federal, se preocupou em prestar uma tutela jurisdicional processual de forma célere, adequada e efetiva.

E o modelo de precedentes judiciais obrigatórios elencados, torna-se uma das maiores contribuições do direito positivo na tentativa de resolver, ou ao menos tentar responder ao comando constitucional da eficiência, procurando ser mais efetivo nessa prestação jurisdicional, se pautando em uma interpretação realista moderada e responsável, sem a necessidade de retirar dos juízes a possibilidade de interpretar a lei e reconstruir a vontade constitucional, sendo devidamente exteriorizada através da norma. Nesse contexto, sendo necessária uma mudança na interpretação da jurisdição com uma evolução hermenêutica e ruptura de entendimento com uma interpretação positivista, característica do Estado Liberal.

4.1. O Código de Processo Civil e a quebra do paradigma no direito brasileiro com a evolução no conceito de interpretação da jurisdição.

A quebra do paradigma no direito brasileiro que vem estampada no Código de Processo Civil, se refere a evolução no conceito de interpretação da jurisdição. Diante das mudanças legislativas e da atual importância da observância dos princípios constitucionais, essa mudança de interpretação se deu em virtude da força do constitucionalismo, e da atuação judicial mediante a concretização de regras abertas, o que possibilitou o surgimento de um modelo de Juiz totalmente distinto daquele almejado pela tradição romano-germânica.

Veremos que a evolução do pensamento jurídico juntamente com a evolução da hermenêutica jurídica, possibilita uma adequada consunção com a jurisdição pretendida pelo Estado Constitucional.

Por este prisma, resta evidente o rompimento com a teoria clássica da jurisdição desenvolvida por Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, não podendo essas se sustentarem diante de uma nova concepção de jurisdição diante do Estado Constitucional.

Para Giuseppe Chiovenda, em sua Teoria da Jurisdição como atuação da vontade concreta da lei, explicita que, esta consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação as partes. (CHIOVENDA. 1925, p. 365.)

Para este autor, o verdadeiro Poder Estatal estava na Lei, e a jurisdição somente se manifestava a partir da vontade do legislador. O que demonstra ser Chiovenda um adepto da doutrina inspirada pelo Iluminismo e dos valores da Revolução Francesa, é quando afirma que função do juiz é de somente aplicar a Lei ao caso concreto.

Assim o Legislativo criava as normas gerais e o Judiciário as aplicavam, diante da desconfiança persistente em relação aos magistrados, que nada poderiam criar⁵².

⁵² Denota-se que os princípios básicos da escola chiovendiana foram observados ao firmarem a moderna doutrina processual italiana e a doutrina processual brasileira, especialmente aquela ligada a formação do Código de Processo Civil de 1973, que foi inspirado no modelo institucional do Estado de Direito em matriz liberal, revelando de tal modo, uma continuidade ideológica em relação ao pensamento dos juristas do século XIX. Conforme o entendimento de Cristina Rapisarda, na obra: Profili della tutela civile inibitoria, Imprenta: Padova, Cedam. 1987. p. 70.

Não muito diferente, o pensamento de Carnelutti atribui à jurisdição a função de justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um pela resistência do outro interessado. (CARNELUTTI. 1939, p. 40).

Desse modo a lide dentro do sistema carneluttiano é a característica essencial para a presença de jurisdição. Havendo lide, atividade do juiz é jurisdicional, mas não há jurisdição quando não existe um conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz. (CARNELUTTI. 1939, p. 130).

Assim, sim como diferença marcante Chiovenda revela a natureza publicista do processo, preocupando-se com a atuação da atividade do juiz, ao passo que Carnelutti tem uma compreensão privatista da relação entre a lei, os conflitos e o juiz. Podendo concluir que Carnelutti enxerga o processo a partir de um interesse privado e Chiovenda em uma perspectiva publicista, mais voltada a relação Estado, legislação e juiz. Nesse sentido, vemos o entendimento abaixo:

É evidente que o ângulo visual de Carnelutti revela uma compreensão privatista da relação entre a lei, os conflitos e o juiz, além de uma imagem puramente individualista dos conflitos sociais. Enquanto Chiovenda procurava a essência da jurisdição dentro do quadro das funções do Estado, Carnelutti via na especial razão pela qual as partes precisavam do juiz - no conflito de interesses - a característica que deveria conferir corpo à jurisdição. Carnelutti estava preocupado com a finalidade das partes; Chiovenda, com a atividade do juiz. Por isso, é possível dizer que Carnelutti enxergava o processo a partir de um interesse privado e Chiovenda em uma perspectiva publicista.

De qualquer maneira, a fórmula da “composição da lide” também pode ser analisada a partir da ideia, que está presente no sistema de Carnelutti, de que a lei é, por si só, insuficiente para compor a lide, sendo necessária para tanto a atividade do juiz. A sentença, nessa linha, integra o ordenamento jurídico, tendo a missão de fazer concreta a norma abstrata, isto é, a lei. A sentença, ao tornar a lei particular para as partes, comporia a lide.

As concepções de “justa composição da lide”, de Carnelutti, e de “atuação da vontade concreta do direito”, elaborada por Chiovenda, são ligadas a uma tomada de posição em face da teoria do ordenamento jurídico, ou melhor, à função da sentença diante do ordenamento jurídico. Para Chiovenda, a função da jurisdição é meramente declaratória; o juiz declara ou atua a vontade da lei. Carnelutti, ao contrário, entende que a sentença torna concreta a norma abstrata e genérica, isto é, faz particular a lei para os litigantes. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. 2015, p. 43).

Desse modo, para Carnelutti a sentença, ao ser prolatada cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, e que passa integrar o ordenamento jurídico, ao passo que, para Chiovenda, a sentença está fora da ordem normativa, sendo esta, um elemento

externo, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não de complementar o ordenamento jurídico.

Já, para o entendimento adotado por Piero Calamandrei, este afirma que a lei abstrata se individualiza por obra do juiz. Entendendo que isso ocorreria após o término do andamento processual, quando a sentença não pudesse ser mais discutida, não se admitindo mais a falta de certeza nem conflito sobre a relação jurídica julgada. Conforme assevera:

Assim como a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponda à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida (*dura lex sed lex*), assim também a sentença, uma vez transitada em julgado, vale não porque seja justa, senão porque tem, para o caso concreto, a mesma força da lei (*lex specialis*). Em um certo ponto, já não é legalmente possível examinar se a sentença corresponde ou não à lei: a sentença é a lei, e a lei é a que o juiz proclama como tal. Mas com isto não se quer dizer que a passagem à coisa julgada crie o direito: a sentença (ou a coisa julgada material ou declaração de certeza), no sistema da legalidade, tem sempre caráter declarativo, não criativo do direito. (CALAMANDREI. 1970, p. 156).

Pelo entendimento adotado, frisa-se que Carnelutti e Calamandrei são adeptos a teoria unitária do ordenamento jurídico,⁵³ sustentando que a lei se individualiza através da sentença. Porém, ambos não se desligaram da ideia de que a função dos juízes está estritamente subordinada à do legislador devendo apenas declarar a lei.

Em suma, a distinção entre a formulação de Chiovenda para as de Carnelutti e Calamandrei está em: para aquele, a jurisdição declara a lei, mas não produz uma nova regra que integra o ordenamento jurídico, enquanto que, para estes, a jurisdição, além de declarar a Lei, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico.

Nesse ponto, inicialmente com relação ao entendimento e teoria de Chiovenda, aponta-se a seguinte crítica: ao afirmar que o juiz atua apenas para declarar a vontade concreta do Direito, como vimos, entende Chiovenda, que o Direito nada mais era do que a Lei.

⁵³ Hans Kelsen, o grande projetor da teoria unitária do ordenamento jurídico, desenvolveu o seu raciocínio afirmando que, além do juiz aplicar a lei, declarando-a, ainda cria a norma individual, que se apresenta através da prolação da sentença. Assim, para Kelsen, todo ato jurídico constitui, em um só tempo, aplicação e criação do direito. Criar uma norma é, portanto, ao mesmo tempo, aplicar outra norma; o mesmo ato é, simultaneamente, de criação e de aplicação do direito (KELSEN, 1945, p. 105).

Com exceção da Constituição e da execução da sentença, pois a primeira seria pura criação e a segunda seria pura aplicação no direito. A teoria de Kelsen afirma toda norma tem uma base uma norma superior, até se chegar na norma fundamental que está no ápice do ordenamento, conforme o entendimento de Carlos Nino, de modo que a norma individual, fixada na sentença, liga-se necessariamente a uma norma superior. A norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes. (NINO. 1985, p. 35).

Bastava o juiz aplicar a norma geral criada pelo legislador ao caso concreto, separando-se, dessa forma, a criação e aplicação da Lei.

Partindo dessa premissa, entende-se que o juiz poderia solucionar qualquer caso mediante a aplicação das normas gerais, tendo o ordenamento jurídico como completo e coerente para responder todas as questões que lhes apresentassem, indicando um modelo de supremacia do Direito de legislação sem a possibilidade de jurisdição. Nesse sentido:

Se a legislação era completa e coerente, e assim capaz de dar à jurisdição condições de solucionar qualquer caso, o juiz jamais precisaria cristalizar uma norma - mediante a interpretação da lei de acordo com a Constituição - para regular a situação litigiosa. Não precisaria e nem poderia delinear uma norma jurídica segundo os ditames da Constituição porque nessa época não se apresentava a ideia de que a validade da lei é vinculada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Como a lei também não podia considerar a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo, bastava à jurisdição aplicar a lei genérica e abstrata, típica do Estado liberal. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. 2015, p. 100).

E como já visto no decorrer deste trabalho, a legislação não é completa e coerente para responder todas as questões apresentadas apenas com a mera subsunção da Lei ao caso concreto. Sendo necessário mais do que a simples tarefa, quase mecânica, do juiz de declarar o Direito com a simples aplicação da Lei.

Ademais, é necessário e devido, um cotejamento na interpretação devida da Lei ao caso concreto, salientando que, a Lei não abarca todo o Direito, de modo que, como destacado pelo professor Marcio Manoel Maidame, em seu artigo, Sugestões para a resolução do problema da Lei injusta: Um diálogo com o pensamento de Olmiro Ferreira da Silva, mesmo uma obediência cega a lei não se revelou capaz de assegurar o império da Justiça, conforme destacado abaixo:

Como bem defenderam os positivistas, a lei é garantia de segurança jurídica. *Mas, esta busca de segurança jurídica não pode converter-se em obsessão, uma vez que a lei não abarca todo o Direito.* Embora a segurança jurídica tenha um papel de protagonista nas questões do direito, sendo considerada mesmo como fundamento do Estado de Direito, é fato histórico que um sistema de obediência “cega” à lei não se revelou capaz de assegurar o império da justiça, *nem mesmo da segurança jurídica*, servindo antes de instrumento de barbárie e corrupção, *mesmo em países de cultura avançada* (Alemanha nazista) e comportamento social dito “exemplar”. (MAIDAME. 2009, p. 12).

Com relação ao entendimento de Carnelutti e Calamandrei, que sustentam a teoria de que a função do juiz é a composição da lide, e que ao fazer essa composição, cria a norma individual que da solução ao caso concreto, pode-se apontar a seguinte crítica: a sentença, ou

norma individual, no entendimento dos autores, faz concreta a norma geral criada pelo legislador e aplicada particularmente para as partes.

Porém, resolvendo a lide com a prolação da sentença, o juiz cria a norma individual com base na norma geral, não se afastando da função declaratória da jurisdição, tendo em vista o entendimento de Kelsen, que toda norma tem fundamento em uma norma superior, até se chegar a norma fundamental que estaria no ápice do ordenamento, desse modo, o legislador estaria subordinado a Constituição, criando as normas gerais, e o juiz vinculado a lei, cria as normas individuais ao proferir as sentenças, ambos criando normas com fundamento em normas superiores. Assim, as duas teorias estão restritas ao princípio da supremacia da Lei.⁵⁴

Conclui-se que, em face do que foi exposto acima, procurou-se demonstrar que as teorias clássicas, de que a jurisdição atua a vontade concreta da lei nos termos propostos por Chiovenda e também de que a aplicação da sentença cria norma individual do caso concreto, partindo da norma geral, proposta por Carnelutti e Calamandrei, não se sustentam diante da evolução do pensamento jurídico, destacando que, a partir da nova interpretação de acordo com a Constituição, o juiz reconstrói o direito buscando dar sentido da norma Jurídica e atendendo os comandos dispostos na Carta Magna.

4.1.1. A reconstrução da norma jurídica pela evolução da interpretação hermenêutica na vigência do Estado Constitucional valida a utilização dos precedentes judiciais obrigatórios

Restou evidente que, diante da evolução do pensamento jurídico empregado pelo Estado contemporâneo, a interpretação da jurisdição está condicionada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, representando uma reação contra o princípio da supremacia da Lei e contra absolutismo do legislador.

A relevante força normativa dos direitos fundamentais estampada na Constituição de 1988, atualmente alcança maior destaque normativo, e impõem o dimensionamento do

⁵⁴ Conforme entendimento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero: as duas teorias, vistas nesta perspectiva variam apenas por que em uma o juiz declara a norma geral se produzir uma norma individual, e na outra o juiz cria uma norma individual com base na norma geral declarada na sua fundamentação, que se apresenta através da sentença, declarando, de modo que, as duas teorias estão igualmente subordinadas ao princípio da supremacia da lei. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. 2015, p. 101).

Não havendo, criação do direito quando dá prolação da sentença, mas simplesmente jurisdição declaratória, com a individualização da norma geral dirigida aos particulares, ou especificamente as partes no processo.

produto do legislador, que ao criar a Lei, terá que se limitar a Constituição e aos direitos fundamentais.

Assim, a Lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição, conforme destaca Canotilho, isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios de interpretação da Lei, deve obrigatoriamente escolher aquele que outorgue a maior efetividade à Constituição. (CANOTILHO. 1999, p. 1225).

De acordo com a nova necessidade do Estado Constitucional, as teorias clássicas apresentadas de que o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, não responde de modo completo e adequado a nova interpretação jurisdicional de acordo com a Constituição, havendo a necessidade do magistrado reconstruir a norma jurídica para sobressair a supremacia da vontade expressa no texto constitucional e dos direitos fundamentais, conforme asseverado abaixo:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava *a norma individual a partir da norma geral*, agora ele reconstrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção de postulados normativos para a harmonização dos direitos fundamentais no caso concreto. O significado dessa mudança não pode ser subvalorizado: sem uma adequada percepção do papel da jurisdição diante da nova teoria das normas, o que implica perceber o novo significado da interpretação judicial, do controle de constitucionalidade existente no sistema jurídico brasileiro, das técnicas com que esse controle se realiza e dos direitos fundamentais, dificilmente se pode conceber um papel crítico à doutrina e à jurisdição. Afirmar que a jurisdição simplesmente declara a vontade concreta da lei um particulariza uma norma geral para composição de uma lide significa ignorar a necessidade de o Estado Constitucional dar tutela aos direitos e solapar a função da doutrina e da jurisdição como instâncias críticas de controle da adequada tutela dos direitos. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. 2015, p. 110-111).

Contemporaneamente o Direito, e por consequência a Lei, tem se deparado com situações às vezes não expressa pelos comandos do Legislativo, restando ao magistrado ter que apresentar o resultado da pretensão que lhe é exposta, ou seja, considerando as teorias clássicas da jurisdição de *atuação da vontade da lei* e de *criação da norma individual*, em tese, como poderia ser feito pelo juiz que adotara tais teorias diante ausência de uma Lei determinada que se preste a resolução da lide, senão a criação da norma geral, atendendo aos ditames constitucionais e em conformidade com as defesas e interesses dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Hart afirma a conformidade do papel criativo da jurisdição em determinados casos:

Haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente.” (HART. 2009, p. 335).

A reconstrução dessa norma jurídica não significa a criação de norma individual para regular o caso concreto ou criação de uma norma geral nos moldes anteriormente vistos. Como foi demonstrado, o juiz no Estado constitucional deve interpretar a norma geral de acordo com a Constituição e em conformidade com a lei, e com os postulados normativos dos direitos fundamentais.

