

Universidade Federal Fluminense  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional

**PEDRO PAULO CARNEIRO GASPARRI**

**A revolta da jurisprudência contra a primazia da lei: a revisão necessária dos conceitos jurídicos de jurisprudência e precedentes.**

Niterói  
2016

**PEDRO PAULO CARNEIRO GASPARRI**

**A revolta da jurisprudência contra a primazia da lei: a revisão necessária dos conceitos jurídicos de jurisprudência e precedentes.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.  
Área de concentração: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional.  
Orientadora: Profa. Dra. Célia Barbosa Abreu  
Co-orientador: Prof. Dr. Fábio Carvalho Leite

Niterói  
2016

**PEDRO PAULO CARNEIRO GASPARRI**

**A revolta da jurisprudência contra a primazia da lei: a revisão necessária dos conceitos jurídicos de jurisprudência e precedentes.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

---

Profa. Dra. Célia Barbosa Abreu

---

Prof. Dr. Fábio Carvalho Leite

---

Profa. Dra. Monica Paraguassu

Niterói  
2016

**AGRADECIMENTOS**

À

Profa. Dra. Célia Barbosa Abreu, por ter tornado este trabalho possível.

## Epígrafe

“Confiar com se tudo dependesse D’Ele; fazer, como se tudo dependesse de nós.”

Santo Inácio de Loyola

## RESUMO

A Jurisdição é um dos Poderes do Estado. Embora receba tradicionalmente este epíteto, a rigor, trata-se de uma função, tendo por fim último a Justiça. No mundo ocidental, coexistem dois sistemas de direito: o do *civil law* e o do *common law*. Naquele, o ideal de isonomia e justiça é depositado na lei, enquanto neste, procura-se na jurisprudência a garantia dos mesmos valores. Ainda que existam as diferenças entre as duas famílias, não há antagonismo, máxime diante do idêntico escopo que as animam. O direito brasileiro, se bem que inserido no sistema romano-germânico não é infenso a instrumentos que obtiveram maior notoriedade no anglo-saxônico, notadamente o uso da jurisprudência. Neste sentido, a utilização de precedentes vem sendo paulatinamente introduzida no cotidiano jurisdicional brasileiro, ganhando maior envergadura nos últimos anos e através de múltiplas reformas constitucionais e legais, culminando com o estabelecimento, pelo Código de Processo Civil de 2015, de um sistema de direito jurisprudencial. O exame da validade deste sistema de precedentes vinculantes no Brasil é o que se propõe a presente investigação.

## PALAVRAS-CHAVE:

*Civil Law. Common Law. Lei. Jurisprudência. Precedentes vinculantes. Escalada. Legitimidade.*

**ABSTRACT**

The Jurisdiction is one of the branches of government. Although traditionally earn this epithet, strictly speaking, it is a function, with the ultimate is justice. In the western world, coexist two systems of law: the civil law and the common law. That the ideal of equality and justice is deposited in the law as this, looking jurisprudence ensuring the same values. Although there are differences between the two families, there is no antagonism, specially due the same scope that animate them. Brazilian law, although inserted in civil law is not averse to instruments that have gained more notoriety in the anglo-saxon, notably the use of jurisprudence. In this sense, the use of precedent has been gradually introduced in the brazilian national daily, gaining greater scale in recent years and through multiple constitutional and legal reforms, culminating in the establishment by the Civil Procedure Code of 2015, a case law system . The examination of the validity of binding precedent system in Brazil is what this research aims to study.

**KEYWORDS:**

Civil Law. Common Law. Law. Jurisprudence. Binding precedents. Upswing.

## SUMÁRIO

Introdução.....	9
Capítulo 1 – O sistema romano-germânico e o sistema anglo-saxônico.....	13
1.1. Características.....	14
1.2. Evolução do <i>common law</i> na Inglaterra.....	14
1.3. Evolução do <i>common law</i> nos Estados Unidos da América.....	20
1.4. Evolução do <i>civil law</i> .....	22
1.5. Aproximação do <i>common law</i> e do <i>civil law</i> .....	25
Capítulo 2 – A chegada dos precedentes judiciais como um caminho para a realização do modelo constitucional de processo.....	28
2.1 – As normas fundamentais do novo processo civil brasileiro.....	28
2.2 – O princípio da razoável duração do processo .....	41
2.3- O princípio da segurança jurídica .....	42
2.4- O princípio do convencimento motivado do juiz e a legitimação dos precedentes .....	48
2.5 – Alguns <i>Cases</i> brasileiros no Supremo Tribunal Federal envolvendo judicialização e formação de precedentes - paradigmas .....	59
2.5.1 – Estudo de caso: ADPF nº 54 – Aborto de feto anencefálico 54.....	65
2.5.2 –Estudo de caso: ADPF nº 186 – Cotas Raciais.....	70
Capítulo 3 – Considerações introdutórias sobre a jurisprudência e os precedentes judiciais .....	77
3.1 – Preâmbulo .....	77
3.2 – Jurisprudência .....	78
3.3 – Precedente .....	85
3.4 – <i>Stare Decisis</i> .....	93
3.5 – <i>Ratio Decidendi</i> .....	99
3.6 – <i>Overruling e Distinguishing</i> .....	103
Capítulo 4 – Os precedentes e o novo processo civil brasileiro: esboço histórico até o advento do Código de Processo Civil de 2015.....	108
4.1 - Nota preliminar .....	108
4.2- Julgamento liminar de improcedência do pedido .....	113
4.3- Conflito de competência .....	124
4.4 - Súmula Vinculante .....	125
4.5 – Do recurso extraordinário .....	140

4.6 - Repercussão geral como preliminar de Recurso Extraordinário .....	147
4.7 - Do recurso especial .....	154
4.8 - Do incidente de assunção de competência .....	159
4.9 – Dos poderes do relator nos tribunais .....	161
4.10 – Da aplicação fundamentadamente do ordenamento jurídico.....	162
4.11 - Ação rescisória.....	164
Conclusões .....	168
Referências .....	171

## Introdução

A doutrina da separação dos poderes prevê que a cada um deles sejam cometidas funções próprias. Neste sentido, a imagética conhecida indica que a edição de normas abstratas e genéricas é tarefa que cabe, em regra, aos representantes do povo, tocando aos juízes tão só a de aplicá-las.

A prática judiciária, porém torna a zona de fronteira gris e muito mais retórica do que efetiva, já que, partindo da perspectiva segundo a qual a norma é o que resulta do processo de interpretação e entronizados os direitos fundamentais no centro do ordenamento jurídico, os juízes, supostamente autorizados pela independência funcional, lançam-se sem peias no processo hermenêutico, o que, por vezes, desborda para uma atividade criadora, haja vista a nuance de significados que comporta a mesma construção gramatical. Diante da possível variedade de interpretações, a isonomia, tão declamada, acaba por perder o viço e, por consequência, mitigam-se a previsibilidade e a segurança jurídica.