E, voltando os olhos aos precedentes judiciais, mesmo diante do constitucionalismo contemporâneo, não é correta a suposição que a jurisdição cria o direito, quando os seus precedentes têm força obrigatória, haja vista que, o sistema judicial de precedentes tem força obrigatória e vincula a interpretação dos juízes e tribunais inferiores.

Nos países que não adotam precedentes obrigatórios, a jurisprudência atua com força persuasiva, o que resulta, muitas vezes, da não observância e acatamento pelos tribunais que as criam e também pelos outros órgãos judiciais inferiores. O que gera uma dupla perplexidade, pois, se os tribunais possuem poderes para proferir determinação dotadas de autoridade, quanto a fatos ou regras violadas, essas não podem ser deixadas de serem tomadas como determinações dotadas de autoridade daquilo que as regras são, e ao serem emanadas pelos tribunais superiores, essas sentenças tornam-se fontes de direito; E a outra perplexidade é que a não observância da jurisprudência dominante e das decisões dos tribunais superiores trata-se de lesão a princípio da regra geral do direito, que determina que casos iguais sejam decididos igualmente.

Considerando esses dois motivos, é equivocado dizer que em um sistema que não adota a regra do *stare decisis*, os juízes podem ser afastar deliberadamente de outras decisões anteriormente tomadas por outros juízes, especialmente dos juízes dos tribunais superiores. E se assim proceder, se afastando de decisão de corte superior, é dada a justificativa da argumentação através da demonstração do *distinguishing*, como forma de justificação.

No caso do Brasil, temos a especificidade da adoção de um sistema misto de precedentes, ou seja, precedentes com força obrigatória, e de natureza persuasiva, ou interpretativa. Destacando que o Supremo Tribunal de Justiça⁵⁵ e o Supremo Tribunal Federal emanam precedentes com força obrigatória, enquanto os demais precedentes possuem natureza interpretativa.

E no exemplo suscitado acima de Hart, mesmo considerando que o precedente fora instituído para definir uma norma de caráter aberto, isso não permite dizer que o precedente possa ser considerado destituído de fundamento no direito, em virtude de ser instituído de um direito preexistente com força normativa.

No caso do sistema da *common law*, a observância ao *stare decisis*, a partir do direito costumeiro, e no caso atual do direito brasileiro, a observância a Constituição e aos direitos e garantias fundamentais, com a devida interpretação hermenêutica para a correta e adequada valoração da carga axiológica, para exteriorizar a norma através do novo entendimento do Estado constitucional. Surgindo assim, o termo mais adequado de *reconstrução* da ordem jurídica mediante adequada interpretação, que parte de um direito preexistente, do que *construção* do Direito por parte dos magistrados.

Extraíndo o seguinte entendimento: de o precedente ser admitido como fonte do direito, não significa um indício de que o juiz *cria* propriamente o direito. Resultando que mesmo sendo de natureza obrigatória, a força do precedente não induz que o judiciário tem o poder para criar o direito.

A evolução do *civil law*, em virtude dos impactos das novas formas de interpretações do Direito observado o constitucionalismo contemporâneo aproximou-se sensivelmente do que antes poderia ser visto ou considerado como criação judicial do direito. E ao possibilitar a força do precedente de forma obrigatória e vinculativa, se pretende trazer racionalidade ao sistema, realçando a autoridade das nossas Cortes Supremas.

Não se pode conceber que as mais altas Cortes do país, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que emanam os seus precedentes, não tenham acatadas as suas decisões e posicionamentos, observando que aquela é a responsável pela defesa da Constituição,

⁵⁵ Conforme o entendimento adotado por Luiz Guilherme Marinoni, indicando que o Superior Tribunal de Justiça pode ser considerado uma Corte de precedentes pela força obrigatória de suas decisões nos casos em que tem o papel de indicar o sentido da lei na melhor interpretação, buscando uma consunção com o sentido formal e material da Constituição Federal. (MARINONI. 2011, p. 75).

e esta é a responsável pela correta interpretação da Lei, de modo que, o papel de definir o sentido da lei federal e da Constituição deve estar contido de devida autoridade vinculante para que os demais tribunais respeitem as decisões das referidas cortes, no sentido de racionalizar o sistema.

Entender de modo diverso é desarrazoado, ilógico além de negar a coerência do direito, a segurança jurídica, a liberdade e a isonomia perante as decisões judiciais.

Daí exsurge a resposta essencial da necessidade pela qual o precedente ganhou autoridade no direito pátrio.

Ao se constatar que a interpretação do direito não é simplesmente declaratória, pelo fato da norma poder contar com mais de uma interpretação, sendo reconstrutiva, no sentido de reconduzir, quando possível, a interpretação da norma ao sentido constitucional que mais se aproxime da vontade do constituinte, sempre considerando como primordial os direitos e garantias fundamentais.

Assim, levando em consideração a transformação do conceito de interpretação da norma, o processo civil passou não só a responder a necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes no Estado constitucional, sempre mantendo o compromisso com a cognoscibilidade, com a estabilidade e com a confiabilidade da ordem jurídica como um todo.

4.2. Os precedentes judiciais obrigatórios do Código de Processo Civil.

No Livro III - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais: No título I - Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais; no Código de Processo Civil de 2015, em seu capítulo I, iniciando as tratativas sobre as disposições gerais, temos o artigo 926, que em seu *caput*, traz os deveres dos Tribunais diante da uniformização da sua jurisprudência, que assim assevera: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Em seu parágrafo 1º observamos: Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante; e no parágrafo 2º: Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se a circunstância práticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Conforme vem se tratando neste trabalho, e como vimos anteriormente, a uniformização da jurisprudência vem sendo almejada pelos tribunais pátrios há muitos anos, desde a implantação da legislação portuguesa no Brasil, através dos assentos de observância obrigatória, que foram adotados pelo Supremo Tribunal do Império, com a obrigação de formar seus enunciados e imputá-los de modo cogente a todos, até o mias atual Código de Processo Civil.

E a ideia dos enunciados normativos nunca foi de todo abandonada ao longo da evolução do nosso Direito, como pode ser observar no Código de Processo Civil de 1973, no artigo 476⁵⁶, que tratou sobre a uniformização da jurisprudência, ou seja, desde o Brasil colônia, mantemos uma preocupação recorrente com a *práxis* judiciária, em buscar uma formula que assegure uma resposta judiciária de boa qualidade, conforme destaca Rodolfo de Camargo Mancuso; que seja justa, jurídica, tempestiva, econômica e razoavelmente previsível, e preserve a independência funcional e a persuasão racional do julgador. (MANCUSO. 2010, p. 194).

Quando legislador traça as linhas sobre a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, dando os comandos aos tribunais no sentido de uniformizar, está se pensando na racionalidade de todo o sistema jurídico, com especial destaque à segurança jurídica.

Nesse sentido não remanesce a crítica Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A forma pela qual o CPC 926 determina que a jurisprudência deve ser mantida *estável* é, no mínimo, curiosa; o texto dá a entender que a jurisprudência não poderá ser alterada, pois deverá ser mantida estável. Evidentemente, o sentido de estabilidade pretendido pela lei é o de que a jurisprudência uniforme não deverá ser alterada sem propósito – ou, ao menos, se espera que seja este, pois não se pode pensar em entendimentos que não sejam passíveis de alteração, tendo em vista as transformações sociais e econômicas inerentes à sociedade moderna – o que demonstra, conseqüentemente, as necessárias coerência e integridade do entendimento jurisprudencial. (NERY JR. NERY. 2015, p. 1908).

A estabilidade pretendida pelo legislador não se refere a inalterabilidade como faz crer a crítica indicada acima. A estabilidade se refere a segurança jurídica no tocante a evitar mudanças abruptas, desarrazoadas e lesivas aos jurisdicionados, salientando que, a ausência de alteração de enunciados, jurisprudências e até precedentes é demasiadamente prejudicial ao

⁵⁶ Cumpre destacar que o tema já foi devidamente abordado acima, quando tratamos do sub item 3.2.1, “A segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência: dos Assentos portugueses às Súmulas brasileiras.”

sistema jurídico, contudo, ao ser efetuada tal mudança, deve-se levar em conta a coerência e a integridade do sistema como um todo.

Sendo destacado o comando impositivo do legislador diante do artigo 926, os Tribunais têm a obrigação, portanto, *devem*, uniformizar a sua jurisprudência, nesse ponto Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, indicam que o Código Processo Civil prevê cinco deveres dos tribunais com relação a obrigação de uniformizar a sua jurisprudência com relação ao sistema de precedentes; a) Dever de uniformização da jurisprudência: os tribunais não podem ser omissos frente às divergências internas sobre a mesma questão jurídica, o Tribunal tem o dever de resolver a divergência, uniformizando o seu entendimento sobre determinado assunto; b) Dever de manter a jurisprudência estável: Assim, qualquer mudança de posicionamento (superação; *overruling*) deve ser justificada adequadamente, além de ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica (dever de estabilidade); c) Dever de dar publicidade aos precedentes: Não basta garantir que as decisões judiciais (e demais atos do processo) sejam públicas. É necessário que se reconheça que essas decisões são fonte de precedentes com força jurídica, para que se lhe dê uma publicidade adequada. d) Dever de coerência: que está ligada a ideia de não-contradição, não podendo um Tribunal contrariar o seu próprio entendimento, ressalvado obviamente, a possibilidade de sua superação. Destacando especialmente que casos iguais devem ser tratados igualmente, sobretudo quando o tribunal já tem o entendimento formado; e) Dever de integridade: pressupõe decidir em conformidade com o Direito e com a Constituição Federal, compreender o Direito como sistema de normas, observar as relações entre direito processual e material e enfrentar todos os argumentos relacionados à tese jurídica no momento de formação do precedente e conduzir o sentido da norma para que se adeque a melhor e maior proximidade com a vontade do legislador constituinte. (DIDIER JR. OLIVEIRA. BRAGA. 2015, p. 474-485).

Traçado os deveres do artigo 926 do Código de Processo Civil, restou evidente que o legislador ao prever que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, integrar e coerente, indicou a importância do *stare decisis* no presente código.

A importância e respeito as decisões judiciais decorrem necessariamente da segurança jurídica, liberdade e igualdade como os princípios básicos do Estado Constitucional. *Stare decisis et quieta non movere*, determina o respeito aos precedentes das Cortes Supremas pelas demais Cortes. E o *stare decisis* pode de ser horizontal, quando diz respeito aos próprios precedentes e a própria jurisprudência vinculante que deve ser observada e respeitada pelas

Cortes que os emitem, ou vertical, quando diz respeito aos precedentes e a jurisprudência vinculante das Cortes Superiores que submetem os demais órgãos jurisdicionais.

Visando a unidade do direito, com a missão de torná-lo cognoscível, estável e confiável, o legislador determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça respeito aos próprios precedentes, e também aos tribunais regionais federais e aos tribunais de justiça, respeito a própria jurisprudência formada pelos seus próprios tribunais em caso de incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. Desse modo destaca-se a importância do precedente judicial na busca pela unicidade do direito, pela segurança jurídica, pela racionalidade e estabilidade do sistema jurídico.

Demonstrada a importância do artigo 926, e o seu importante papel com a unicidade do Direito, e a intenção do legislador na busca da segurança jurídica, com a utilização do *stare decisis* na indicação de respeito pelas Cortes de suas decisões vinculantes e respeito também a jurisprudência dominante.

Adentrando na tratativa do artigo 927 do Código de Processo Civil, vemos o que segue;

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Inicialmente, se detendo ao *caput* e aos incisos do artigo acima colacionado, observa-se: a imposição do texto normativo, de forma imperativa aos juízes e tribunais que cumpram e aplique os preceitos neste artigo arrolados.

Como acima já fora discutido o conflito constitucional sobre a legalidade e legitimidade dos precedentes Judiciais no Código de Processo Civil, de modo a não se tornar repetitivo, entendeu-se por sua legalidade e legitimidade, tendo em vista não a criação do direito, mas a possibilidade do juiz reconstruir o direito, conduzindo a interpretação da norma à vontade indicada na Constituição e ao interesse dos jurisdicionados, disciplinando-a e interpretando-a conforme os valores e normas fundamentais nela estabelecida.

E ainda, expresso no artigo 22, título III, ‘da organização do Estado’, no capítulo II, ‘da União’, se extrai que: compete privativamente a União legislar sobre: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; ou seja, a União legitimou a sua vontade legislando sobre o Código de Processo Civil, e considerando todo o trâmite para a sua aprovação e atual vigência, não fora legitimamente contestada a constitucionalidade do artigo 927 e os seus incisos, de modo a entender-se pela sua constitucionalidade.

Assim, o Código de Processo Civil não é o causador de nenhuma alteração de paradigma, mas sim o reflexo de paradigma que foram gradativamente se alterando nas últimas décadas. As regras que atribuem força vinculante a determinados precedentes não alteram as balizas do direito material. São mecanismos eminentemente processuais, ainda que engendrados, tendo-se em vista as necessidades e peculiaridades do atual sistema jurídico, nas palavras de Eduardo Talamini. (TALAMINI. 2016, p. 3).

A fim de evitar demasiadas qualificações e especificações, de modo pragmático, diante do sistema misto judicial – com a adoção do *stare decisis* em determinadas decisões - atualmente adotado pelo Brasil, com o entendimento dos precedentes vinculantes obrigatórios, classifica-se três acepções diferentes referentes ao grau de impositividade que pode ser assumido por um pronunciamento judicial: Vinculação padrão; Vinculação media e Vinculação

forte, com o propósito de melhor identificar o termo “vinculação”, “eficácia vinculante” e “força vinculante”, que têm sido utilizados de modo indiscriminado.

4.2.1. Força persuasiva.

Trata-se da eficácia de vinculação tradicional da jurisprudência do sistema *civil law*. O precedente persuasivo (*persuasive precedent*) não possui eficácia vinculante, possuindo apenas força persuasiva (*persuasive authority*), assim, nenhum magistrado é obrigado a segui-lo, porém, ao fazê-lo está convencido dos seus preceitos (*ratio*) e de sua aplicação, de modo a unificar e reforçar entendimento jurisprudencial, pacificando um entendimento.

Mesmo considerado a sua vinculação persuasiva, não se deve subestimar a dimensão do precedente. Mesmo no sistema *civil law* como o sistema pátrio adotado, não se pode perder de vista a segurança jurídica, a isonomia e a certeza do direito que impõe aos tribunais o dever de decidirem de modo harmônico e coerente.

Conforme destaca Fredie Didier Jr., há situações em que o próprio legislador reconhece a autoridade do precedente persuasivo, e aponta a importância de sua repercussão em processos posteriores, indicando os exemplos de embargos de divergência (artigo 1.043 do Código de Processo Civil), e do recurso especial fundado em divergência (artigo 105, III, ‘c’, da Constituição Federal e 1.029, § 1º do Código de Processo Civil)⁵⁷, destacando que são casos em que a existência de precedentes em sentido diverso é utilizada como mecanismo de convencimento e persuasão do julgador, no sentido de reformar sua decisão e adotar aquele outro entendimento. (DIDIER JR. OLIVEIRA. BRAGA. 2015, p. 426).

⁵⁷ Como meio de melhor ilustrar os exemplos acima, os citados autores se utilizam dos seguintes exemplos: É o caso do recurso de revista junto ao TST, na forma do art. 896, “a” e “b”, CLT: “Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a (...) §9º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal.”. Aí também se insere os embargos no TST, na forma do art. 894, 11, CLT: “Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias: (...) 11 - das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal”.

4.2.2. Eficácia vinculante.

Como segunda acepção, temos a eficácia vinculante como meio de impositividade de vinculação média. Nesse contexto é considerada a existência de precedente ou orientação jurisprudencial consolidada, e com base no princípio constitucional da razoável duração do processo, de modo que não reste prejuízo ao jurisdicionado, a lei autoriza aos órgãos judiciais e a administração pública a adotar providências no sentido de simplificar o procedimento, e por via de consequência, abreviar a duração do processo.

Esses precedentes têm como característica obstar ou autorizar a revisão de decisões judiciais, seja por recurso ou por meio de remessa necessária, e desse modo, aliviar a grande quantidade de recursos remetidos aos tribunais superiores. Assim, o legislador permite que o órgão jurisdicional negue provimento, a determinados recursos, ou dispensem a remessa necessária quando estiverem em conflito com precedentes judiciais - jurisprudência ou súmula -sobretudo aquelas emanadas das Cortes Superiores. Assim como também autorizem, quando for determinante para a admissão ou acolhimento de ato postulatório, como em teses já firmadas.⁵⁸

4.2.3. Força vinculante.

Por sua vez, a força vinculante do precedente se refere a uma vinculação forte, ou *binding precedent*, é a própria imposição da observância e obediência do pronunciamento

⁵⁸ Como exemplo, e meio de melhor identificar os precedentes de eficácia vinculantes, Eduardo Talamini traz os seguintes exemplos: Considerem-se os seguintes exemplos: (i) as regras que autorizam o relator a decidir monocraticamente recursos respaldado em súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou em súmula ou jurisprudência predominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores (artigo 932, IV e V); (ii) a regra que dispensa o órgão fracionário do tribunal de remeter a questão de constitucionalidade para o seu plenário ou órgão especial, nos termos do art. 97 da Constituição, quando já há anterior pronunciamento destes ou do Plenário do STF (artigo 949, parágrafo único); (iii) as regras que autorizam o órgão *a quo* a não conhecer do recurso extraordinário por falta de repercussão geral quando já houver um prévio pronunciamento do STF nesse sentido, em outro recurso tratando de questão constitucional idêntica (artigo 1.035, § 8.º); (iv) as regras que autorizam o órgão *a quo* a retratar-se em recurso extraordinário ou especial, ou negar-lhe seguimento, quando a mesma questão constitucional ali versada já houver sido decidida no mérito, respectivamente, pelo STF ou STJ (decisão-quadro) no procedimento de recursos repetitivos (artigos 1.040, I e II); (v) regras que dispensam procuradores judiciais do Poder Público da propositura de ações e recursos quando a pretensão for contrária a decisões reiteradas do STF ou dos tribunais superiores (Lei 9.469/1997, artigo 4.º) ou a “declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores” (Lei 8.213/1991, artigo 131). (TALAMINI. 2016, p. 5.)

judicial que se reveste de tal força e que deverá ser seguido pelos demais órgãos aplicadores do direito, e de igual modo, pelas Cortes prolatoras do seu próprio pronunciamento.

Sobre a força vinculante do precedente na obra *Interpreting Precedents, A Comparative Study*, de Neil MacCormick e Robert S. Summers, obra composta por artigos que tratam sobre precedentes judiciais, no artigo de número 14, Aleksander Peczenik, da Universidade Lund, na Suécia destaca a força do precedente vinculante e o dever de seguir as decisões das Cortes Superiores, conforme se destaca:

Todos os estudantes de direito comparado sabem que o direito historicamente comum (no Reino Unido, EUA e assim por diante) se baseia em grande parte em precedentes, enquanto a lei romano-germânica (continental, 'civil') se baseia principalmente em estatutos. Eles também sabem que os precedentes são formalmente vinculativos nos países de direito comum em todos os tribunais abaixo dos tribunais superiores. Ou seja, é um erro legal não seguir o precedente do tribunal superior e essa falha normalmente será revertida na apelação. Nos tribunais superiores, os precedentes estabelecidos por esses tribunais também têm forte força normativa, mesmo que não haja possibilidade de reversão do recurso. Mas em países do continente europeu, o precedente não é formalmente obrigatório, mas é fato que os precedentes são seguidos regularmente pelos tribunais. Esse fato também explica por que alguns juristas dizem que os precedentes nos sistemas jurídicos continentais são vinculativos de fato, mas não *de jure*.

Apenas tipos muito especiais de precedentes em alguns sistemas continentais são vinculativos de jure. Assim, na Alemanha, os precedentes estabelecidos pelo Tribunal Constitucional Federal são reconhecidos formalmente como vinculativos para os tribunais abaixo. Os precedentes comuns estabelecidos pelo Tribunal de Justiça Federal não são formalmente vinculativos, mas devem ser seguidos, exceto quando razões especiais puderem ser demonstradas em contrário. Na Polônia, a situação é semelhante. As resoluções do Tribunal Constitucional, que estabelecem interpretações geralmente vinculativas dos estatutos, são os únicos candidatos ao papel de precedentes formalmente (legalmente) vinculantes para os tribunais abaixo. Os princípios legais estabelecidos pelo Supremo Tribunal polonês não vinculam formalmente os tribunais, mas têm força normativa. Isto diz respeito particularmente aos do Supremo Resoluções do Tribunal que ganharam o status de princípios legais. Quando um princípio jurídico foi estabelecido, a Suprema Corte não pode se afastar desse princípio simplesmente passando uma sentença contraditória, mas somente pode fazê-lo se declarar uma justificativa adequada para uma visão alternativa da lei. Assim, os julgamentos ordinários do Supremo Tribunal Polonês e do Supremo Tribunal Administrativo são precedentes no sentido de que têm força em casos

análogos posteriores ou fornecem ‘apoio adicional’ no sentido de acrescentar peso a outros argumentos legalmente relevantes para a decisão proferida. Também na Espanha, os precedentes do Tribunal Constitucional podem ser considerados formalmente vinculativos para todos os outros tribunais. Eles também devem ser seguidos pelo próprio Tribunal Constitucional, exceto se oferecer algum motivo suficiente para alterar suas próprias decisões anteriores. Os julgamentos anteriores do Supremo Tribunal da Espanha apenas têm força ou fornecem apoio adicional.⁵⁹ (MacCORNICK. SUMMERS. 1997, p. 461-462).

Conforme verificamos acima, a inovação trazida pelo Código de Processo Civil diz respeito aos precedentes judiciais obrigatórios, e pela disposição normativa do artigo 927 do mesmo Códex, foi expressamente atribuída eficácia legal, portanto, legalidade e legitimidade para a sua aplicação e respeito pelas demais Cortes, em prezar pela uniformização da jurisprudência, pela racionalidade do sistema jurídico e pela sua estabilidade.

Partindo desse pressuposto, entende-se que os precedentes judiciais do artigo 927 e seus incisos: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal

⁵⁹ No original; All students of comparative law know that historically common law (in the UK, USA and so on) is to a great extent based on precedents, whereas the Roman-Germanic (continental, ‘civil’) law has been mostly based on statutes. They also know that precedents are formally binding in the common law countries on all courts below the highest courts. That is, it is legal error not to follow upper court precedent and such failure will ordinarily be reversed on appeal. In the highest courts, the precedents set by those courts also have strong normative force, even though there is no possibility of reversal on appeal. But in countries of the European continent, precedent is not thus formally binding, yet it is a fact that precedents are regularly followed by the courts. This fact also explains why some jurists say that precedents in the continental legal systems are binding *de facto*, but not *de jure*.

Only very special kinds of precedents in a few continental systems are binding *de jure*. Thus, in Germany, precedents established by the Federal Constitutional Court are recognized as formally binding on the courts below. Ordinary precedents established by the Federal Court of Justice are not formally binding but they have to be followed except where special reasons can be shown to the contrary. In Poland, the situation is similar. The resolutions of the Constitutional Tribunal, establishing generally binding interpretations of statutes, are the only candidates for the role of formally (legally) binding precedents for the courts below. Legal principles established by the Polish Supreme Court do not formally bind the courts but have normative force. This concerns particularly those of the Supreme Court resolutions which have gained the status of legal principles. Where a legal principle has been established, the Supreme Court cannot depart from that principle simply by passing a judgment contradictory to it, but can only do so if it states an adequate justification for an alternative view of the law. Thus ordinary judgments of the Polish Supreme Court and Supreme Administrative Court are precedents in the sense that they have force in later analogous cases, or provide ‘further support’ in the sense of adding weight to other legally relevant arguments for the decision handed down. In Spain, too, precedents of the Constitutional Court can be considered as formally binding for all other courts. They must also be followed by the Constitutional Court itself except if it offers some sufficient reason for changing its own prior ruling(s). Prior judgements of the Spanish Supreme Court only have force or provide further support. (MacCORNICK. SUMMERS. 1997, p. 461-462).

Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, possuem força vinculante e são precedentes judiciais de observância obrigatória.

Em sequência, trataremos especificamente de cada um dos incisos e suas especificidades.

4.3. As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Os juízes e tribunais deverão observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Tratando-se do dispositivo que confere força obrigatória aos precedentes da Suprema Corte, diferenciando-se da exigência de respeito à coisa julgada produzida nesses processos, pois, por lógica, todos devem respeito à coisa julgada, sobretudo quando esta é imposta com efeito *erga omnes*.

Essa vinculação é relativa aos fundamentos da decisão (*ratio decidendi*), uma vez que a vinculação decorrente da coisa julgada (*erga omnes*), já conta com a expressa previsão legal artigo 102 parágrafo 2º da Constituição Federal, e também do artigo 28 parágrafo único da lei 9868/1999,⁶⁰ e artigo 10 parágrafo 3º da Lei 9.882 de 1999.⁶¹

Assim, o rol do artigo 927 é de precedentes obrigatórios, não de hipóteses de formação de coisa julgada. Conforme destaca o enunciado nº 168 do fórum permanente de processualistas civis, que esclarece que são os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal

⁶⁰ O artigo 28 da lei 9868 de 1999 da ação direta de inconstitucionalidade dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, dispondo que dentro de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão; e a disposição do parágrafo único se refere que; a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e a administração pública federal, estadual e municipal.

⁶¹ Por sua vez o artigo 10 a Lei 9.882 de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, termos do parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição Federal, Estabelece que: julgar ação, far-se-á comunicação as autoridades ou órgão responsável pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental; estabelecendo em seu parágrafo 3º que; a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.

Nesse sentido, destaca-se o exemplo de Elpídio Donizetti: na ADI 4.261, o STF decidiu que a Lei Complementar nº 500/2009, do Estado de Rondônia, é inconstitucional por violar o art. 132 da CF/1988, que confere aos Procuradores de Estado a representação exclusiva do Estado-membro em matéria de atuação judicial e de assessoramento jurídico, sempre mediante investidura fundada em prévia aprovação em concurso público. A coisa julgada que vincula todos os demais órgãos jurisdicionais e a Administração é: a Lei Complementar nº 500, de 10 de março de 2009, é inconstitucional. A *ratio decidendi* que formará o precedente é: norma estadual que autorize a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo, é inconstitucional. Se outra lei for editada nesse sentido – e o foi, é a Lei nº 8.186/2007, do Estado da Paraíba, por exemplo, incidiu no mesmo vício –, o STF decidirá certamente com base no precedente anterior. O Enunciado nº 168 do FPPC reforça esse entendimento: Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais. (DONIZETTI. 2017, p. 1194).

4.3.1. Os enunciados de súmula vinculante.

O artigo 927 incisos II reafirma a força obrigatória dos enunciados de súmula vinculante em matéria constitucional, e editados pelo Supremo Tribunal Federal nos moldes do artigo 103-A da Constituição Federal. No capítulo 3 – Precedentes Judiciais e a Busca da Segurança Jurídica, no item 3.2.1, traçamos os pontos históricos e o ingresso das súmulas no sistema jurídico brasileiro, tendo o seu nascedouro de origem dos assentos, que eram característicos da legislação portuguesa. E no item 3.3.2., tratamos diretamente sobre o tema da súmula vinculante, no qual podemos observar as suas especificidades por se tratar de enunciado diferenciado, pois exige pressupostos próprios para ser criada, como controvérsia atual sobre matéria constitucional, que gere grave insegurança jurídica e risco de multiplicação de processos; conta com rito próprio de edição, revisão ou cancelamento; tem regras próprias acerca da legitimidade para iniciar o rito respectivo; vincula não somente juízes e Tribunais, como também Administração Pública. E de modo a evitar a repetição do item já abordado, remetemos o leitor aos itens citados acima.

4.3.2. Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Como o inciso aborda itens importantes, de modo didático, e para melhor aprofundar as informações, dividir-se-á os precedentes vinculantes desse inciso nos seguintes tópicos abaixo:

a) o incidente de assunção de competência.

Tratando inicialmente sobre esse incidente, que está previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil, e é admissível quando o julgamento de recurso de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos; o que pode-se extrair que em havendo repetição em múltiplos processos tratar-se-á de incidente de resolução de demandas repetitivas ou para o procedimento específico do julgamento do recurso especial ou recurso extraordinário repetitivos, conforme o caso.

O incidente pode ser instaurado de ofício pelo relator ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, e estando presentes os pressupostos, determinará que ação originária, nesse caso, remessa necessária ou recurso, seja julgado pelo órgão que o Regimento Interno do Tribunal indicar.⁶² Assim, trata-se de incidente instaurado para forçar a modificação da competência para julgamento de uma causa, em razão da importância da tese a ser desenvolvida que formará precedente do tribunal.

Com acolhimento do incidente que decidirá unicamente sobre os requisitos para assunção de competência, previstas no artigo 947 e Parágrafo 4º do Código de Processo Civil,

⁶² Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, expressam os requisitos sendo de ordem substancial e outro de ordem formal, destacando o requisito formal como a propositura do incidente pelo relator e a admissão por ambos os colegiados para posterior análise do recurso ou do incidente: Além desses requisitos, de ordem substancial, o incidente submete-se a outro, de ordem formal, que é sua propositura pelo relator e a admissão por ambos os colegiados (o que seria responsável pelo julgamento do recurso e o outro designado pelo regimento interno para conhecer dessa espécie de pedido). Vale ressaltar, essa decisão é tomada em duas instâncias sucessivamente: em primeiro lugar, pelo órgão que seria naturalmente competente para julgar o recurso e em seguida pelo órgão designado pelo regimento interno como responsável pelo exame do julgamento por assunção de competência. Apenas quando for obtida decisão em ambos os órgãos é que o deslocamento poderá ocorrer, outorgando-se ao novo colegiado competência para julgar o recurso. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO. 2017, p. 439)

os autos principais serão remetidos a seção, pleno ou órgão especial para julgamento, conforme ensinamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que assim dispõe:

A proposta do relator deverá ser aprovada pelo colegiado (Câmara ou Turma), a quem caberá remeter a causa ao exame do órgão colegiado maior. Afetada a causa ao colegiado maior, é dele a competência para decidir se deve ou não assumir essa mesma competência. Assumindo-a, deve julgar a causa. (NERY JR. NERY. 2015, p. 1950).

Assim, independentemente do órgão que julgar o processo principal, seja pleno, órgão especial ou até seção, após a assunção de competência, conforme disposto nos artigos 927, III e 947, parágrafo 3º do Código de Processo Civil, o acórdão da decisão possuirá efeito vinculante.

A indicação do parágrafo 3º do artigo 947, dispõe expressamente que a decisão do acórdão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese, ou seja, melhor explicando, extrai-se que é necessário compatibilizar a redação dos incisos III e V do artigo 927, destacando que se o próprio órgão que prolatou o acórdão se tratar de uma seção, o pleno ou órgão especial, em tese, não estariam vinculados pela decisão, tendo em vista a sua posição hierarquicamente superior no próprio tribunal.

Contudo, isso não significa que tais órgãos possam simplesmente desconsiderar a decisão prolatada pela seção, e julgar de forma diversa, o que retornaria à situação de insegurança jurídica, desse modo os órgãos, pleno e o órgão especial poderão superar esse precedente demonstrando a existência da distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento realizando a devida fundamentação adequada conforme descrito no artigo 489, parágrafo 1º, VI, Código de Processo Civil.

Desse modo, resta evidente que o acórdão proferido em assunção de competência será um precedente vinculante de observância obrigatória nos termos do artigo 927, III, que poderá ser superado pelo precedente descrito no artigo 927, V, do Código de Processo Civil pelo escalonamento lógico da posição hierárquica explicado acima. E caso não se trate especificamente de legislação estadual, esse precedente também poderá ser superado pelas decisões de órgãos de outros tribunais desde que superior hierarquicamente, ou seja, no processo civil, as decisões de tribunais de justiça e de tribunais regionais federais em assunção

de competência⁶³ podem ser superadas por precedentes do Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, de forma racional e logicamente sistemática.

b) incidente de resolução de demandas repetitivas.