Côncios da realidade, seja pela observação do *id quod plerumque accidit*<sup>1</sup>, ou mesmo como resultado da produção científica, enriquecida pelos instrumentos da estatística, com os quais as academias estão instruindo o debate há várias décadas, e na busca da concretização de uma Justiça efetiva e tempestiva, que no Brasil foi alçada à promessa constitucional, novas possibilidades são constantemente examinadas, inclusive envolvendo a eventual adoção de técnicas já utilizadas em outros sistemas.

O manejo de um direito jurisprudencial passa a ser uma das opções alvitradas, e, portanto, a utilização de precedentes, vinculantes ou não, coloca-se no centro de um debate que, contudo, tem sempre como norte a melhora da atividade jurisdicional. Não se trata – como não poderia mesmo acontecer –, da única possibilidade a ser explorada, e nem constitui uma novidade que irrompe em ambiente totalmente desconhecido, mas sim um veio que passou a ser cada vez mais explorado, sendo certo que vem sua introdução no sistema brasileiro vem sendo feita de forma paulatina.

É sabido que a utilização da técnica dos precedentes não amalha os favores unânimes da comunidade jurídica. Antes, pelo contrário, as imperfeições, problemas e desencantos surpreendidos em terras alienígenas são constantemente lembrados em desdém da tentativa. E é bom que assim seja, como forma de imunização contra um

---

<sup>1</sup> Em vernáculo: aquilo que normalmente acontece.

otimismo excessivo a resultar da ignorância e que se poderia chamar de ingenuidade. Se bem que existam as críticas, a tentativa, dê-se em ambiente controlado, mediante técnicas seguras e sem movimentos abruptos, há de ser válida, tudo dentro de um arcabouço jurídico que, para além de torná-la possível, lhe confira legitimidade democrática. E essa cadência parece estar em plena marcha no Brasil.

Ainda que a Constituição da República de 1988 imponha efeitos vinculantes às decisões jurisdicionais em passagens específicas, saber se há espaço para que a lei infraconstitucional possa, também ela, estabelecer um sistema de direito jurisprudencial ganha interesse. É que os dispositivos constitucionais expressos quanto aos *biding effects*<sup>2</sup> referem-se expressamente aos Poderes Judiciário e Executivo. Investigar se será necessária, no que diz com a eficácia obrigatória das decisões daquele Poder relativamente aos seus próprios órgãos, uma previsão constitucional, como a que veio pelas mãos do constituinte derivado, é tarefa a que se dedica no presente trabalho. Ao ensejo da atribuição de eficácia obrigatória aos provimentos redundantes do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal e às súmulas vinculantes relativamente ao Poder Executivo, seria a reafirmação de algo que já estaria *in potentia*, uma vez que mencionar a Administração e não o fazer quanto aos juízes e tribunais poderia parecer uma aberração sistêmica? Pode-se pensar também que a emenda constitucional de 2004 optou por mencionar expressamente o Poder Judiciário e a Administração Pública para pacificar os ânimos do Poder Legislativo que, de outra maneira, no jogo congressual, poderia melindrar-se em aprovar alteração constitucional que viesse a subtrair-lhe espaços de autonomia e força. Determinar em magna sede que o Poder Judiciário possa estabeleça regras a serem cumpridas pelo Executivo é exigência consequente com a supremacia de uma Constituição rígida e que incorpora a doutrina da separação dos poderes; porém, a investigação acerca da necessidade de igual providência para fazer a ordenação de um Poder, estruturado em órgãos diversos, e com competências e funções institucionais próprias, *intra muros*, é tarefa que merece ser levada a cabo.

A entronização de um direito jurisprudencial não é, já se disse, campo neutro. Mesmo à vista da escolha do legislador ordinário em seguir nesta toada, como demonstra a recente aprovação do Código de Processo Civil, arregimentam-se os seus contrários. A lista de argumentos contrários ao tento é longa podendo, em síntese

---

<sup>2</sup> Em vernáculo: efeitos vinculantes.

apertada, indicar o de servir como instrumento para emascular o juiz que, já tendo deixado de ser *la bouche de la loi*<sup>3</sup>, retorna a um papel subalterno, vocalizando agora o que os tribunais determinam. Não falta quem veja também em um tal expediente, o gérmen da estagnação do ordenamento jurídico, concretado que fica aquilo que um poder, com significativo déficit democrático, estabelece, de cima para baixo. É possível também suspeitar-se que o mecanismo impede que a soberania popular possa fazer suas escolhas legítimas, demitindo-se do seu papel de contribuir para o desenvolvimento do direito, além de constituir em uma afronta à ideia de que cabe ao Poder Legislativo, e não ao Judiciário, tipicamente, elaborar as normas dotadas de abstração e generalidade. É a lei que obrigar e nada mais.

A presente pesquisa, levada a efeito através da combinação dos métodos dialético, pela análise das posições doutrinárias antagônicas em face dos problemas estudados; comparatístico, pela abordagem do direito comparado, examinando-se a doutrina e a jurisprudência estrangeiras sobre o assunto em tela; histórico, pela reconstrução de aspectos políticos, sociais e econômicos que eventualmente influenciaram a legislação, a doutrina e a jurisprudência formadas a respeito do tema examinado e também indutivo, já que utilizados dados estatísticos e de casos concretos, foi dividida em quatro capítulos. No primeiro, considerando a experiência brasileira, tradicionalmente afinada com o sistema do *civil law*, procurou-se construir o pano de fundo teórico-histórico, tão importante para a compreensão da prática judiciária em um sistema de tal matiz, procurando estabelecer quais os mecanismos que são utilizados no sistema de *common law*. Procurou-se, igualmente, verificar se os sistemas em questão são antagônicos ou, pelo contrário, podem mutuamente receber transfusões de institutos que, embora desenvolvidos apartados, não oferecem riscos de rejeição.

O capítulo que se lhe segue, examinou as normas fundamentais do processo civil brasileiro, seja como estampado na Constituição da República, assim também aquele entronizado a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015 que, desde o início, manifestou-lhe total acatamento. Igualmente, o exame de dois casos paradigmáticos tirados da experiência do Supremo Tribunal Federal serviu de supedâneo para verificar se o precedente, no atual estágio do direito brasileiro, goza de aptidão para atender o postulado maior do devido processo legal e a necessidade de participação democrática na sua elaboração. Neste sentido, procedeu-se ao estudo de

---

<sup>3</sup> Em vernáculo: boca da lei.

duas arguições de descumprimento de preceito fundamental, que se mostraram, um celeiro de informações e conhecimentos práticos acerca do funcionamento dos instrumentos processuais de participação.