Com o fito de evitar que o poder judiciário se deparasse com o exame de várias vezes a mesma questão, houve determinada preocupação do legislativo em lidar com essas demandas repetitivas. No Brasil temos mais de um instrumento que buscam tratar dessas determinadas questões, como a súmula vinculante, julgamento de recursos repetitivos, a improcedência liminar do pedido constituem instrumentos concebidos para lidar com um problema das causas repetitivas.

O Código de Processo Civil brasileiro, inspirado em figuras semelhantes existentes em outros países, concebeu o incidente de resolução de demandas repetitivas como mais um instrumento para a uniformização da aplicação do Direito e trazer unicidade e racionalidade ao sistema, evitando decisões diferentes a casos iguais. A inspiração foi extraída de duas experiências de legislações externas, uma do direito inglês: a *Group Litigation Order*, e a outra do direito alemão: *Musterverfahren*.

A *Group Litigation Order* inglesa, introduzida com as *Civil Procedure Rules*, em 1998, tem o fito de permitir que demandas semelhantes (não necessariamente idênticas) tenham tramitação conjunta, valendo-se de técnica parecida com a ação de classe, a fim de dar-lhes um tratamento eficiente e efetivo. A essência do mecanismo é a sua ênfase na eficiência da gestão de processos, de modo que ele é pensado, sobretudo, no interesse do próprio Poder Judiciário. A solicitação para que uma causa possa tramitar sob esse regime especial depende de prévia consulta à *Law Society's Multi Party Information Service* e de uma autorização específica do tribunal ao qual a causa está vinculada (*Lord Chief Justice* ou *Vice-Chancellor*, dependendo do caso). Pode abranger tanto questões de fato, como de direito comuns a um grupo e pode ser provocada pelo interessado ou de ofício, pelo juiz envolvido. É então designado um tribunal (*Management Court*) que terá a atribuição de

⁶³ O fórum permanente de processualistas civis tratou de alguns aspectos do incidente de assunção de competência em alguns dos seus enunciados, destacando os enunciados de número; 334, 461, 468 e 469: Enunciado 334. (art. 947) Por força da expressão “sem repetição em múltiplos processos”, não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos.; Enunciado 461. (arts. 927, § 2.o, e art. 947) O disposto no § 2.o do art. 927 aplica-se ao incidente de assunção de competência. Enunciado 467. (arts. 947, 179, 976, § 2.o, 982, III, 983, caput, 984, II, “a”) O Ministério Público deve ser obrigatoriamente intimado no incidente de assunção de competência. Enunciado 468. (art. 947). O incidente de assunção de competência aplica-se em qualquer tribunal. Enunciado 469. (Art. 947). A “grande repercussão social”, pressuposto para a instauração do incidente de assunção de competência, abrange, dentre outras, repercussão jurídica, econômica ou política. Disponível em: <<https://goo.gl/qSw0tr>>. Consultado em: 24-12-2019. p. 48, 60.

examinar a questão comum, resolvendo a matéria em relação aos interessados que assim postularem.

Já o Musterverfahren foi introduzido pela primeira vez em 1991, em lei que reformava a Justiça Administrativa alemã. Outros diplomas preveem a aplicação do instituto, que basicamente trata do julgamento de um “caso-piloto”, a partir do qual se pode ter uma ideia de qual será o posicionamento da jurisdição alemã a respeito daquele tipo de controvérsia. Sua aplicação exige a observância de alguns requisitos e de estrito juízo de admissibilidade. Autorizado o processamento do caso-piloto, realiza-se uma cisão no julgamento da causa, de modo a destacar a(s) questão(ões) comum(ns) a várias demandas individuais, deixando-as para apreciação conjunta. As questões comuns serão julgadas por um tribunal de segundo grau (atuando como instância originária) e, depois disso, cada processo será apreciado por seu juízo natural, aplicando a solução da questão comum. (MARINONI. ARENHART. MITIDIERO. 2017. p. 445-446)

Em nosso ordenamento, a inovação do incidente de resolução de demandas repetitivas é instituída nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil.

Como características do instituto, que guarda várias semelhanças com as figuras inglesa e alemã mencionadas acima, o artigo 976 estabelece os requisitos de admissibilidade do incidente, que é somente cabível quando houver simultaneamente; efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, e que esta controvérsia possa causar risco de ofensa a isonomia e a segurança jurídica, conforme estabelecidos nos incisos I e II do Código de Processo Civil. Por serem cumulativos, é indispensável a exigência da simultaneidade, sob pena de inviabilizar a instauração do incidente.

A respeito da efetiva repetição de processos, houve pronunciamento Fórum Permanente de Processualistas Civis,⁶⁴ no sentido de que: não se faz necessário a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa a segurança jurídica já são suficientes para instauração do incidente. E ainda a questão que versará no incidente se refere apenas a controvérsia sobre questão unicamente de direito, não abrindo margens para qualquer discussão resultante de fato. Outro ponto de destaque se refere a multiplicidade de casos com decisões diferentes, ou seja, é necessária controvérsia com relação as decisões prolatadas que rejeitam a mesma solução. Posto

⁶⁴ Nesse sentido, o Enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.

que, se há diversos caso repetitivos, mas todos julgados em um único sentido⁶⁵, não há risco a isonomia, nem a segurança jurídica.

Cabe destacar ainda, importante ponto sobre requisito negativo do incidente de resolução de demandas repetitivas, observado no parágrafo 4º do artigo 976, no qual aponta Didier Jr.:

Há, ainda, um requisito negativo. Não cabe o IRDR quando já afetado, no tribunal superior, recurso representativo da controvérsia para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (art. 976, § 40, CPC). Em outras palavras, se um dos tribunais superiores, no âmbito de sua competência, já tiver afetado recurso repetitivo, não se admite mais a instauração do IRDR sobre aquela mesma questão. Há, enfim, uma preferência do recurso repetitivo sobre o IRDR, exatamente porque, julgado o recurso representativo da controvérsia, a tese fixada será aplicada em âmbito nacional, abrangendo, até mesmo, o tribunal que poderia instaurar o IRDR. Daí haver a preferência pelo recurso repetitivo em detrimento do IRDR. (DIDIER JR. CUNHA. 2016, p. 628).

Nota-se, novamente, a preocupação do legislador com a eventual falta de previsibilidade no Direito, não se admitindo a possibilidade de instauração de mais de um incidente quando resultante de mesma controvérsia em que o tribunal já analisa a tese.

O parágrafo 1º do artigo 976 estabelece que, uma vez iniciada a instituição do incidente, a desistência ou o abandono do processo pela parte que o iniciou, não impedirá o exame de mérito. Declarando o parágrafo segundo que: se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir a sua titularidade em caso de desistência ou abandono. Restando demonstrado a importância da discussão jurídica na formação da tese, justificando o interesse da sociedade na formação do precedente sobre o interesse do particular.

⁶⁵ Com relação a existirem vários julgamentos com decisões em um mesmo sentido, inexistindo controvérsia, cabe destacar exemplo apresentador Fredie Didier e Alexandre Carneiro Cunha, quando houver dúvidas se se trata de incidente de resolução de demandas repetitivas, pela existência de multiplicidade de casos, porém, inexistindo controvérsia, ou caso de incidente de assunção de competência, no qual existe a multiplicidade de casos, inexistindo a controvérsia, porém, por conveniência e como meio de prevenir qualquer divergência futura, autores destacam a possibilidade da utilização da assunção de competência nesses casos específicos, conforme destacado a seguir: Há casos em que pode surgir a dúvida sobre o cabimento do IRDR ou do incidente de assunção de competência. Imagine-se, por exemplo, que haja cinco ou dez processos que versem sobre a mesma questão de direito, tendo todos sido julgados no mesmo sentido. Há aí casos repetitivos, mas não há a existência de “múltiplos processos”. Por terem sido todos julgados no mesmo sentido, também não há risco de ofensa à isonomia, nem à segurança jurídica, mas a questão pode ser relevante, de grande repercussão social. Nesse caso, não caberá o incidente de resolução de demandas repetitivas (por não haver risco à isonomia, nem à segurança jurídica), mas é possível que se instaure a assunção de competência, por ser conveniente prevenir qualquer possível divergência futura (art. 947, § 40, CPC). (DIDIER JR., CUNHA. 2016. p. 630)

O pedido de instauração do incidente, esse será dirigido ao presidente do Tribunal podendo ser realizado pelo juiz ou relator, por meio de ofício, pelas partes, por meio de petição e ou pelo Ministério Público ou Defensoria Pública de igual modo. Ainda necessária a demonstração dos pressupostos para instauração do incidente, a demonstração da repetição de processos que contenham controvérsia sobre o mesmo tema em questão de direito, e a demonstração do risco de ofensa a isonomia e a segurança jurídica.

O Julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno responsável pela uniformização da jurisprudência do tribunal, o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente edificar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Ponto importante e de grande relevância, se relacionando com o princípio da publicidade disposto na Constituição, o artigo 979 traz menção que, a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Devido a importância da constante atualização e divulgação do incidente, os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direitos submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. E ainda para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão - *ratio decidendi* - e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Conforme disposição expressa do artigo 980, o incidente será julgado no prazo de um ano, e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvado os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. Ressalta-se que a suspensão cessa automaticamente com o término do prazo de um ano, a não ser que haja decisão em sentido contrário do relator, que deverá fundamentadamente ser anunciada antes do término do prazo.

Ao ser admitido o incidente, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado, ou na região conforme o caso; poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita o processo no qual se discute o objeto do incidente, que lhes prestará as informações solicitadas no prazo de 15 dias, e também intimará o Ministério Público para que, querendo, manifestar-se igualmente no prazo de 15 dias.

A suspensão de processo será comunicada ao órgão jurisdicional competente, e no caso de pedido de tutela de urgência durante a suspensão, esse deverá ser dirigido ao juiz onde tramita o processo suspenso. De modo a garantir a segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no artigo 977 incisos II e III, ou seja, a parte, o Ministério Público e ou a Defensoria Pública, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto de incidente já instaurado, independente dos limites da competência territorial.

De modo a dar maior legitimidade ao incidente, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que poderão participar ativamente, e no prazo comum de 15 dias, poderão requerer a juntada de documentos bem como diligências necessárias para elucidação da questão controvertida, com posterior manifestação do Ministério Público no mesmo prazo. E ainda, para instruir o incidente, o relator poderá designar data para realização de audiência pública, na qual ouvirá depoimento de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Concluída as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

No julgamento do incidente, o relator fará a exposição do objeto discutido, e na sequência poderá sustentar as suas razões sucessivamente o autor e o réu do processo originário, e o Ministério Público pelo prazo de 30 minutos. Aos demais interessados, será dado prazo de 30 minutos dividido entre todos, com a exigência de inscrição com dois dias de antecedência para poder assim sustentar as suas razões. E considerando o número de inscritos o prazo poderá ser ampliado. O conteúdo do acórdão abrangerá análise de todos os fundamentos suscitados concernente a tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Julgado o incidente, a tese jurídica adotada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre a idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive aqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região. Será aplicada ainda aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública conforme disposto no artigo 977, inciso, III.

Não sendo observada a tese adotada no incidente de resolução de demandas repetitivas, caberá reclamação, no caso, ao tribunal que proferiu a decisão desrespeitada.

Do julgamento do mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. O recurso terá efeito suspensivo presumindo-se a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida. Sendo devidamente apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada em todo o território nacional, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Como meio de diminuir a quantidade de recursos nos processos de massa, o incidente, pelos seus critérios e fundamentos vistos acima, possibilita o julgamento liminar de improcedência do pedido, nos moldes do artigo 332, III, bem como o desprovemento monocrático de recurso indicado no artigo 932, IV, 'c', do Código de Processo Civil, quando a pretensão do autor for contrária ao entendimento firmado em decisão dotada de efeito vinculante prevista no artigo 927.⁶⁶

Em contraponto, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, entendem que a vinculação do incidente de resolução de demandas repetitivas é inconstitucional e se refere ao instituto como *assento à brasileira*.⁶⁷ E ainda, aponta outras possíveis inconstitucionalidades:

Inconstitucionalidades do IRDR. A doutrina aponta quatro principais inconstitucionalidades de que padece o instituto do IRDR, criado pelo CPC 976: a) ofensa à independência funcional dos juízes e separação funcional dos poderes; b) ofensa ao contraditório (CF 5.º LV) porque, por exemplo, não há

⁶⁶ Desse modo nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independente da citação do réu julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar o entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. E de igual modo quando aos autos nos tribunais incumbe ao relator negar provimento ao recurso que for contrário a entendimento firmado é incidente de resolução de demandas repetitivas ou também de assunção de competência. Desse modo, podemos ver a intenção do legislador em refrear a quantidade de recursos que chegam aos tribunais, presente em alguns casos como os expostos no artigo 332, III e no artigo 932, IV, 'c' a possibilidade de julgamento liminar.

⁶⁷ Sobre os assentos, tratamos no Capítulo 3, no item 3.2.1. e a posição adotada pelos citados autores, e a seguinte: 4. Assento português. Inconstitucionalidade do CC port. 2.º. Os assentos, instituto tradicional do direito português das Ordenações do Reino (Ordenações Manuelinas, Livro V, Título LVIII, 1; Lei da Boa Razão [Lei de 18.8.1769, §§ 8.º e 14]), expedidos pela então Casa da Suplicação (hoje, Supremo Tribunal de Justiça), foram incluídos como texto legal na moderna legislação de Portugal (CC port. 2.º). Tinham força de lei, vinculante, portanto, assim como os institutos previstos no CPC 927 (vinculação da jurisprudência), 976 (IRDR) e 1036 (RE e REsp repetitivos). Como faltava autorização constitucional expressa para que preceitos advindos do Poder Judiciário português pudessem ter força vinculante, de lei, a Corte Constitucional de Portugal declarou inconstitucional o CC 2.º, tirando-lhe a vigência e a eficácia. Não obstante, o DL port. 389-A, de 12.12.1995, revogou expressamente o CC port. 2.º. Hoje não há mais assentos vinculantes no direito português. V., na casuística abaixo, verbete "Assentos. Portugal. Inconstitucionalidade". E ainda, na mesma obra: 2. Vinculação inconstitucional. Sem autorização expressa da Constituição não pode haver decisão judicial que vincule outros órgãos do Poder Judiciário, bem como particulares. Segundo o sistema constitucional brasileiro, somente vinculam as decisões do STF em controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos (CF 102 § 2.º) e as súmulas vinculantes do mesmo STF (CF 103 *caput*). A inconstitucionalidade desse assento à brasileira está tratada nos comentários. CPC 976, acima, para os quais remetemos o leitor. (NERY JR. NERY. 2015, p. 2040, 2048)

previsão para que o interessado possa optar por excluir-se do incidente (*opt-out*); c) ofensa à garantia do direito de ação (CF 5.º XXXV); d) ofensa ao sistema constitucional dos juizados especiais, porque prevê vinculação dos juizados especiais à decisão proferida em IRDR (CPC 982 I), sendo que não há vínculo de subordinação entre juizado especial e TRF ou TJ (Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas [RP 240/221]. (NERY JR. NERY. 2015, p. 2040).

No tocante as críticas indicadas e pelo avanço do presente trabalho, até o momento, que parte de premissa diversa das que orientam e sustentam os citados autores, entende-se que não há de se manter as objeções diante do seguinte:

a) ofensa à independência funcional dos juízes e separação funcional dos poderes; não se pode confundir a independência funcional do magistrado, com a possibilidade de decisão conforme a sua livre consciência. Assim, a independência funcional não pode sugerir desrespeito ao entendimento firmado, e por consequência ao precedente, devendo os magistrados decidirem em conformidade com o direito, atentos a uniformização do entendimento e racionalidade judicial esperada pelos jurisdicionados.

O magistrado pode se utilizar da sua independência funcional, limitado as garantias constitucionais e decidir conforme o direito e o seu regramento obedecendo a legislação e os precedentes judiciais firmadas devendo interpretá-los.