No terceiro capítulo, também como forma de dotar a pesquisa de um mapa conceitual, foram estabelecidos conceitos importantes para a discussão da experiência alienígena, e mesmo o seu manejo no contexto de um direito jurisprudencial, abordando-se, nesse passo, a jurisprudência, o precedente, a *ratio decidendi*, o *overruling* e o *distinguishing*. Referidos conceitos são importantes em um estudo no qual se quer investigar se o modelo de processo, trazido pelo legislador de 2015, é compatível com o modelo constitucional de processo existente.

O último capítulo procurou examinar a evolução do sistema processual brasileiro, com especial atenção na construção voltada para o uso de técnicas que prestigiam a jurisprudência como integrante do próprio ordenamento jurídico. Os passos dados pela doutrina, jurisprudência e especialmente o legislador brasileiro, em direção à uniformização da jurisprudência, a sua utilização como fundamento da decisão e os efeitos vinculantes que ora se lhe aderem foram objeto de atenção.

Não poderia faltar uma nota que, entretanto, não é de encerramento, senão de exortação. É que o Direito, tendo como objetivo distribuir Justiça, deve ser sempre pensado, elaborado e vivido com mentes e corações abertos, arejados para buscar a melhor forma de cumprir sua elevada missão. Se não há certeza, há esperanças, aquela registrada no singular, estas necessariamente no plural. Assim, que a promessas constitucionais sejam cumpridas, ainda que para tanto, seja necessário o rompimento com tradições que estejam, absolutamente, em descompasso com uma realidade que, de qualquer forma, e por qualquer meio, não deixará de se impor. Que vença o melhor!

## Capítulo 1 – O sistema romano-germânico e o sistema anglo-saxônico

### 1.1 - Características

Sendo o Direito uma ordem da sociedade, pode-se afirmar que *ubi societas, ibi jus*<sup>4</sup>. Assim, estudar os sistemas jurídicos<sup>5</sup> depende, cada vez mais, da eleição de critério seguro através do qual serão examinados os elementos insulados em esferas distintas, aptos a apontarem, de fato, as diferenças significativas. Como lembrou John F. Kennedy, em famosa passagem: “Pois, em última análise, nosso elo mais básico em comum é que todos nós habitamos este pequeno planeta. Todos respiramos o mesmo ar. Todos nós prezamos o futuro dos nossos filhos. E somos todos mortais.”<sup>6</sup> As distâncias entre as civilizações, na quadra em que vivemos, são cada vez mais curtas, fruto de diversos fatores como a globalização e os avanços tecnológicos que, evidentemente, além de vantagens, por vezes, também, são responsáveis pela inoculação de fatores estranhos capazes de destruir aqueles tradicionais, fenômeno que se acostumou chamar, eufemisticamente, de “convergência de civilizações”<sup>7</sup>.

Ainda que se aceite uma maior tendência de intercâmbio entre as diversas culturas jurídicas, seja na profundidade, assim como na própria rapidez em que isso possa ocorrer, concorda-se com a afirmação de que “a crença na possibilidade de um só direito normativo, universal, isento de caracteres nacionais e específicos, é uma aspiração nobre, mas utópica.” (RÁO, 1999, p. 100). É que, como a própria observação insinua, e as ciências sociais demonstram, ainda, que os fatos econômicos tenham um peso extraordinário na vida das nações, em absoluto possuem a qualidade de determinação para todos os demais fatos sociais<sup>8</sup>.

René David sugeriu a separação das várias ordens jurídicas na conformidade da ideologia que as distinguem, derivando daí primordialmente as famílias romano-germânica, da *common law* e dos direitos socialistas, embora este autor aponte também

---

<sup>4</sup> Em vernáculo: “Onde a sociedade, aí o direito. Não há sociedade sem direito.”

<sup>5</sup> Utiliza-se o emprego dado por Marc Ancel, que entende “(...) por sistema jurídico um conjunto mais ou menos amplo de legislações nacionais, unidas por uma comunidade de origem, de fontes, de concepções fundamentais, de métodos, e de processos de desenvolvimento.” (ANCEL, 1980, p. 58).

<sup>6</sup> Discurso do Presidente John F. Kennedy, na American University, Washington, DC, em 10 de Junho de 1963. Disponível em: <http://www.humanity.org/voices/commencements/john.f.kennedy-american-university-speech-1963>. Acesso em: 20/07/16.

<sup>7</sup> Por todos, consulte-se: ASCENSÃO, 1994, p. 118.

<sup>8</sup> Um acontecimento notável a demonstrar que o fator econômico, embora importante, não é sempre o determinante no conjunto das contingências que podem tomar as nações é a recente saída da Grã-Bretanha da Comunidade Européia, movimento que ficou conhecido como *Brexit*. Certamente, o sentimento de independência e liberdade do povo britânico foi um dos motivos que rechaçaram a ideia de uma Europa nivelada.

para a existência de outros sistemas, como o muçulmano, o hindu, o judaico e o chinês<sup>9</sup>. Seja como for, centrando o foco no sistema ocidental, como próprio ao objeto da presente pesquisa, esse, que se compõe do romanístico e anglo-americano (ASCENSÃO, 1994, p. 121), encontra o traço comum em uma herança cujo inventário arrola as experiências grega, cristã e capitalista. Ao afrouxar-se o gregarismo, o homem passa a ser visto com uma preocupação nova, tornando-se ele mesmo a figura central, de forma condizente com uma sociedade que se torna, então, a ser mais coesa. Sob os influxos do cristianismo, o significado grego essencial, que já havia irrompido todos os países da Europa no rastro da marcha do império romano, avulta-se através do respeito pela pessoa humana, desdobramento esse que por sua vez, diante do progresso técnico trazido pela revolução industrial, acaba recebendo influências do capitalismo, elementar ideológica central na formação da civilização ocidental<sup>10</sup>.

No capítulo que se abre, por meio de uma resenha dos seus principais traços, apresentar-se-á o histórico do *common law* inglês, destacando o desenvolvimento do direito jurisprudencial e a sua interação com a alegada supremacia do Parlamento britânico, além do seu desenvolvimento nos Estados Unidos da América. Igualmente, será abordado o desenvolvimento do *civil law*, realçando a sua opção por dotar o sistema jurídico de uma completude que seria alcançada através de leis escritas e codificadas.

## 1.2 - Evolução do *common law* na Inglaterra

Conforme se anotou, a história do direito na Inglaterra encontra suas origens mais remotas na mesma fonte que todo o direito ocidental, razão pela qual é usual a afirmação de que até os séculos XII e XIII não se diferencia muito à dos países do continente europeu. Ainda que a Inglaterra tenha integrado o Império Romano entre os séculos I ao V, a romanização não deixou fortes marcas no direito e nas instituições dos períodos subsequentes. A partir do século VI, com as invasões de povos como os Anglos, os Saxões e os Dinamarqueses, surgem na ilha os reinos germânicos onde, assim como na Europa, são redigidas “leis bárbaras”, consistentes em textos de direito consuetudinário anglo-saxônico, com a diferença de que nesta, foram redigidas em latim e naqueles, em língua germânica<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> DAVID, 2002, pp. 21-32.

<sup>10</sup> No sentido do texto: ASCENSÃO, 1994, p. 120.

<sup>11</sup> Conforme: GILISSEN, 1995, p. 208.

Após a vitória na batalha de Hastings, em 1066, Guilherme, duque da Normandia, conquistou a Inglaterra, inaugurando uma segunda etapa da história da Inglaterra e no desenvolvimento do direito inglês, que passam, através do crescimento e afirmação da autoridade real, a contar com as condições para elaboração e imposição de um sistema unitário de normas sob o patrocínio e controle de um rei soberano que, diferentemente das práticas costumeiras heterogêneas anteriores, vieram a formar o direito comum vigente na Inglaterra<sup>12</sup>.

A centralização e fortalecimento do poder real inglês, desde o século XII, permitiu, de logo, o crescimento progressivo da área de competência da sua própria jurisdição, com consequente declínio daquela dos senhores feudais. Inicialmente, o rei julgava no seu próprio Tribunal (*Curia regis*) vindo, entretanto, a serem criadas seções especializadas, como apêndices, as quais caberia o julgamento de matérias específicas, como finanças, litígios fiscais e disputas envolvendo a posse de terra, que vieram, com o passar do tempo, a alçarem, elas mesmas, existências institucionais próprias, surgindo a Corte do Tesouro, a Corte de Pretensões Comuns e do Tribunal do Rei. Assim, qualquer indivíduo que se sentisse prejudicado no acesso às Cortes, podia formular um pedido ao soberano, o qual era, então, examinado pelo Chanceler, autoridade que, entendendo-o fundado, como um dos mais destacados colaboradores reais, e funcionando como a consciência do rei, enviava uma ordem (*writ*) para que um agente local ou mesmo um *lord* determinasse ao réu a satisfação do reclamante ou, sob pena de desobediência de uma ordem real, explicar a um dos Tribunais do rei o motivo de desconsiderar a *injunction*<sup>13</sup>. Paulatinamente, os *writs*, que inicialmente eram talhados ao caso concreto, passaram a seguir modelos padronizados, que eram concedidos pelo Chanceler à vista de pagamento e mediante um exame superficial, motivo pelo qual angariou bastante interesse, alargando, em decorrência, a área de atuação das jurisdições régias. Diante de tal quadro e por sentirem-se contrafeitos, os senhores feudais envidaram esforços para impedir a disseminação desses *writs*, culminando-se com a imposição da Magna Carta de 1215 e as Provisões de *Oxford*, de 1258, através das quais foi vedada a criação de novos *writs*. Porém, em 1285, o *Statute of Westminster II*, logrou compor os interesses do rei com os barões, firmando de tal sorte o *status quo* que o Chanceler, embora não pudesse criar novos *writs*, foi autorizado a passá-los em

---

<sup>12</sup> Na conformidade do texto: SLAPPER e KELLY, 2011, p. 4.

<sup>13</sup> Em vernáculo: comando, ordem.

casos similares. Este sistema, que vigorou até o século XIX, permitiu, através do princípio da semelhança, a criação de vários novos *writs*, o que propiciou o desenvolvimento do direito na Inglaterra com base em ações judiciais, sob a roupagem de ordens do rei. Havendo um conflito, devia-se identificar o *writ* aplicável à hipótese, sendo certo que o processo se mostrava mais importante do que o próprio direito substantivo, já que, se não houvesse uma ação prevista, o próprio tribunal não iria reconhecer a sua competência. Assim, pode-se afirmar que o *common law* fundou-se sobre um quadro restrito de formas processuais e não apoiado em regras pertinentes ao fundo do direito, razão pela qual a sua estrutura é bastante diversa da dos direitos dos países da Europa continental<sup>14</sup>.

*Common law* significa o direito comum a todo reino da Inglaterra. Como um terceiro grande período histórico do direito inglês, tem-se aquele que compreende a segunda metade do século XV até 1875, em que se consolidou a *common law* em paralelo à *equity*. *Equity* é o conjunto de regras jurídicas formuladas pelo Chanceler<sup>15</sup>, na Corte de Equidade<sup>16</sup>, sob a inspiração de princípios de direito romano e do direito canônico<sup>17</sup>, que acabou por operar supletivamente ao *common law*, diante de recusa dos tribunais em lidarem com litígios que não encontravam uma forma de ação adequada. É que, como visto, o sistema era baseado em *writs*, muito mais do que no próprio direito substantivo. Assim, como a todo direito correspondia uma ação que lhe assegurava, não havendo uma ação, conseqüentemente, não existia o direito. Em determinada fase, passaram a conviver as Cortes de Justiça e o *common law*, distinguidos por um processo oral e público, e a Corte de Equidade, consistente na jurisdição do Chanceler, inspirada no direito canônico<sup>18</sup> e romano, porém aqui através de um processo escrito e secreto. A Corte de Equidade, nesse passo, procurava aprimorar o *common law*, quando esse já não atendia aos anseios sociais. Dito de outra maneira, surpreendia-se um dualismo,

---

<sup>14</sup> Nos termos da conhecida fórmula do *common law*: “*Remedies precede rights*” que, em vernáculo, significa, “em primeiro lugar o processo”. Confira-se, ao propósito e em apoio ao texto, GILISSEN, 1995, p. 211.

<sup>15</sup> *Chancellor*: um tipo de Conselheiro do Rei.

<sup>16</sup> *Court of Chancery*

<sup>17</sup> MELLO, 2008, p. 52.

<sup>18</sup> Esteja-se advertido, e por John Gilissen, de que qualquer estudo da evolução do direito europeu seria incompleto sem ao menos um esboço do direito canônico. Deixa-se, contudo, de historiá-lo, haja vista que desbordaria do objeto desta pesquisa. “O direito canônico é o direito da comunidade religiosa de cristãos, mais especialmente o direito da Igreja católica. O termo <<canon>> vem do termo grego (...) kanoon (= regula, regra), empregado nos primeiros séculos da Igreja para designar as decisões dos concílios.” (GILISSEN, 1995, p. 133)

integrado pela coexistência de regras do *common law*, criadas pelos Tribunais Reais de *Westminster*, e as soluções de *equity*, buscando aperfeiçoar o *common law*<sup>19</sup>.