E com relação a ofensa a separação de poderes, o fato do Judiciário respeitar as suas próprias decisões não lesiona o item apontado, destacando que não são todas e quaisquer decisões que deverão ser necessariamente observadas, mas apenas aquelas que foram previstas expressamente pelo legislador, de igual modo não se pode falar em ofensa a separação dos poderes quando o próprio legislativo instituiu os precedentes a serem observados na legislação pátria.

b) ofensa ao contraditório (CF 5.º LV) porque, por exemplo, não há previsão para que o interessado possa optar por excluir-se do incidente (*opt-out*): Como vimos no decorrer deste trabalho, quanto da elaboração do precedente, em especial no caso de incidente de resolução de demandas repetitivas, existe a preocupação com a ampla e mais irrestrita divulgação da tese firmada, a participação do máximo possível de interessados na causa, e audiências públicas, no intuito de dar o máximo de legitimidade a um objeto discutido. Contudo, permitir que a parte esquive-se do respeito aos precedentes, por lógica, desvirtuaria todo o sistema vinculante, porém é importante destacar que a questão unicamente de direito

decidida no incidente não se estende aos demais processos por força da coisa julgada, mas a sua *ratio decidendi* é utilizada pelos órgãos judiciais responsável pelo julgamento dos demais processos por se tratar de um precedente vinculante.

Assim os precedentes, não cabe somente as partes, mas também aos magistrados, sendo que estes não podem excluir-se da sua função jurisdicional.

Se o sistema é facultativo ou se lhe for dada essa possibilidade, então não trará os benefícios pretendidos pelo legislador que se espera de um sistema de precedentes, ou seja, segurança jurídica, isonomia, previsibilidade, coerência, integralidade, racionalidade entre outros. E ainda é importante destacar a supremacia do interesse da coletividade, ou seja, litigantes de massa, sobre o particular, existindo eventual mitigação constitucionalmente coerente diante do interesse do particular, que de outros modos poderá fazer uso de métodos alternativos de solução de conflitos, como arbitragem por exemplo, e não necessariamente se submeter ao sistema de precedentes.

c) ofensa à garantia do direito de ação (CF 5.º XXXV): com relação a ofensa ao direito de ação, os argumentos são os mesmos que pautavam o artigo 285-A⁶⁸ do Código de Processo Civil de 1973, e como destacado anteriormente, é necessário que haja a ponderação entre princípios em atrito, devendo prevalecer aquele que resguarda o sistema como um todo, e melhor se aplica no intuito de buscar maior proximidade com o entendimento constitucional vigente. Em regra, nenhum Direito pode ser considerado absoluto, mas deve-se considerar a sua mitigação para que outro direito constitucional prevaleça.

d) ofensa ao sistema constitucional dos juizados especiais, porque prevê vinculação dos juizados especiais à decisão proferida em IRDR (CPC 982 I), sendo que não há vínculo de subordinação entre juizado especial e TRF ou TJ: Disposição expressa no artigo 985, I, do Código de Processo Civil, resta estabelecido que, no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito, inclusive aos que tramitam nos juizados especiais do respectivo Estado ou região. Portanto, os juizados especiais estão vinculados aos precedentes do tribunal a qual fazem parte e aos precedentes dos Tribunais Superiores, não se vislumbrando qualquer

⁶⁸ Nos termos do artigo 285-A, quando a matéria controvertida você unicamente de direito, e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderia ser dispensada a citação da parte contrária e proferida a sentença, devendo produzir-se o teor da sentença anteriormente prolatada. Assim fica evidente que se trata de mais uma modalidade de indeferimento liminar, e já no Código anterior exteriorizava o princípio da duração razoável do processo, da economia processual e celeridade.

inconstitucionalidade em conferir coerência e racionalidade ao sistema delineado pelos próprios artigos 102 e 105 da Constituição Federal, e pela legislação processual vigente.

Nesse sentido, vejamos o entendimento Fredie Didier e Leonardo Carneiro Cunha:

A tese fixada no IRDR aplica-se aos processos dos Juizados Especiais, conforme estabelece o inciso I do art. 985 do CPC. Não parece haver inconstitucionalidade nisso. Se é verdade que não há hierarquia jurisdicional entre os juízes dos juizados e os tribunais, não é inusitado haver medidas judiciais em tribunais que controlam atos de juízes a eles não vinculados. O STJ, por exemplo, julga conflito de competência entre juízes comuns e juízes trabalhistas, embora estes últimos não estejam a eles vinculados. Ao TRF da respectiva região compete decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária, conforme entendimento explicitado no enunciado 428 da Súmula do STJ. Os juízes dos juizados federais não estão vinculados ao TRF, mas este julga conflitos de competência que os envolvem. Os juízes dos juizados não estão hierarquicamente vinculados ao STJ; não cabe recurso especial de decisões proferidas nos juizados (Súmula STJ, n. 203), mas é evidente que devem seguir o entendimento manifestado pelo STJ em recurso repetitivo e em enunciado de súmula em matéria infraconstitucional (art. 927, III e IV, CPC). (DIDIER JR. CUNHA. 2016, p. 643).

Compartilhando do mesmo entendimento, pode-se observar que foram editados Enunciados⁶⁹ no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis referentes a observação dos juizados especiais concernentes ao tema do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por fim, vencidos os argumentos acima destacados, o incidente de resolução de demandas repetitivas é estabelecido como um precedente de observância obrigatória, dotado de efeito vinculante legal e legitimamente previsto nos termos do artigo 927, III, do Código de Processo Civil.

⁶⁹ Os Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis abordaram a devida observância dos juizados especiais às teses definidas no incidente de resolução de demandas repetitivas, com o objetivo maior de uniformizar o entendimento jurisprudencial, de modo geral, e ainda, atender aos comandos do artigo 985, I, no sentido da devida obediência aos precedentes do respectivo tribunal vinculado aos juizados e também das cortes superiores, observamos os seguintes enunciados: Enunciado 471. (Art. 982, §3º). Aplica-se no âmbito dos juizados especiais a suspensão prevista no art. 982, §3º. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência); Enunciado 480. (arts. 1.037, II, 928 e 985, I). Aplica-se no âmbito dos juizados especiais a suspensão dos processos em trâmite no território nacional, que versem sobre a questão submetida ao regime de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, determinada com base no art. 1.037, II. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência); Enunciado 483. (Art. 1.065; art. 50 da Lei 9.099/1995; Res. 12/2009 do STJ). Os embargos de declaração no sistema dos juizados especiais interrompem o prazo para a interposição de recursos e propositura de reclamação constitucional para o Superior Tribunal de Justiça. (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante), e Enunciado 549. (art. 927; Lei n.º 10.259/2001) – O rol do art. 927 e os precedentes da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais deverão ser observados no âmbito dos Juizados Especiais. (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante). Disponível em: <<https://goo.gl/qSw0tr>>. Consultado em: 27-12-2019. p. 59, 60 e 68).

c) julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

A disciplina do fundamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos vem tratados no Código de Processo Civil nos artigos 1.036 a 1.041, e se alinham com as perspectivas de litigiosidade de massa e uniformização da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação ao seu processamento, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições do regimento interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Caberá ao presidente ou vice-presidente de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal selecionar dois ou mais casos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, e determinará a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, sejam eles individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região conforme o caso. Se sobrestado recurso extraordinário ou recurso especial que não observar a sua tempestividade, poderá o interessado requerer ao presidente ou vice-presidente que exclua da decisão o sobrestamento, e que seja declarado a sua inadmissibilidade. Caso não seja reconhecida a inadmissibilidade conforme pedido pelo requerente, caberá agravo interno.

Selecionados os recursos no Tribunal Superior, com o recebimento dos recursos repetidos de todo o país, pode o relator retratar-se⁷⁰ da decisão de afetação, com o que determinará a revogação da suspensão. E constatando haver mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferida a decisão de afetação.

⁷⁰ Caso haja no recurso sobrestado não somente questão repetitiva a ser enfrentada, mas também outras questões, o tribunal de origem vai examinar apenas a questão repetitiva para exercer ou não a retratação. Se a questão repetitiva no recurso for prévia as demais, sendo que o seu julgamento alterara o objeto do curso, alterando-se todos os demais termos, Com a retratação, o recurso será atendido se o objeto não havendo mais razão para prosseguir. Em contrapartida, havendo uma retratação e as demais questões se mantiverem, o concurso será submetido ao juízo provisório de admissibilidade, conforme se ver no entendimento de Didier e Cunha: É possível que o recurso sobrestado verse não somente sobre a questão repetitiva, mas também sobre outras questões. Nesse caso, o tribunal de origem vai reexaminar apenas a questão repetitiva para exercer ou não a retratação. Se a questão repetitiva for prévia às demais e, com a retratação, tudo se alterou, o recurso terá seu objeto atendido, não havendo mais razão para prosseguir. Se, porém, houver a retratação, mas a solução das demais questões se mantiver, o recurso interposto - e que estava até então sobrestado - será submetido ao juízo provisório de admissibilidade, independentemente de ratificação pelo recorrente. Admitido o recurso, será encaminhado ao STF ou ao STJ para apreciação das demais questões. Não admitido, caberá agravo, nos termos do art. 1.042 do CPC. (DIDIER, CUNHA. 2016, p. 650)

Assim como no incidente de resolução de demandas repetitivas, os recursos repetitivos extraordinário e especial deverão ser julgados no prazo de um ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e pedido de *habeas corpus*.

Ocorrendo a revogação do parágrafo 5º, pela lei 13.253 de 2016, o prazo de um ano se torna impróprio, pois não ocorrendo o julgamento do recurso nesse prazo, não implicará automaticamente na retomada do curso dos processos em todo território nacional. E a desafetação não impede nova habilitação por outro relator.

Uma possibilidade de *distinguishing* se mostra evidente no parágrafo 8º do artigo 1.037, pois, as partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, por força da afetação, ocorrendo indevido sobrestamento de determinado processo por equivocada identificação da questão nele versada, a parte poderá demonstrar a distinção (*distinguish*) entre os casos sobrestados, requerendo o prosseguimento do seu processo, conforme artigo 1037, parágrafo 9º.

O requerimento do *distinguishing* será dirigido ao juiz, se o processo sobrestado estiver no primeiro grau; ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem; ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário origem; ao relator no tribunal superior, de recurso especial ou extraordinário, cujo processamento houver sido sobrestado, conforme artigo 1.037, § 10.

Antes de decidir, o órgão judicial deverá oportunizar a formação do contraditório, abrindo-se prazo para a outra parte ser ouvida sobre o requerimento do *distinguish* no prazo de cinco dias. Sendo reconhecida a distinção, o juiz ou relator dará prosseguimento ao processo, comunicando a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo Tribunal Superior.

Não reconhecida a distinção, caberá agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau, ou agravo interno se a decisão for de relator.

Assim como no incidente de resolução de demandas repetitivas, no caso do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, o relator poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a participação de *amicus curiae* (art. 138 e 1.038, I, CPC), dada a relevância da matéria, e

conforme disposição do regimento interno. E ainda poderá solicitar informações aos tribunais inferiores.

Também poderá igualmente, fixar data para realização de audiência pública, na qual ouvirá depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, conforme o artigo 1.038, II do Código de Processo Civil. E conforme o inciso III, do mesmo artigo, o Ministério Público será igualmente ouvido a respeito no caso repetitivo.

Com relação a decisão, o acórdão abrangerá todos os fundamentos relevantes suscitados para solução da questão jurídica, sendo imprescindível essa análise do artigo 1.038, parágrafo 3º. Trata-se assim da necessidade não só de matiz constitucional, mas também do dever de fundamentação do artigo 93, IX, da Constituição, e do artigo 489, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, justificando a compreensão das decisões das cortes supremas como fonte de razões futuramente invocáveis como precedentes.

As razões oriundas do julgamento servem tendencialmente como precedente e irradiam os seus efeitos para todas as questões idênticas ou semelhantes. E nos termos do artigo 1.040 inciso IV, se os recursos versarem sobre a questão relativa a prestação de serviço objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ou agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação por parte dos seus entes sujeitos a regulação da tese adotada.

E ainda, negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário aventado, serão considerados automaticamente inadmitido os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

Publicado o acórdão paradigma proveniente do julgamento dos recursos repetitivo:

I -o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Tribunal Superior; II -o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou recurso anteriormente julgado, na hipótese de o acórdão recorrido contrariar o precedente constitucional ou federal firmado; III - Os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo Tribunal Superior, Conforme o artigo 1.040 do Código de Processo Civil.

Nos termos dos parágrafos primeiro a terceiro do artigo 1.040, a parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferir a sentença, se a questão discutida for idêntica à resolvida recurso representativo da controvérsia; se a desistência ocorrer antes de oferecida a contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência; a deficiência nesse caso independe do consentimento do réu, ainda que já apresentada a contestação.

Como temos visto durante o decorrer desse trabalho, os precedentes apresentam como função, a tentativa de unidade do direito, e a supremacia da Constituição outorga ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, cortes máximas do nosso país, a devida competência e necessidade de harmonizar a racionalização da atividade judiciária, o direito fundamental a duração razoável do processo, de modo que o tribunal de origem não pode recusar a aplicação do precedente ao caso concreto, pois desse modo estaria simplesmente negando o seu dever de fidelidade ao direito.

Se porem o tribunal de origem violar o precedente, o recurso deve ser remetido ao Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. E conforme vimos acima, será realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem se for o caso, decidirá as demais questões ainda não analisadas, cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração conforme o artigo 1.041 parágrafo 1º. Quando ocorrer a hipótese do reexame da causa, e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente do Tribunal local, depois do reexame pelo órgão de origem, independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento das demais questões.

4.3.3. Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Ao indicar os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, é importante e necessário entender a função das Cortes Supremas na incumbência da unicidade do direito.

Assim é necessário distinguir as Cortes de Justiça - Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça - que possuem a função de controlar a interpretação dos fatos da causa, das provas produzidas e do direito aplicável ao caso concreto, e desse modo ampliar o debate a

respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da formação e do desenvolvimento da sua jurisprudência, das Cortes Supremas - Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça - que possuem a função de interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a última palavra e orientação a respeito de como deve ser entendido e interpretado o direito constitucional e o direito federal em nosso ordenamento pátrio.

Então cabe as Cortes Supremas, sempre zelar pela unidade do Direito, mediante o entendimento dos seus precedentes, e de igual modo, as Cortes de Justiça também deveriam ser uniformes em seus entendimentos jurisprudenciais, visto que, quanto mais uniforme é o entendimento jurisprudencial nas Cortes de Justiça, menos divergências interpretativas chegariam as Cortes Supremas, sendo desejável que os entendimentos jurisprudenciais sejam uniformes e seguros. Desse modo, cabe as Cortes de Justiça a uniformização do entendimento jurisprudencial, e por via de consequência do Direito, cabendo as Cortes Supremas o papel da unidade do Direito, através da fixação de sua interpretação que deverá ser emanada e obedecidas pelas cortes inferiores.