Com o advento dos *Judicature Acts*, respectivamente, em 1873 e 1875, que marcam o início de um quarto período, a alcançar até a atualidade, entretanto, houve uma fusão procedimental, combinando-se as cortes do *common law* e as cortes de equidade, podendo, ambas, decidirem os litígios, seja aplicando o *common law*, ou através da equidade, sendo certo que a *equity* sempre enverga maior peso na decisão final. Nesta fase, a atividade judiciária entrelaça-se com uma maior produção legislativa. Destarte, uma regra pode derivar tanto de um ato do Parlamento, consistindo em um direito legislativo ou *statute law*, como também das Cortes de Justiça do Reino, constituindo o direito pretoriano no *common law*, aqui compreendido em sentido amplo. O direito pretoriano, ou *common law* em sentido lato, divide-se, por sua vez, em *common law* em sentido estrito e *equity*. A *equity* desempenha um papel importante por estabelecer princípios gerais de direito, além de promover a justiça e os anseios da sociedade. Neste sentido, pode-se dizer, com Vicente Ráo, que “em três corpos o direito inglês se divide: o direito comum (*common law*), de origem costumeira e declarado pela jurisprudência; o direito estatutário (*statute law*) e o direito-equidade (*equity*).” (RÁO, 1999, p. 131).

O *common law*, vale destacar, é um direito jurisprudencial e substancialmente costumeiro, que se desenvolve através das decisões judiciais, apresentando as seguintes características distintivas do *civil law*: 1) é um direito histórico, sem rupturas; 2) é um *judge-made-law*<sup>20</sup>, em que a jurisprudência exerce papel de grande importância no sistema jurídico; 3) é um direito Judiciário; 4) é um direito não codificado e 5) sofreu pouca influência do direito romanista. O *statute law* é um direito positivo, escrito, em sentido próprio, enquanto a *equity* consiste em um direito costumeiro-jurisprudencial, baseado no critério da equidade<sup>21</sup>.

A Inglaterra não passou por rupturas, codificações ou declarações de independência, guardando uma harmonia com o seu passado, sem solução de continuidade. De forma contrária ao que se dá com o *civil law*, em que a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulgou, no *common law* está em suas origens e em sua aceitabilidade geral através dos tempos. Daí a aceitação da autoridade do direito

---

<sup>19</sup> Confira-se, em abono do texto: BARBOZA, 2014, p. 42.

<sup>20</sup> “O *common law* é um *judge-made-law*, um direito jurisprudencial, elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciários, Salvo na sua formação, a lei não desempenha qualquer papel na sua evolução.” (GILISSEN, 1995, p. 208).

<sup>21</sup> Conforme: RÁO, 1999, pp. 134-135.

construído jurisprudencialmente, valendo lembrar com Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

Dizer que o direito inglês é predominantemente Judiciário significa dizer que a fonte primária do seu direito são as decisões judiciais, sendo de extrema importância o papel criador de seus juízes (*judge-made-law*), dando-se reconhecimento à autoridade de seus precedentes. Destarte, a *legal rule* no direito inglês não se confunde com a regra do direito nos sistemas de *civil law*. O *statute law* tem função apenas complementar, porque pressupõe a existência dos princípios gerais criados pela jurisprudência, ou seja, as leis só possuem sentido em relação ao *common law*, não de forma autônoma. (BARBOZA, 2014, p. 46).

Cabe registrar que, tanto nos Estados Unidos da América, e mais significativamente na Inglaterra, os juízes, muito comumente, tiveram ativa participação na luta contra o abuso de poder do Legislativo, em favor da cidadania, exercendo, ainda, significativo papel na centralização do poder e ocaso do feudalismo. Tal faceta conferiu-lhes um signo muito positivo, diferentemente do que se deu com o juiz na França, país no qual, pelo histórico da magistratura, procurou-se limitar o Poder Judiciário, cometendo-se-lhe apenas a função de vocalizar a lei. Isso explica o fato de que nestes países inexistiu receio envolvendo o *judge-made-law* ou mesmo da sua eventual interferência nos outros poderes, mas, antes, a atuação dos juízes no desenvolvimento do direito sempre foi muito saudada.<sup>22</sup>

Atualmente, surpreende-se na Inglaterra ainda um forte respeito à doutrina do *stare decisis*, apontando-se o início do século XIX como o momento em que se estabeleceu a eficácia vinculante do precedente judicial. Ao julgar o caso *Beamish v. Beamish*, sob os auspícios do *Lord Campbell*, a *House of Lords* expressamente estabeleceu:

But it is my duty to say that your Lordships are bound by this decision as much as if it had been pronounced *nemine dissentiente*, and that the rule of law which your Lordships lay down as the ground of your judgment, sitting judicially, as the last and supreme Court of Appeal for [339] this empire, must be taken for law till altered by an Act of Parliament, agreed to by the Commons and the Crown, as well as by your Lordships. The law laid down as your *ratio decidendi*, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding upon your Lordships, this House would be arrogating to itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Em abono: BARBOZA, 2014, p. 54.

<sup>23</sup> Disponível em: <http://www.uniset.ca/other/th/11ER735.html>. Acesso em: 23/07/16. Em língua portuguesa: “Mas é meu dever dizer que suas Senhorias estão vinculadas por esta decisão, tanto quanto se tivesse sido pronunciada *nemine dissentiente*, e que a regra de direito que suas Senhorias estabelecerem como fundamento de seu julgamento, assentando-se judicialmente, como a última e suprema *Court of Appeal* para [339] este império, deve ser tomada por lei, até que alterada por uma lei do Parlamento, sob concordância dos *Commons* e da Coroa, bem como por suas Senhorias. A lei estabelecida como *ratio decidendi*, sendo claramente obrigatória para todos os tribunais inferiores, e sobre todo o resto dos assuntos da rainha, se não fosse considerada como igualmente obrigatória para as suas senhorias, esta casa estaria arrogando-se o direito de alterar a lei, e legislando por sua própria e

Entretanto, em 1966, a *House of Lords*, através do *Chancellor Lord Gardner*, com a mesma inspiração do caso *Bright v. Hutton*, em que se declarou que “ela também possuía um inerente poder para corrigir eventuais erros que porventura tivesse cometido”<sup>24</sup>, de 1852, anterior, assim, à decisão em *Beamish v. Beamish*, proclamou, em nome da Corte, o *Practice Statement of Judicial Precedent*, no qual ficou estabelecida a possibilidade de ser revista determinada orientação quando tal superação atendessem ao ideal de justiça e correção:

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. (...) <sup>25</sup>.

Verifica-se, em consequência, que o desenvolvimento do direito não fica interdito pelo uso do “direito jurisprudencial”, mesmo em sistemas que tradicionalmente são mais inflexíveis às mudanças e ciosos de valores como estabilidade e tradição. Se é certo que na Inglaterra as superações de precedentes são fenômenos bissextos, deve-se buscar uma explicação muito mais na sociologia do que nas ciências jurídicas, sendo certo que, como referida possibilidade existe, e já foi exercida, não se pode mais afirmar que “o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota do futuro”<sup>26</sup>.

### 1.3 - Evolução do *common law* nos Estados Unidos da América

---

autônoma autoridade.” Vale anotar, conforme o texto, que a doutrina dos precedentes obrigatórios veio baseada na doutrina da separação de Poderes e da supremacia do Legislativo.

<sup>24</sup> TUCCI, 2004, p. 158.

<sup>25</sup> Disponível em: <http://www.uniset.ca/other/cs2/19661WLR1234.html>. Acesso em: 23/07/16. Em vernáculo: “Suas Senhorias consideram o uso do precedente como um fundamento indispensável para decidir acerca do direito e sua aplicação aos casos individuais. Ele fornece pelo menos algum grau de certeza para que os particulares possam confiar na condução dos seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado das normas legais. Suas Senhorias, no entanto, reconhecem que a adesão rígida demais ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado do direito. Propõem, portanto, modificar sua prática atual e, quando tratarem-se de decisões anteriores desta Casa que são normalmente vinculativas, afastarem-se delas quando parecer certo fazê-lo. (...)”.

<sup>26</sup> Tucci, 2004, p. 160.

Tendo sido colonizados pela Inglaterra, não causa estranheza que o sistema do *case law*<sup>27</sup> houvesse penetrado nos Estados Unidos da América, ainda que não de forma automática. Com efeito, determinados institutos talhados para uma sociedade insulada e embuídos de uma filosofia feudal, como era a inglesa, tais como a primogenitura e o direito agrário, nunca tiveram acolhida no outro lado do Oceano Atlântico. Contudo, as vicissitudes próprias de uma colônia que se torna independente, fizeram com que, a partir do século XVIII, o direito estadunidense rompesse com a tradição jurídica da Grã-Bretanha<sup>28</sup>.

Os Estados Unidos da América, com efeito, não adotaram a supremacia do Legislativo, mas sim, colocaram no ápice do ordenamento jurídico, como expressão máxima da vontade popular, a própria Constituição, preponderando a ideia de limitação do governo, através da separação de poderes, estrutura federalista de estado. Declarada a Independência em 04 de Julho de 1776, foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos, em 1787, data a partir da qual as fontes do direito americano passaram a ser, basicamente, a Constituição, as leis ordinárias, tanto federais como estaduais, e, em caráter subsidiário, embora com efetiva importância na prática jurídica daquele país, as regras hauridas do *common law*, assim, por exemplo, aquelas acerca do procedimento decisório à moda do *stare decisis*<sup>29</sup>.

As vigas mestras do *common law* norte-americano consistiram na instituição de juízes independentes, no respeito ao precedente judicial e na adoção da doutrina dos direitos humanos fundamentais. Diferentemente da Inglaterra que controlava a legitimidade da lei tendo como paradigma o *common law*, os Estados Unidos da América entronizaram a Constituição como a fonte de validade de todo o ordenamento jurídico. Conforme registra Estefânia Maria Barboza:

A experiência americana e seu temor ao legislador onipotente confere forte antiestatalismo, mas, de outro lado, concebe seu historicismo de forma diversa do inglês (que não conteve a ação do legislador), assim, repete a ideia da Carta Magna de 1215 e funda a garantia na Constituição americana como um texto orgânico, escrito, que pode ser oposto aos governantes que hajam atuado de maneira ilegítima, ou seja, contrária à Constituição.” (BARBOZA, 2014, p. 56).

---

<sup>27</sup> Em vernáculo: jurisprudência, direito jurisprudencial.

<sup>28</sup> TUCCI, 2004, pp. 166-167.

<sup>29</sup> Consoante: TUCCI, 2004, p. 166. Anote-se que *stare decisis* é expressão extraída da frase latina que significa, em vernáculo, “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”. Tal expressão denota que se deve concordar com os casos já decididos ou, pelo menos, aderir a eles.

Embora o sistema de precedentes tenha sido recepcionado pelos Estados Unidos da América, adotam-se princípios do *stare decisis*, o cotidiano das Cortes demonstrou que a regra do *binding precedent*<sup>30</sup> é atenuada, sendo de notar-se que tanto a Suprema Corte quanto os demais tribunais superiores não se pejam em superar seus precedentes quando notoriamente equivocados ou obsoletos, exercitando uma tendência de preponderar a justiça ao precedente, ainda que se saiba, há muito, que tal arte atenta contra a uniformidade e certeza, tão caros ao direito. Ilustrativamente, conhecido caso no qual determinado proprietário de um carro ajuizou ação em face do fabricante, pedindo indenização pelos danos causados em decorrência de defeito no automóvel. Condenado em primeira instância, houve recurso para a *Circuit of Appeal* que, considerando que o autor da ação não era o adquirente original, isentou o réu de responsabilidade em face do autor e reformou a decisão. Entretanto, por força de um *writ of error*<sup>31</sup>, a mesma corte, reexaminando a causa, desconsiderou o caráter privado do contrato e mitigou o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, julgou favorável ao consumidor, baseando-se em precedente do Tribunal de Apelação do Estado de Nova York, no caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*. Note-se, que o exemplo demonstra a inclinação no direito americano de preponderar a justiça sobre o precedente, mesmo que isso possa causar certo abalo na uniformidade e certeza do direito.<sup>32</sup> Neste sentido, a lição do Ministro Benjamin Cardozo segundo a qual “o caminho seguro será encontrado em algum ponto entre o culto ao passado e a exaltação do presente.” (CARDOZO, 2004, p. 119).

A evolução do *common law* nos Estados Unidos da América é significativa, já que o conhecimento adquirido com a sua prática demonstrou uma nova faceta, a de ser possível conciliar uma Constituição escrita, contendo normas como as do devido processo ou igual proteção que são dotadas de significativa generalidade e vagueza, com o *judge-made-law*, tão comum ao sistema anglo-saxônico. É que, embora a existência de uma *written constitution*, jamais se imaginou que se tratasse de um texto constitucional completo e acabado, antes, ao contrário, é corrente a noção de que o direito é uma construção paulatina, que se forja mercê das realidades culturais e sociais<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Em vernáculo: precedente vinculante.

<sup>31</sup> Similarmente à ação rescisória.

<sup>32</sup> A respeito deste exemplo, consultem-se: CARDOZO, 2004, p. 117-119; SCHAUER, 2012, p. 57 e TUCCI, 2004, p. 167.

<sup>33</sup> Em abono, BARBOZA, 2014, pp. 66-67.

#### 1.4 - Evolução do *civil law*<sup>34</sup>

O sistema de direito romano-germânico constituiu-se no continente europeu, local que ainda hoje lhe serve de principal sede, conquanto tenha ganhado o mundo, influenciando diversos outros países fora do velho continente.