A respeito da distinção entre Corte de Justiça e Corte Suprema, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, entendem que; quando da redação do artigo 926 do Código de Processo Civil, havendo a particularização de que o Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem o dever de dar unidade ao direito, não pensando nas Cortes Supremas como cortes de uniformização, mas sim como corte de interpretação e de precedentes, evitaria a necessidade de constantes e reiteradas decisões no mesmo sentido, os citados autores asseveram que:

É claro que é desejável que a jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais seja uniforme e segura (tanto é assim que se preveem incidentes voltados à obtenção de segurança, como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência), assim como é evidente que essas Cortes têm – a partir da existência de precedentes sobre o caso que devem julgar- o dever de aplica-los sem quebra de igualdade. No entanto, a função dessas cortes está ligada justamente à exploração dos possíveis significados dos textos jurídicos a partir do controle da justiça do caso concreto (a interpretação do direito é apenas um meio para chegar-se ao fim controle da Justiça do caso). E diferente do que ocorre com as Cortes Supremas, em que o caso concreto é apenas um meio a partir do qual se parte para chegar-se ao fim interpretação do direito. Enquanto inexistente precedente da Corte Suprema encarregada de forma-lo, o desacordo interpretativo é em grande medida inevitável, dado o caráter equívoco da linguagem em que vazados os textos legislativos. Daí que seria necessário particularizar no art.926, CPC, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm o dever de dar unidade ao direito. A partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes. Isso porque as Cortes de Justiça – e os

juízes de primeiro grau - são responsáveis por fomentar o debate a respeito de quais são as melhores opções interpretativas para os desacordos inerentes à interpretação do direito: tolher esse debate, não deixando espaços para que vingue, serve apenas para obtenção de uma solução para os problemas jurídicos - não necessariamente para obtenção da solução melhor ou mais amadurecida pelo diálogo e pela experiência judiciária. Em outras palavras: não necessariamente uma solução amadurecida democraticamente pelo diálogo institucional no e do Poder Judiciário. Devidamente distinguidas as funções das Cortes Supremas das Cortes de Justiça, deixando-se de lado o uso genérico do termo tribunais, fica fácil perceber que a função dessa Corte de modo nenhum pode ser identificada com a de uniformização. E isso porque a uniformização pressupõe justamente tornar uniforme algo que a princípio não o é, o que exige atar a tarefa dessas Cortes à finalidade de controle de casos. Para uniformizar, é preciso conhecer o que é disforme: pressupõe-se justamente a ausência de uniformidade na interpretação e aplicação do direito. Quando se pensa no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça como cortes de interpretação e de precedentes, porém, a partir do exato momento em que esses tribunais dão determinada interpretação, constitui grave infidelidade ao direito deixá-la de lado na aplicação dos casos concretos que recaem em seus âmbitos de aplicação (STJ, 6.^a Turma, HC 274.806/SP, rel. Min. Rogério Schlett1Cruz, DJe18.02.-:2014; STJ, 6.^a Turma, HC 276.152/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 31.03.2014.). (MARINONI. ARENHART. MITIDIERO. 2017. p. 1003-1004).

E ainda conforme a disposição expressa do parágrafo 1º do artigo 926, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante,⁷¹ e consoante aos regimentos internos, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça estão vinculados aos seus enunciados, devendo respeitá-los.⁷² Ao editar os enunciados de súmula, deverão se ater às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação – *ratio decidendi* -e se vincularão de forma horizontal, de igual modo, as cortes inferiores, ou

⁷¹ RISTF – (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal): Art. 21. São atribuições do Relator: § 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil. § 2º Poderá ainda o Relator, em caso de manifesta divergência com a Súmula, prover, desde logo, o recurso extraordinário. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf> : Consultado em 29-12-2019.

RISTJ - Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça): Art. 34. São atribuições do relator: XVIII - distribuídos os autos: b) negar provimento ao recurso ou pedido que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema;

Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/230/3918>: Consultado em 29-12-2019.

⁷² Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/230/3918>: Consultado em 30-12-2019.

nesse caso as Cortes de Justiça devem obediência ao enunciado, pela vinculação vertical, por estar diante da interpretação ou precedente que deverá ser seguido.

O legislador reitera que além de uniformizar a sua jurisprudência, mantê-la estável, íntegra e coerente, os juízes e os tribunais ainda observarão, de forma cogente e impositiva, os enunciados de súmula vinculante, e os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal quando houver matéria de interesse constitucional, e os enunciados do Superior Tribunal de Justiça quando houver matéria de interesse e ou conflito infraconstitucional, pois estas Cortes, darão posicionamento vinculante diante da formulação dos seus entendimentos expressos através dos seus enunciados.

4.3.4. A orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Nos moldes do artigo 927 inciso V, dispõe que: os juízes e os tribunais observarão: a orientação do plenário ou dos órgãos especiais aos quais estiverem vinculados, indicando a orientação como vinculante e de observância obrigatória aos juízes e tribunais de ordem hierarquicamente inferiores.

Nesse ponto, sendo afastado o entendimento de inconstitucionalidade pela falta de autorização constitucional sustentada por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery⁷³, que entendem que as orientações do plenário ou órgão especial a que estejam vinculados os juízes não poderiam ser impostas de forma vinculante, diante de expressa ausência de previsão constitucional para tanto.

Cabe a crítica no seguinte sentido: referido inciso merece melhor cotejamento quanto à sua extensão, tendo em vista que o legislador não indica ser necessária a maioria qualificada do plenário ou órgão especial, nos mesmos moldes de confecção da súmula vinculante, e depreende-se que não é toda decisão, mesmo das Cortes Supremas que ensejam formação de um precedente, diante do sistema misto das duas famílias do direito, atualmente

⁷³ Vinculação a orientação do plenário ou órgão especial de tribunal. Inconstitucionalidade. Valem, aqui, os comentários 2 a 7, 20 e 21 CPC 927, acima. Falta autorização constitucional para que, orientações do plenário ou órgão especial a que estejam vinculados os juízes, possam a estes ser impostas. A gravidade aqui é, ainda, maior do que as hipóteses do CPC 927 III e IV, pois o dispositivo legal cria vinculação, não apenas a súmula de tribunal, mas a qualquer outra orientação, administrativa ou jurisdicional, provinda do pleno ou do órgão especial do tribunal, sem expressa e anterior previsão constitucional para tanto. (NERY JR. NERY. 2015. p. 1916).

em vigência em nosso país. Pois, pela nossa tradição romano-germânica, sempre fizemos uso da jurisprudência como meio assessorio, e das sumulas, como meio de orientação persuasiva.

Diante do fortalecimento da jurisprudência, no atual quadro, com a busca constante da unidade do Direito, e da aproximação com os princípios manifestos da Constituição Federal, passou-se a utilizar as sumulas vinculantes e outros precedentes de vinculação obrigatória como resposta de modernização e avanço jurisprudencial e constitucional, conforme entendimento de Humberto Teodoro Junior:

A objeção que às vezes tem sido feita em doutrina à constitucionalidade do sistema de jurisprudência vinculante do CPC/2015 apoia-se, principalmente, no princípio de legalidade. Argumenta-se que só a lei pode obrigar a todos, genérica e abstratamente (CF, art. 5º, II). Acontece que nenhum princípio, nem mesmo constitucional, é absoluto, e, necessariamente, todo princípio tem que coexistir e harmonizar-se com os demais que incidem sobre o mesmo fato. Na espécie, não se pode cogitar apenas do princípio da legalidade, mesmo porque o sistema jurisprudencial em causa foi instituído por lei, e, ainda, porque vários outros princípios, também constitucionais, justificam a uniformização vinculativa dos precedentes jurisprudenciais. Se alguma colisão puder ser detectada entre eles, a solução jamais será dada à supervalorização do princípio da legalidade ou de qualquer outro isoladamente. Esse conflito, apenas aparente, resolve-se, na técnica constitucional, pelo critério hermenêutico da proporcionalidade, o qual, na espécie, aponta, razoavelmente, para a prevalência da garantia constitucional da segurança jurídica, da igualdade de todos perante a lei, da duração razoável do processo, bem como na necessidade lógica de unidade e coerência do ordenamento jurídico. (THEODORO JUNIOR. 2017, p. 978).

Os comandos constitucionais determinam a busca pela coerência da ordem jurídica e por via de consequência pela valorização da segurança jurídica, fazendo com que o jurisdicionado possa esperar do Estado uma atuação racional, célere e precisa, no sentido de não se frustrar com uma prestação jurisdicional, e desse modo possa restaurar a confiança no judiciário. Conclui-se assim que coerência e segurança jurídica convivem em um sistema para evitar que normas jurídicas desiguais sejam aplicadas em situações iguais.

Conforme assevera Marinoni: não cabe a uniformização da Lei Federal⁷⁴ para que o judiciário tenha um discurso único, mas para que o judiciário não produza normas jurídicas distintas para casos iguais, e assim não viole a segurança jurídica. (MARINONI. 2011, p. 494).

⁷⁴ Cabendo a uniformização do entendimento da lei federal ao Superior Tribunal de Justiça, e ainda por ser o seu papel institucional previsto na Constituição Federal no artigo 105, inciso III, 'c', devendo esta Corte julgar em única ou última instância as decisões dos tribunais regionais federais ou pelos tribunais dos estados e do Distrito Federal, quando esses derem a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Se então absurdo imaginar que o Superior Tribunal de Justiça com a sua missão de uniformização da jurisprudência e interpretação da lei federal, decidir em um sentido, e os tribunais de Justiça regionais e federais

Desse modo, pode-se afirmar que após a decisão da Corte, afirmando a interpretação cabível, todos os tribunais inferiores estarão a ela vinculada, não sendo possível atribuir outro sentido a norma constitucional.

Contudo, remanesce a crítica no sentido da eficácia horizontal com relação à orientação do plenário ou órgão especial, tanto no Superior Tribunal de Justiça como no Supremo Tribunal Federal.

Mesmo considerando a decisão em plenário, existe a não rara condição das turmas divergirem de entendimento acerca de determinada questão federal, ou de determinada interpretação constitucional. Diante da divergência os precedentes firmados pelo plenário obrigatoriamente terão eficácia vinculante de modo vertical, embora não tenham igual eficácia no sentido horizontal, eventualmente, cabendo divergência quanto ao julgamento monocrático do relator de uma das Turmas de entendimento divergente.

Desse modo, aprofundaremos melhor a crítica em item próprio, conforme segue abaixo.

4.4. Hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores: maioria absoluta x maioria qualificada; integridade, estabilidade e coerência.

De modo a retomarmos o entendimento, diante do artigo 927, inciso, I, entende-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade deverão ser observadas pelos demais juízes e instâncias, sendo um precedente vinculante de observância obrigatória.

Em análise do artigo 927, inciso V, também é indicado como precedente vinculante de observância obrigatória: a orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados, e, conjuntamente com o parágrafo 3º do mesmo artigo, é aceita a hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores

aplicar a decisão da corte superior de modo diferente. Esse posicionamento por parte dos tribunais regionais federais, que assim agirem, é uma agressão a coerência do direito e a segurança jurídica, e impossibilita a previsibilidade e a racionalidade do direito.

podendo haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e da segurança jurídica.⁷⁵

Desse modo para que haja a modulação dos efeitos, além da demonstração do interesse social e da segurança jurídica, será necessária a maioria qualificada dos ministros do Supremo Tribunal Federal, com dois terços dos seus membros.

Com relação as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, e nos casos de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, não há menção de votação com maioria qualificada, ou seja, dois terços dos votos dos ministros para a formação do precedente vinculante. Ao passo que, para edição da súmula vinculante, esta, necessariamente se dará pela maioria qualificada dos membros da Corte do Suprema conforme disposição expressa.

Abstraindo-se o entendimento de que basta maioria absoluta para a formação do precedente vinculante nos casos do inciso I e V Código de Processo Civil, o que demonstra a possibilidade de evolução e mutabilidade do direito. Assim, uma vez decidida a questão constitucional no tribunal, cabe as câmaras e turmas não mais submeter arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, pois, estes, em tese, não mais poderiam voltar a tratar da questão constitucional, sem que estivesse presente os quesitos hábeis para justificar a revogação de precedente firmado, como a transformação dos valores sociais, ou da concepção geral do direito, ou ainda erro manifesto. Nesse sentido:

Advirta-se que a alteração da composição do órgão julgador não é suficiente para a revogação do precedente. Da mesma forma, os fundamentos que foram -ou poderiam ter sido -levantados quando do julgamento não podem simplesmente voltar a ser discutidos. O julgamento é viável apenas quando se tem consciência de que a manutenção do precedente constitui a eternização de um erro ou de uma injustiça, seja porque há equívoco grosseiro na decisão, seja por que a evolução da sociedade e do direito está a mostrar que a decisão primitiva não mais pode prevalecer. (MARINONI. 2011, p. 510-511).

Mesmo considerando que a alteração da composição do órgão julgador não é suficiente para revogação do precedente, nos casos do inciso I e V, basta simples mudança do

⁷⁵ Conforme disposto no artigo 27 da Lei 9.868 de 1999, o Supremo Tribunal Federal maioria absoluta de dois terços dos seus membros poderá restringir os efeitos da ação declaratória, ou decidir a modulação de sua eficácia a partir do seu trânsito em julgado, observando a segurança jurídica ou excepcional interesse social: Art. 27 da Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei 9868/99: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

posicionamento de apenas um ministro para que haja a vinculação à decisão em controle de constitucionalidade e alteração da jurisprudência dominante, dada a simples maioria absoluta em determinados casos.

A fim de evitar mudanças constantes na formação dos precedentes vinculantes dos incisos acima indicados, visando a estabilidade, integridade e coerência, por parte do legislador e do sistema lógico jurídico, aponta-se a eventual necessidade de votação da maioria qualificada, assim como para confecção da súmula vinculante, de dois terços dos votos em Plenário, trazendo o sistema a racionalidade e a exigência necessária na mudança de precedentes vinculantes obrigatórios além da devida observância ao princípio da concordância prática⁷⁶.

Princípio da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum. (MENDES; COELHO; BRANCO. 2009, p. 107).

Apenas para melhor exemplificar que a alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, em caso de maioria qualificada, relacionada a confecção dos precedentes, traria maior estabilidade e segurança jurídica, trazemos à baila o caso paradigmático da ação declaratória de constitucionalidade 43, 44 e 54, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a possibilidade da prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado de recurso, na qual a simples mudança de posicionamento de um dos ministros – mesmo considerando a maioria absoluta na votação - altera o sentido da jurisprudência dominante, que, enseja desconfiança legítima do jurisdicionado nos precedentes judiciais.

Desse modo, analisaremos apenas o voto do ministro Gilmar Mendes,⁷⁷ quanto a mudança do seu posicionamento, e a repercussão na formação dos precedentes vinculantes dos incisos I e V.

⁷⁶ O princípio da concordância prática afirma que a aplicação de uma norma constitucional deve realizar-se em conexão com a totalidade das normas constitucionais. Por conseguinte, a concordância prática afirma que as normas constitucionais devem ser interpretadas em uma unidade. Em tal contexto, obviamente, há de se interpretar as normas constitucionais de modo a evitar contradições entre elas.

⁷⁷ Justifica-se a indicação do ministro para análise do voto, tendo em vista a sua marcante eloquência em um primeiro momento votando no sentido de permitir o início do cumprimento de pena antes do trânsito condenatório, e em um segundo momento, mudando o voto sustentando tese diametralmente oposta ao que fora anteriormente sustentado.

De início, analisaremos os posicionamentos adotados pela Suprema Corte brasileira com relação ao cabimento do início da execução da pena, antes de transitado em julgado todos os recursos: O *leading case* se deu pelo HC 68.726, em 28 de junho de 1991, no qual por 8 votos a 0 (zero), reconheceu-se a possibilidade do início de pena antes do trânsito em julgado de Acórdão pendente de recurso especial e ou extraordinário.⁷⁸

Já em 2009, pelo HC 84. 078, houve mudança no entendimento jurisprudencial, na qual por maioria de 7 votos a 4, entendeu-se pela impossibilidade do início de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Depois de 7 anos, no HC 126.292, de 17 de fevereiro de 2016, também por igual para placar de 7 votos a 4, restabeleceu-se o entendimento inicial para permitir o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado.

Tal posicionamento foi mantido na ADC 43 e 44, em medida cautelar, julgada em 5 de outubro de 2016, onde por 6 votos a 5 manteve-se o entendimento anterior. Novamente em agravo a recurso extraordinário número 964.246, por 6 votos a 4, foi mantido o entendimento posterior permitindo o início do cumprimento de pena.

Mais recentemente no HC 152.752 (caso Lula), em 5 de abril de 2018, houve a manutenção do entendimento do início de cumprimento de pena por 6 votos a 5. Nesse julgamento, o ministro Gilmar Mendes mudou de entendimento passando a adotar a tese de inadmitir o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Conforme se extrai da doutrina, o entendimento que permitia a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória figurou durante 23 anos em nosso ordenamento pátrio. E a manutenção de respeito aos precedentes mencionados no posicionamento do colegiado, foi rompida por decisão proferida pelo ministro Marco Aurélio nos autos da ADC 54, ao deferir a liminar reconhecendo a harmonia com a Constituição Federal do artigo 283 do Código de Processo Penal, na qual determinou a suspensão do início da execução da pena antes do trânsito em julgado;

Essa situação de respeito à colegialidade e aos precedentes mencionados foi rompida por decisão proferida pelo Min. Marco Aurélio nos autos da ADC 54 ao deferir liminar para, “reconhecendo a harmonia, com a Constituição Federal, do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão

⁷⁸ As informações lançadas dos julgamentos foram extraídas do livro Direito Constitucional Esquemático, do autor Pedro Lenza, no quadro informativo, p. 1930.

de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual” (julgamento proferido às 14h do dia 19.12.2018, lembrando que o recesso forense se iniciou no dia seguinte).