Aponta-se o século XIII como a época do surgimento do sistema de direito romano-germânico. Antes deste momento histórico, o direito europeu era fundamentalmente consuetudinário. É que, mesmo o Império Romano tendo elaborado um complexo sistema jurídico, com a sua ruína no século V, diante das inúmeras invasões de variados povos, como os germanos, mesclaram-se as variadas populações, guardando cada uma delas a sua própria lei. Neste momento histórico, o ideal da fraternidade substituiu aquele segundo o qual a sociedade deve garantir os direitos de cada um, sendo sintomático a esse respeito o difundido ensinamento de São Paulo a exaltar a caridade em oposição à justiça, sendo, inclusive, expressamente recomendado aos fiéis que abandonassem os tribunais, optando pela arbitragem dos seus pastores ou dos seus irmãos<sup>35</sup>. Com o passar do tempo, os modos de vida foram tornando-se mais aproximados, e com a disseminação do regime feudal, possibilitou-se que costumes territoriais fossem redivivos, abolindo, em decorrência, o princípio da personalidade da lei<sup>36</sup>.

Relativamente ao princípio da pessoalidade<sup>37</sup> do direito, ensina Gilissen, que ao se ter, em um mesmo território, distintas populações cada qual com sistemas jurídicos próprios, duas soluções são teoricamente possíveis: ou o dominante impõe o seu direito ao dominado, que será aplicado a todos os habitantes daquele território ou adota-se o princípio da pessoalidade, através do qual os vencidos guardam o seu estatuto, sendo o direito do dominante aplicado apenas aos seus próprios cidadãos. No século V, no Ocidente, considerando-se a grande disparidade em favor do direito romano *vis-à-vis* os direitos germânicos, somado ao fato de que o direito público romano prestigiava o poder dos reis germânicos, foi aplicado o critério da pessoalidade do direito<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> O sistema de tradição de *civil law* também é conhecido como romano-germânico, nomenclaturas que serão empregadas, pois, indistintamente.

<sup>35</sup> Disponível em: <http://www.di.ubi.pt/~jpaulo/biblia/1Corintios.htm>. Acesso em: 21/07/16.

<sup>36</sup> Na conformidade do texto: DAVID, 2002, p. 35.

<sup>37</sup> Identicamente: pessoalidade da lei.

<sup>38</sup> GILISSEN, 1995, p. 167.

A partir do incremento das atividades desenvolvidas nas universidades, especialmente em Bolonha a partir da segunda metade do século XI, surgiu um sistema de direito a que se costuma denominar romano-germânico, ainda que Cruz e Tucci defenda como melhor o batismo de direito comum (*utrumque ius*) argumentando que, além de ser nomenclatura mais ampla, espelha de logo uma ideia de unidade ao, dentre outros motivos, harmonizar o direito romano-justiniano, o direito canônico e direitos locais e sintetizar em um objeto único a ciência jurídica da Europa, tudo através do uso de uma língua também comum, que é o latim<sup>39</sup>.

Com o renascimento ocorrido nos séculos XII e XIII na parte ocidental do continente europeu, abandonou-se o ideal de uma sociedade cristã baseada na caridade, sendo separadas as sociedades religiosas e laicas. A ideia, já aceita pelos romanos no passado, de que a sociedade civil deve basear-se no direito, o qual, por seu turno, serve de fio condutor para a ordem e o progresso, retoma o antigo viço, ao mesmo tempo em que as universidades passam a estudar o direito romano<sup>40</sup>, haja vista terem visto nesse a qualidade de ser um “direito fácil de conhecer: as compilações de Justiniano expunham o seu conteúdo, na língua que a Igreja tinha conservado e vulgarizado e que era a de todas as chancelarias e de todos os sábios: o latim.” (DAVID, 2002, p. 43). Em consequência, e por cinco séculos a partir de então, a doutrina, para além de influenciar a própria prática jurídica, domina todo o sistema, preparando o campo, através da Escola do Direito Natural, para um período subsequente e que deita raízes até a atualidade, no qual a chave de abóbada é a legislação<sup>41</sup>.

De acordo com o que era corrente na Idade Média, o direito não dependia de uma autoridade, sendo certo que o rei não estava autorizado sequer a criar, quanto mais a modificá-lo, devendo-se ater à organização e facilitação da própria atividade de administrar justiça. O monarca, por si mesmo, não concebia ter poderes para modificar o direito conforme o seu talante. Porém, segundo René David:

A escola do direito natural, no século XVIII, rompe com esta concepção tradicional. Ela se recusa a reconhecer a onipotência do soberano e a atribuir a qualidade de leis aos comandos emanados da sua vontade arbitrária. Mas já transige ao ver na pessoa do soberano um legislador; atribui-lhe a função de reformar o direito de modo a rejeitar erros do passado e a proclamar a autoridade de regras plenamente conformes à razão.

---

<sup>39</sup> TUCCI, 2004, p. 103.

<sup>40</sup> Registra John Gilissen: “A história do direito romano é uma história de 22 séculos, do século VII a. C. Até o século VI d. C, no tempo de Justiniano, depois prolongada até o século XV no império bizantino. No ocidente, a ciência jurídica romana conheceu um renascimento a partir do século XII; a sua influência permanece considerável sobre todos os sistemas romanistas de direito, mesmo nos nossos dias.” GILISSEN, 1995, p. 80.

<sup>41</sup> Neste sentido: DAVID, 2002, p. 43.

Sob o império destas ideias, os países do continente europeu vão-se orientar para uma nova fórmula de codificação, muito diferente da fórmula das compilações anteriores. A nova fórmula de codificação conduz-nos ao período moderno da história dos direitos da família romano-germânica: aquela em que a descoberta e o desenvolvimento do direito vão ser entregues, principalmente, ao legislador. (DAVID, 2002, p. 64).

Em decorrência do pensamento científico elaborado sob a influência da Escola do Direito Natural, erigiu-se a técnica da codificação, o que propiciou expor, de modo metódico e organizado, o direito agora afinado com as características e demandas da sociedade moderna e que, nesta medida, deve ser aplicado pelos juízes e tribunais. Os códigos, utilizando-se de uma terminologia comum, aliado à perspectiva de que a regra do direito, guardando o ideal do justo e do razoável, deve ser geral e abstrata e prestigiando a lei como principal fonte do direito, atenderiam a necessidade de segurança e previsibilidade, tão caras para a evolução das sociedades humanas. Como representante da vontade do povo, por sua vez, é no Poder Legislativo que se encontra o órgão competente para a elaboração das leis<sup>42</sup>, cabendo ao Poder Judiciário a tão só tarefa de aplicá-las, sem espaço para a criação do Direito. Para permitir esta contenção, os códigos eram dotados de uma suposta completude, clareza e coerência, o que eliminava a possibilidade de o juiz suprir lacunas, e assim, em última análise, exercitar uma atividade criadora, intromissiva do papel do legislador. A ideia disseminada era, pois, a de que o magistrado sempre encontraria na lei a solução adrede formulada para os problemas que lhe fossem levados a decidir.