No mesmo dia, contudo, tendo em vista a amplitude da decisão liminar dotada de efeitos erga omnes, o Min. Presidente do STF acolheu o pedido formulado pela PGR e deferiu “a suspensão de liminar para suspender os efeitos da decisão proferida nesta data, nos autos da ADC nº 54, até que o colegiado maior aprecie a matéria de forma definitiva, já pautada para o dia 10 de abril do próximo ano judiciário, consoante calendário de julgamento publicado no DJe de 19/12/2018” (SL 1.188, às 19h39m). (LENZA. 2019, p. 1929)

Em eloquente voto, ajudando a compor a maioria de 6 votos a 5, o ministro Gilmar Mendes se posicionou favorável a prisão de condenados em segunda instância, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória em outubro de 2016. Trouxe argumentos direcionando que o “encarceramento em segunda instância aproximaria o Brasil do mundo civilizado”, declarando ainda que “ilustre visitas” melhoraria o sistema prisional do Brasil, se referindo a pessoas com poder aquisitivo maior -casos de colarinho branco.

O debate que se coloca, a meu ver, e já tive oportunidade de dizer - tenho voto escrito - que a ideia de presunção de inocência é, de fato, um direito fundamental cujo elemento central, o núcleo essencial, é fundamentalmente normativo. É o conjunto normativo que diz o que é essa presunção de não culpabilidade ou presunção de inocência. O legislador pode fazer esse tipo de consideração. E, claro, por isso, também, me parece... E foi um pouco a caminhada que se fez em todos os países com grau civilizatório elevado em relação à decisão de segundo grau. Tanto é que, praticamente, não se conhece, num mundo civilizado, um país que exija o trânsito em julgado. Em princípio, diz-se que se pode executar a prisão com a decisão de segundo grau. Evidentemente, o juiz ou o tribunal poderá suspender a execução; inclusive, pode-se levar, em nosso caso, de maneira muito evidente, o próprio habeas corpus - cansamos de fazer isso -, dando liminar. Nada mais efetivo. Até porque, quando se recorre a cortes superiores, já estamos discutindo questão de direito. (Acórdão íntegra, pág. 202, voto pág. 2-3)

(...) Assim não se resolve numa fórmula de tudo ou nada. É disso que se cuida quando Eduardo Espíndola Filho fala dessa gradação. Quer dizer, uma coisa é termos alguém investigado, outra coisa é termos alguém denunciado, com denúncia recebida. Outra coisa é ter alguém condenado e, agora, com condenação em segundo grau. Quer dizer, o sistema estabelece uma progressiva derruição - vamos chamar assim - da ideia da presunção da inocência. Essa garantia institucional, vai esmaecendo em função desse conceito e a própria legislação permite isso. Por isso, se aceita a ideia... (Acórdão íntegra, pág. 203, voto pág. 3)

(...) Sabemos, também, que os Estados Unidos adotam standards bastante rigorosos nessa seara. A legislação processual federal determina a imediata prisão do condenado, mesmo antes da imposição da pena, salvo casos excepcionais. Nesses ordenamentos, muito embora a presunção de não

culpabilidade fique afastada, ainda há o direito ao recurso, a ser analisado em tempo hábil. No entanto, o direito de análise célere da impugnação é fundado em outros preceitos, como a duração razoável do processo. (Acórdão integral, pág. 205, voto p. 5)

(...) Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo - esse é um ponto crucial e que já foi tocado no voto do ministro Fachin.

Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento diferenciado. Esse é um ponto importante: tratar isso como uma garantia institucional, que vai enfraquecendo na medida em que se identifica a prova da culpa. (Acórdão integral, pág. 207, voto p. 6).

Então, esse é um dado positivo da realidade. Alguém comentava que, depois desses episódios de Curitiba, houve até uma evolução. O banho frio de Curitiba agora foi substituído, há até chuveiro elétrico. Portanto, são melhorias que estão ocorrendo a partir desses ilustres visitantes dessas celas lá existentes na Polícia Federal. Essa é uma realidade. Então, um dado positivo deste julgamento é esse. (Acórdão integral, p. 213, voto p. 11-12).

E, a mim, parece-me que, se nós considerarmos que, aqui, cuida-se de uma garantia constitucional, que há essa atenuação da presunção de inocência, na medida em que juízos vão-se formando, vereditos vão-se formando em sentido contrário, em sentido favorável da formação de culpa, se ainda se pode falar em caso de presunção de inocência, ela é muito esmaecida afinal, com o juízo de primeiro grau, com o juízo de segundo grau e isso permite. E mesmo o acórdão que lavramos no Habeas Corpus 84.078, já justificava, na época, a prisão, desde que de caráter provisório. (Acórdão integral, p. 213, voto p. 12).

(...). Formado por maioria. Portanto, a mim, parece-me que isso nos permite fazer essa reflexão. Claro, poderá haver erros. Sempre poderá, sempre poderá. É possível reverter? Todo dia pode ocorrer isso. Mas, também, não vamos esquecer, o sistema permite correção, permite até o impedimento do início da execução da pena com a obtenção de liminar em habeas corpus. De modo que, Presidente, estou confortável em proceder a essa revisão. O sistema brasileiro tornou-se um sistema e é um sistema extremamente complexo. Talvez, até mais complexo do que muitos outros. (Acórdão integral, p. 214, voto p. 13)

(...). Desculpe. Do ministro Fachin. Portanto, Presidente, com todas as vênias ao voto do ministro Marco Aurélio, do ministro Lewandowski e da ministra Rosa, eu acompanho na íntegra o pronunciamento do ministro Fachin, destacando que, talvez, se formada a maioria, devêssemos - na linha do que já fizemos em outro momento - também, converter esse julgamento em julgamento de mérito, até porque, senão, vamos ter outro debate sobre a eficácia desse julgamento, uma vez que estaremos apenas indeferindo a liminar. A mim, me parece que coloco essa questão como uma questão de ordem para que possamos definir. A mim, me parece que, se estamos até tarde, hoje, é em razão de termos uma definição. E é importante, então, que essa decisão tenha eficácia geral, efeito vinculante. Mas, com as vênias devidas ao voto do eminente Relator, acompanho às inteiras o voto do ministro Fachin. (Acórdão integral, p. 218, voto p. 17).

Ao proferir o seu voto, o ministro Gilmar Mendes, se sentiu tão confortável com seu posicionamento que sugeriu que a decisão do indeferimento da liminar fosse convertida em julgamento de mérito, para evitar ter outro debate sobre a eficácia desse julgamento em ocasiões futuras.

E em julgamento plenário realizado em sete de novembro de 2019, foram julgadas conjuntamente as ADCs 43, 44 e 54, onde por maioria de votos, decidiu-se pela procedência do pedido para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela lei nº 12.403 de 2011, no sentido de não permitir a prisão provisória antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Foram vencidos os ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Carmem Lúcia, e com voto vencedor os ministros Celso de Mello, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Ainda não houve a disponibilização da íntegra do acórdão⁷⁹.

Resta evidenciar que, qualquer ministro pode mudar o seu posicionamento a qualquer tempo, de modo a fundamentá-lo devidamente, não restando nenhum obstáculo quanto a mudança.

O que se pretende extrair do exemplo acima, com relação à vinculação de precedentes é o seguinte: o artigo 927 do Código de Processo Civil em seu inciso I, assevera que os juízes e tribunais deverão observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, e essa decisão se tornará vinculante, por maioria dos votos.

Porém, de modo a destacar a estabilidade, integridade e coerência das decisões, devendo os tribunais uniformizar a sua jurisprudência conforme prescrito no artigo 926 do Código de Processo Civil, entende-se que, havendo alteração de jurisprudência dominante do

⁷⁹ Porém seu voto, o ministro Gilmar Mendes, o qual selecionamos o seu posicionamento diametralmente oposto na ADC 43, no ano de 2016, para a ADC 54, no ano de 2019, sendo que apenas 17 meses após o seu posicionamento inicial, mudou radicalmente de entendimento, de modo a mudar o entendimento jurisprudencial dominante do Supremo Tribunal Federal, sustentando em seu novo entendimento, que: o que o SFT decidiu em 2016 era que dar-se-ia condição para se executar a decisão a partir de julgados do segundo grau, ou seja, decidiu-se que a execução da pena após condenação em Segunda instância seria possível, mas não imperativa de forma cristalina, afirmo que o fator fundamental a definir essa minha mudança de orientação foi o próprio desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram a perpetrar em relação à decisão do STF em 2016.

E encerra o seu voto acompanhando o relator para julgar procedente o pedido da ADC de modo declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal determinando que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou no curso da investigação ou do processo em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

(<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=43%2044%2054%20&processo=54>). Consultado em 03-01-2020).

Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, nos moldes indicado no parágrafo 3º do artigo 927, esta alteração deveria se dar por meio de votação qualificada, assim como na edição da súmula vinculante, e não por maioria de votos.

Desse modo seria evidenciado e destacado zelo com a segurança jurídica, de modo que a mudança de posicionamento de apenas um ministro, em tese, não acarretaria alteração de uma jurisprudência dominante, mas sim a mudança de posicionamento de mais de um ministro, para gerar uma maioria qualificada de dois terços, permitindo a alteração da jurisprudência dominante.

Assim, além da preservação da boa-fé objetiva, da segurança jurídica, e o princípio da confiança, observar-se-ia, também a boa-fé subjetiva por parte da atuação de cada ministro, maior racionalidade ao sistema de criação, evolução e superação dos precedentes vinculantes obrigatórios. E ainda observância e manutenção do princípio da concordância.

4.5. O Código de Processo Civil e o marco pela efetividade processual com a utilização dos precedentes judiciais.

De início, mesmo que de modo perfunctório, se faz importante a distinção entre os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade.

A eficiência é vista como a dimensão do desempenho expressa pela relação do processo envolvido, seu meio. Assim possui um foco interno e refere-se aos custos envolvidos, em termos jurídicos, o princípio da eficiência, devido a sua importância, vem estampado na Constituição em seu artigo 37, expõe uma ideia de fazer certo as coisas. Pode-se concluir que a eficiência é uma análise de como são desempenhadas as tarefas, na busca dos resultados determinados.

A eficácia é a dimensão do desempenho expressa pelo alcance dos objetivos ou metas, independentemente dos custos implicados, pois possui foco externo e refere-se aos resultados. Por eficácia, entende-se a capacidade de gerar efeitos, e dar resultado. (COSTÓDIO FILHO. 1999, p. 210).

E a efetividade, é a dimensão do desempenho que representa a relação entre os resultados alcançados e as transformações ocorridas, possui foco externo e refere-se aos

impactos. Assim, significa dizer que a efetividade é o meio que concretiza os direitos, e trazer ao mundo dos fatos, tornando os resultados verdadeiros e palpáveis.⁸⁰ (CUNHA. 2014, p. 66).

Assim, objetivamente temos; eficiência quando algo é realizado da melhor maneira possível, com menos desperdício ou em menor tempo. Eficácia; quando um projeto produto ou sua atingir o objetivo ou a meta a ser alcançada. E efetividade; que é a capacidade de fazer uma coisa - eficácia – da melhor maneira possível – eficiência.

Dito isto, podemos observar por parte do legislador a preocupação evidente com a efetividade processual, pelas características indicadas com as principais mudanças do Código de Processo Civil.

Procurou-se harmonizar um sistema processual com os princípios constitucionais de um Estado de Direito, ou de um Estado Constitucional, proporcionando aos jurisdicionados amplas garantias na preservação dos seus direitos. Sem que houvesse um rompimento com os institutos do código de 1973, o Código de Processo Civil deu um passo adiante, e conservou os institutos cujos resultados foram positivos, e incluíram-se no sistema e outros tantos que visam a atribuir alto grau de eficiência.

Visando uma funcionalidade, em detrimento de uma exigência técnico formalista, observou-se a necessidade de construir um código coerente, harmônico, e sobretudo, célere e justo.⁸¹ Tornando o processo mais eficiente e efetivo, significa aproximá-lo aos traços da Constituição Federal, e assegurar o cumprimento da lei material. Observou-se a importância do princípio da razoável duração do processo, e a simplificação do sistema recursal para dar uma resposta mais ágil ao jurisdicionado, como acentua José Carlos Barbosa Moreira:

Afinal, a celeridade não é um valor que deva ser perseguido a qualquer custo. Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quicá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos,

⁸⁰ A eficiência não se confunde com a eficácia, nem com a efetividade. Numa noção mais elementar, eficácia consiste na aptidão para produzir efeitos, enquanto a eficiência mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Já a efetividade, para Natalino Irti, é suscetível do desenvolvimento histórico, constituindo o atributo empírico das normas jurídicas. (...) por sua vez, a eficiência, como já registrado, mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Quanto maior o rendimento de produção mais eficiente será a atividade desenvolvida. A eficiência relaciona-se com o alcance de finalidades pré-estabelecidas, dizendo respeito aos meios empregados para tanto. Haverá eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o resultado possível. A eficácia é, então, uma noção lógico-normativa, enquanto a efetividade constitui uma noção empírico-normativa, sendo a eficiência uma noção finalístico-normativa. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., p. 66-67).

⁸¹ Atentando para a advertência, acertada, de que não o processo, além de produzir um resultado justo, precisa ser justo em si mesmo, e portanto, na sua realização, devem ser observados aqueles standards previstos na Constituição Federal, que constituem desdobramento da garantia do *due process of law*. (DINAMARCO, Cândido. Instituições de direito processual civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, vol. 1, 2009)

apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço (BARBOSA MOREIRA. 2001, p. 232).

E como foi visto, retratado como o objeto deste estudo, criou-se incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, para proceder um julgamento mais célere de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito e aliviar os tribunais superiores de recursos de massas.

Também, como tratado no presente trabalho, os casos das jurisprudências conflitantes nos tribunais, a respeito da mesma norma jurídica levar a resultados diferentes em situações idênticas, prestigiou a aplicação das súmulas de modo vinculante do Supremo Tribunal Federal, e as decisões no julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, para criar uniformidade na jurisprudência, trazendo coerência e racionalidade ao sistema, possibilitando o fortalecimento do direito jurisprudencial brasileiro para que esse se estabilize.

Pela absorção das ideias de sistema jurídico diverso, porém dado êxito do sistema inglês e norte-americano, apostou-se na utilização dos precedentes vinculantes para trazer ao sistema a estabilidade, integralidade e coerência, restabelecendo a força e a confiança na segurança jurídica, instrumento de grande importância para qualquer sistema jurídico, conforme ensina Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos. (CANOTILHO. 1999, p. 256).

Por fim, resta demasiadamente comprovado que o Código de Processo Civil trouxe inovações necessárias para a manutenção da segurança jurídica e primando pela efetividade

processual, introduziu os precedentes judiciais vinculantes para garantir o fortalecimento jurisprudencial, identificando o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como emissores de decisões que devem ser respeitadas e cumpridas, para contingenciar a multiplicidade de recursos nessas Cortes Superiores e trazer unicidade ao Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Inicialmente traçados os conceitos fundamentais característicos da *common law*: *ratio decidendi*, *obter dictum*, *distinguish*, *overruling*, *stare decisis*, necessários para uma melhor compreensão e fixação das premissas desse sistema, indicamos ainda que brevemente, a título de abordagem inicial, no capítulo primeiro, o conflito ideológico constitucional sobre a teoria dos precedentes no Brasil, e apontamos a forma de criação dos precedentes em nosso sistema jurídico, indagando sobre a sua legitimidade e legalidade tanto na sua formação como na sua adoção e a imposição.

No capítulo segundo, iniciamos as tratativas sobre o Código de Processo Civil e como este foi pensado para ser um instrumento moderno, sendo mais ágil, menos burocrático e trazendo a importante missão de inicialmente aliviar o sobrecarregado judiciário, restabelecer a confiança na segurança jurídica e uniformizar a jurisprudência, sendo identificado estas como as principais funções dos precedentes judiciais. E ainda foi apresentado o conceito de precedentes judiciais.

E com a preocupação de apresentar um trabalho fluído, que segue uma ordem cronológica, para melhor compreensão, iniciou-se o enfoque histórico tratando do absolutismo e a evolução para o sistema *common law* e *civil law*, onde podemos constatar os modos de como a Revolução Inglesa e Francesa se relacionaram com o Parlamento, aquela confiando no papel dos juízes que sempre estiveram ao lado dos jurisdicionados, e esta, colocando sua confiança na lei, de modo a não permitir interpretações pelos magistrados, que passaram apenas a possuir o papel de declarar a lei.

Durante muitos anos, e até atualmente, se discute a teoria da jurisdição, na qual se entende que para alguns o juiz apenas declara o direito, e para outros, é dado certa margem de liberdade ao juiz que pode reconstruir o direito sem que haja a invasão de outras esferas do poder.

Ainda pudemos constatar a força vinculante do precedente no sistema *common law*, e a manutenção do *stare decisis* nas decisões por este emanada. Contudo, com o avançar dos tempos demonstrou ainda uma flexibilização da força do *stare decisis*, quando a Corte Inglesa passa a se submeter a Corte Europeia de Justiça e a Corte Europeia de Direitos Humanos, tendo

àquela a função de formar precedentes vinculantes obrigatórios que passaram a ser obedecidos pela Corte Inglesa.

A França, por sua vez, limitou a atuação do magistrado, apenas para que este declare a vontade expressa da lei sem que houvesse qualquer margem de interpretação, e os casos que houvessem dúvidas nas interpretações seriam remetidos ao legislativo, que daria uma interpretação autorizada. Assim foi criada a Corte de Cassação Francesa, para manter o controle das decisões dos juízes. Inicialmente a Corte de Cassação foi criada fora do poder judicial, e cabia a esta, apenas caçar a interpretação que entendia por incorreta, mas como o direito é uma ciência viva, com passar do tempo a Corte de Cassação passou a afirmar como a lei deveria ser interpretada e dessa forma passou a ser um órgão jurisdicional com a natureza de Tribunal Superior. Demonstrou-se desse modo que, o novo posicionamento da Corte de Cassação, abriu margem a entender que a segurança jurídica pretendida pela Revolução Francesa não poderia estar contida na Lei, ao passo que essa poderia ter mais de uma interpretação.

No capítulo três, discorrendo sobre os precedentes judiciais e a busca da segurança jurídica, que diante da frustração dos princípios revolucionários franceses, de que a segurança jurídica não poderia ser encontrada na Lei, inicia-se o capítulo tratando de como as diversas interpretações judiciais para casos iguais, resultam em diferentes sentenças, causando a desconfiança e insegurança nos jurisdicionados com relação ao poder judiciário. E foi traçado conceito de segurança jurídica conforme as lições de Canotilho e Humberto Ávila.

Constatou-se que o conceito de segurança jurídica é inerente ao Estado Democrático de Direito e possui grande interação com a estabilidade da ordem jurídica e efetividade dos direitos, dentre os quais os direitos fundamentais.

Pôde-se analisar ainda no estudo, que a busca da segurança jurídica é algo presente em nosso ordenamento desde a implementação do nosso sistema jurídico como herança do direito português, que possuíam uma vinculação obrigatória, no qual fizemos um paralelo com as súmulas brasileiras, até então sem força vinculante.

Justamente pela ausência da força vinculante, as súmulas se enfraqueceram, passando apenas a ser material consultivo. Via de consequência, diante da insatisfação dos jurisdicionados com a dificuldade de acesso à justiça, demora para se alcançar o julgamento nos casos, e a ausência da segurança jurídica, visto que, processos iguais resultavam em decisões diferentes, houve, a assim chamada, reforma do Poder Judiciário, na qual se destacou

a Emenda Constitucional 45/04, com a preocupação de modernizar tanto o Legislativo como o sistema jurídico nacional.

Da Emenda Constitucional 45/04 extraiu-se a repercussão geral, a qual foi dada a função de uniformizar a jurisprudência e reduzir a quantidade de recursos nas instâncias superiores, de modo que, apresentamos alguns números de sua atuação junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Entendendo a repercussão geral como um precedente obrigatório. E apresentamos também algumas dificuldades que impossibilitam maior sucesso do instituto, como a demora do retorno dos autos a tramitação normal quando a repercussão geral não é reconhecida, e a demora de alguns tribunais em fixar a tese já formada e publicada pelo Supremo Tribunal Federal. Vimos ainda, no decorrer deste capítulo, trazido também pela Emenda Constitucional 45/04, a súmula vinculante, também com a função de uniformizar a jurisprudência, e restabelecer a previsibilidade e coerência das decisões, contudo, dessa vez de modo impositivo.

Pela análise desse instituto, percebeu-se a necessidade dos precedentes vinculantes obrigatórios, como forma de organizar hierarquicamente os entendimentos dos Tribunais Superiores e impor as suas decisões aos outros tribunais.

Continuando pela busca da segurança jurídica em nosso ordenamento, percebeu-se ainda, que seria necessário modernizar o nosso sistema processual, de forma a torná-lo efetivo, adotando a utilização dos precedentes judiciais obrigatórios, utilizando os preceitos que funcionaram no sistema *common law*, e aplicá-los em nosso sistema.

Assim iniciamos o Capítulo quarto, tratando do Código de Processo Civil e a quebra do paradigma no direito brasileiro com a evolução no conceito de interpretação da jurisdição, identificando a necessária aproximação das normas processuais com a Constituição Federal. Destacando uma necessária evolução do pensamento jurídico, hermenêutico e axiológico, buscando à vontade do legislador ao traçar as diretrizes normativas constitucionais, entendendo os princípios do acesso à justiça, da segurança jurídica e da eficiência como princípios constitucionais e objetivos a serem alcançados.

Pudemos evidenciar neste capítulo o embate constitucional referente a legitimidade e a legalidade dos precedentes judiciais, no qual podemos adentrar aos posicionamentos e argumentos conflitantes.

Compreendendo que para adotar o modelo de precedente exige-se uma ruptura com o modelo que adotamos pela nossa tradição jurídica, sendo imperioso também o entendimento do desenvolvimento da teoria da interpretação entre texto legal e norma jurídica. Sendo indicado o Código de Processo Civil como um produto da evolução da interpretação normativa somada com a evolução da teoria do direito, que rompe com posicionamento persuasivo da jurisprudência ao estabelecer a vinculação obrigatória formal dos precedentes judiciais elencados no artigo 927.

Ao identificar os comandos constitucionais, com o intuito de valorizar os princípios e aproximar o Código de Processo Civil com a Constituição Federal, com uma preocupação de prestar uma tutela jurisdicional de forma célere adequada efetiva, foi necessário entender pela ruptura no modelo de interpretação da jurisdição, de modo que a reconstrução da norma jurídica dentro de um Estado Constitucional válida a utilização dos precedentes judiciais.

Enfrentamos as teorias clássicas de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, de modo a demonstrar que as teorias clássicas não se sustentam diante da evolução do pensamento jurídico, onde destacamos que, a partir da nova interpretação de acordo com a Constituição, o juiz reconstrói o direito, buscando dar sentido a norma jurídica para atender aos comandos dispostos na Carta Magna.

Com o aprofundamento dessa ideia, procurou-se demonstrar que a atividade judicial, mesmo com a aplicação dos precedentes como fonte do direito, não significa dizer que o juiz cria o direito, pois o precedente é instituído de um direito preexistente com força normativa, e com a devida interpretação hermenêutica e adequada valoração da carga axiológica, exteriorizando a norma através do novo entendimento do Estado Constitucional, assim, constatou-se ser mais adequado a utilização do termo reconstrução da ordem jurídica por parte dos magistrados.

Outro forte argumento destacado neste capítulo que além de legitimar a utilização dos precedentes judiciais, ainda demonstra a sua função de uniformização da jurisprudência e unicidade do direito, diz respeito a racionalidade do sistema jurídico, tendo em vista que, quando um Tribunal Superior emana uma decisão, espera-se que as demais cortes respeitem tal posicionamento, e entender de modo diverso é desarrazoado, ilógico, além de negar a coerência do direito, a segurança jurídica, a isonomia e a racionalidade perante as decisões judiciais.

Assim com a transformação do conceito de interpretação da norma, o processo civil passou a resolver não só casos concretos, mas também passou a promover a unidade do direito

mediante a formação de precedentes no Estado Constitucional, mantendo o compromisso com a segurança jurídica e com a efetividade processual.

Com a ruptura do conceito de interpretação da jurisdição, dada a evolução da interpretação hermenêutica, o que possibilitou a compreensão da reconstrução do direito a partir da interpretação da norma jurídica, ainda no capítulo quarto, passamos a tratar dos precedentes vinculantes obrigatórios diretamente, traçando as considerações pertinentes, referentes a cada precedente.

Com devida individualização, foram apresentados os seguintes precedentes do artigo 927: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infra constitucional e a orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Por oportuno, construiu-se uma crítica com relação a hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, destacando a diferença entre a votação da maioria absoluta e da maioria qualificada nos votos dos ministros, entendendo que nas questões referentes a precedentes judiciais obrigatórios, a orientação do plenário ou órgão especial necessitaria de uma votação de maioria qualificada de dois terços dos ministros para alterar a jurisprudência dominante, pois desse modo observar-se-ia maior integridade, estabilidade, coerência e racionalidade com o sistema de precedentes vinculantes, dando ênfase maior a segurança jurídica.

Ao final, traçamos importantes distinções entre eficiência, eficácia e efetividade, no intuito de demonstrar os seus conceitos e melhor extrair a conclusão de que o Código de Processo Civil trouxe inovações necessárias para a manutenção da segurança jurídica, primando pela efetividade processual, e introduziu os precedentes judiciais vinculantes para garantir o fortalecimento da jurisprudência, contingenciar a multiplicidade de recursos e trazer unicidade ao direito.

Por fim, proposto o desafio inicial, no qual nos empenhamos em responder, se os precedentes vinculantes brasileiros alcançaram o seu intento de reduzir o número de demandas e de recursos nos tribunais superiores, restabelecer a segurança jurídica, uniformizando o

entendimento jurisprudencial sendo mais efetivo em âmbito processual, através da presente pesquisa, a resposta nos parece positiva.

Concluimos, ao final, que o intuito do legislador ao inovar, utilizando o Código de Processo Civil como ferramenta para a utilização dos precedentes judiciais vinculantes, considerando todos os embates analisados na presente dissertação, o mesmo se apresenta como uma ferramenta hábil e capaz de trazer unicidade ao Direito, sendo observado os princípios constitucionais da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da eficiência, voltado para a efetividade processual. Com esses objetivos o sistema misto vinculativo de precedentes atende aos comandos normativos do Estado Constitucional, e desempenha um importante papel de desenvolvimento do direito frente aos seus jurisdicionados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law**. 5 Ed., Revised. London: John Murray, 1885.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law***. RePro 172/6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (versão online).
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. Recife: Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas. Universidade Católica de Pernambuco. Dissertação (Mestrado), 2011.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça: alguns mitos**. Revista de Processo, v. 102, abr. jun. 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)**. In: **Processo Civil, novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

- BENTHAM, Jeremy. **Truth versus Ashhurst; or law as it is, contrasted with what it is, said to be.** The works of Jeremy Bentham, (published under the superintendence of his executor, Jonh Bowring). Edinburg: William Tait, 1843, vol. 5
- BLACKSTONE, William; **Commentaries on the law of England**, (fac-simile da 1ª edição, 1756. Chicago: The University of Chicago Press, 1979, vol. 1, p. 69).
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995.
- BUSTAMANTE, Thomas. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica.** Rio de Janeiro: Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Tese (Doutorado), 2007.
- CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. **Dos precedentes judiciais as súmulas vinculantes: análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado.** Salvadr: Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Dissertação (Mestrado), 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** São Paulo: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea.** Revista de Processo, n. 60, p. 110-117, out/dez. 1990.
- CALAMANDREI, Piero. **Istituzioni di diritto processuale civile.** Napoli: Morano, 1970.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile.** Padova: Cedam, vol. 3, 1939.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios del derecho procesal.** Madrid, Reus, vol. 2, 1925.
- CINTRA, Antônio Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2013.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

- CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.** In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 27, abr./jun. 1999.
- COUTO E SILVA, Almiro do. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos normativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99).** *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 27, n. 57, p. 33-74, 2004.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro.** *Revista de Processo*, v. 233, jul. 2014.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo e segurança jurídica.** In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). **Segurança Jurídica: coletânea de textos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 2007.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito comparado.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil: meio de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais.** 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.
- DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 12ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015.
- DINAMARCO, Cândido. **Instituições de direito processual civil.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, vol. 1, 2009.
- DONIZETE, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- FACÓ, Juliane Dias. Recursos de revista repetitivos. São Paulo: LTr, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa**. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto n. 43, 1966.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
- FINE, Toni M. **O uso do Precedente e o papel do Princípio do *Stare decisis* no sistema Legal Norte-Americano**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 89, n. 782, p. 90-96, dez. 2000.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. 1, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sete-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 4ª ed. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado**. Coimbra: Armênio Amado, 1945.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça o direito e a política no espelho da ciência**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3ª ed. José Lamego (tradutor). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LEAL, Augusto César de Carvalho. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito**. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Dissertação (Mestrado), 2013.
- LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF. Brasília, DF**. Artigo 1981. Biblioteca Digital da FGV: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>. p. 14. Acesso em 19-08-2019.
- LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23ª edição. São Paulo. Saraiva, 2019.
- LIMA, Augusto Cesar Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr, 2001.

- MacCORMICK, D. Neil. SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents - A Comparative Study**. London: Dartmouth, 1997.
- MACCORMICK Neil. **Can stare decisis be abolished?** Judicial Review, 1966.
- MAIDAME, Marcio Manoel. **Sugestões para a resolução do problema da Lei injusta: Um diálogo com o pensamento de Olmiro Ferreira da Silva**. Revista Momentum. Atibaia: UNIFAAT, 2009.
- MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil, v. 1**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público. Dissertação (Mestrado), 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2015.
- NICOLINA, Luiza de Petta. **História - Uma Abordagem Integrada**. São Paulo: Moderna. 2005.
- NINO, Carlos Santiago. **El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen. La validez del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1985.
- NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- NUNES, Jorge Amaury Maia Nunes. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PANUTTO, Peter. **Precedentes Judiciais Vinculantes: O sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015**. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.
- PINHO, Humberto Dalla Berdina de. **Direito Processual Civil contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- RAPISARDA Cristina. **Profili dela tutela civile inibitoria**, Imprensa: Pandova, Cedam. 1987.
- ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Beni. Bauru, SP: Edipro, 2000.
- SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA. Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **O uso de precedente estrangeiro pela justiça constitucional, uma teoria de unificação do Direito Constitucional material**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tese de Doutorado, 2010.

- SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**. *Revista de Processo*, São Paulo, n 110, 2004.
- SPINOZA, Benedicuts de. **Tratado político**. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1994.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional. Da revisão constitucional de 1993 a reforma do Judiciário**. in: AGRA, Walber de Moura. **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- STRECK, Lênio Luiz; **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC**. <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Consultado em 01-08-2019.
- STRECK, Lênio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- TALAMINI, Eduardo. **O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15**. Migalhas de peso. Artigo. São Paulo. 2016.
- TARUFFO, Michele. **Observações sobre modelos processuais de *civil law* e *common law***. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 110, 2005.
- TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. Editora Saraiva; São Paulo. 2008.
- TEIXEIRA, Welington Luzia. **Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.
- TERRA, Marcelo. **Segurança jurídica e atividade imobiliária**. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Org.). *Segurança Jurídica: coletânea de textos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica**. In.: *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, n. 1, p. 92-118, abr. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Processo Civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.** 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. III.** 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Que reforma? Estudos avançados,** Revista Jurídica da USP. Reforma da Justiça. v. 18, nº 51. 2004.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?** Revisa de Processo, vol. 257. São Paulo. Revisa dos Tribunais, p. 371-388, julho 2016.