Ainda que as codificações nacionais do século XIX fossem, em alguma medida, multiformes, fruto de circunstâncias próprias de cada país, comungavam todas da descendência romana, o que de certa forma, impediu o risco de aniquilação da unidade do sistema romano-germânico. É que os juristas acabaram por encapsularem-se no estudo de suas próprias legislações, descurando-se do fato de que o direito é, na sua base, supranacional, fazendo com que a doutrina perdesse o protagonismo na promoção do progresso e aprimoramento da ciência jurídica, entronizando centralmente o positivismo legislativo.<sup>43</sup>

Foi somente com o passar do tempo e o conseqüente envelhecimento dos códigos, que se permitiu o ressurgimento da função básica da jurisprudência e da doutrina na constituição e desenvolvimento do direito, retirando-se dos textos jurídicos a

---

<sup>42</sup> GILISSEN, 1995, p. 206.

<sup>43</sup> Neste sentido: ANCEL, 1980, p. 60.

equivocada ideia de monopólio do direito<sup>44</sup>. Importa ter presente, ainda, que especialmente a partir da metade do século XX, desenvolveu-se um novo modelo de constitucionalismo, no qual constituições democráticas positivaram os direitos humanos em direitos fundamentais, seja como reação às atrocidades do nazifascismo durante a Segunda Guerra Mundial, ou em virtude de múltiplas experiências sob regimes autoritários. Neste sentido, introduzindo os direitos fundamentais na Constituição, com o fito de colocá-los a salvo das maiorias eventuais, era preciso dotá-los de especial tutela, o que foi cometido, em regra, ao Poder Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis<sup>45</sup>.

Através do *judicial review*<sup>46</sup>, os juízes passaram não só a interpretar as leis, como também, e mais significativamente, poder sindicá-las a sua compatibilidade com a Lei Fundamental, fonte de validade de todo o ordenamento jurídico<sup>47</sup>, mitigando o poder do legislador, já que os juízes se emanciparam do papel subalterno de arautos da lei. Complementando este movimento, a extensão dos catálogos dos direitos fundamentais como também a transferência de parte do poder político dos Parlamentos para os tribunais, notadamente em áreas sensíveis e cujo consenso não se logrou obter no legislativo, fenômeno conhecido por “judicialização da política”, reforçou o papel do Judiciário<sup>48</sup>.

### 1.5 Aproximação do *common law* e do *civil law*

Conforme visto, o *common law* e o *civil law* tiveram, para além de uma gênese comum, diversos pontos de afinidade e trocas ao longo das suas formações históricas, podendo-se surpreender uma aproximação entre os sistemas, embora não se imagine venham a ser amalgamados. Cada qual, a seu modo, tende a conservar a estrutura que lhe confere signo próprio, acolhendo, em pontos específicos, institutos que germinaram isolados, incrementando o intercâmbio. Afinal, no atual estágio em que se encontram as sociedades ocidentais, cada vez menos espaço sobra para a fossilização de sistemas que não estejam a atender o necessário, e, cada vez mais reclamado, regramento para uma saudável, próspera e pacífica vida em sociedade.

---

<sup>44</sup> Veja-se, ao propósito: DAVID, 2002, p. 70.

<sup>45</sup> BARBOZA, 2014, p. 128.

<sup>46</sup> Fala-se em controle de constitucionalidade das leis ou *judicial review*.

<sup>47</sup> Para uma abordagem dos principais modelos de fiscalização da constitucionalidade, consulte-se: CLÈVE, 2000, pp. 57-71.

<sup>48</sup> Por todos, veja-se: BARBOZA, 2014b, p. 76.

E o próprio desenvolvimento do direito ocidental demonstra os movimentos, ora de maior atração, assim como em outros momentos, de reafirmação das diferenças. Contudo, há situações em que se pode suspeitar não haverá repulsa ou mesmo rejeição, caso mecanismos sejam copiados. É o caso, por exemplo, do advento, em 1999, na Inglaterra, de um verdadeiro código, à moda dos países de *civil law*, das *Civil Procedure Rules*<sup>49</sup>.

O direito romano era, no seu nascedouro, semelhantemente ao *common law*, e como todo direito arcaico, casuístico e concreto<sup>50</sup>. Somente após o desenrolar de séculos, cada qual ganhou contornos próprios<sup>51</sup>. Contudo, para corrigir as falhas do sistema de *common law*, especialmente quanto ao exagerado formalismo, e permitindo a sua flexibilização, surgiu, em paralelo, a *Court of Chancery* que, como uma jurisdição de equidade, valeu-se de princípios do direito romano e do direito canônico.

O *civil law* adotou do ordenamento jurídico da Grã-Bretanha institutos ligados ao direito público, procurando, com a utilização destes mecanismos, regular a relação entre o estado e a cidadania.

Nos Estados Unidos da América, por diversos fatores, como a própria codificação, o *common law* acabou por sofrer mutações, a ponto de ostentar uma Constituição escrita, à moda do direito romano, dotada de supremacia dentro de todo o ordenamento e sendo o seu fundamento de validade. Dessarte, consoante o *judicial review*, o juiz deve declarar a invalidade das leis que sejam incompatíveis com o Estatuto Fundamental, sendo de anotar-se que “a concepção de supremacia da Constituição desenvolvida em tal país inspirou-se na concepção de *higher law* do direito canônico.” (MELLO, 2008, p. 53). Ainda vale ser destacado, que o constitucionalismo

---

<sup>49</sup> Consoante notícia Barbosa Moreira, “[e]m 1994, o *Lord Chancellor* encarregou ilustre magistrado, *Lord Woolf of Barnes*, de proceder a pesquisa sobre a situação da Justiça civil na Inglaterra. O trabalho, a que se após o título *Access to Justice*, produziu dois extensos relatórios (o *Interim Report*, de junho de 1995, e o *Final Report*, de julho de 1996), nos quais se procurou identificar os principais problemas que perturbavam o funcionamento da máquina judiciária e recomendar modificações na disciplina da matéria, vistas como capazes de eliminar ou atenuar as dificuldades. As sugestões de *Lord Woolf* foram objeto de intensos debates, com numerosas manifestações favoráveis e desfavoráveis à respectiva adoção.” MOREIRA, 2007b, p.73.

<sup>50</sup> Conforme: GILISSEN, 1995, p. 85.

<sup>51</sup> “Um fator que influenciou profundamente a evolução do direito na Europa, foi o renascimento do direito romano a partir do século XII; começou na Itália, desenvolveu-se em França, na Alemanha, na Espanha, na Polônia, mas muito pouco na Inglaterra. Formaram-se assim progressivamente dois tipos de direito na Europa: um no continente (e na Escócia), outro na Inglaterra. O direito inglês desenvolveu-se a partir do século XIII na base das decisões judiciárias das jurisdições reais; tornou-se um sistema de direito, chamado *common law*, muito diferente dos outros sistemas dos países da Europa continental, desde então chamados direitos romanistas. A romanização varia no entanto de intensidade de região para região; certos direitos escapam-lhe quase inteiramente, nomeadamente os direitos escandinavos e a maior parte dos direitos eslavos.” (GILISSEN, 1995, pp. 130-131).

estadunidense angariou tamanha influência no mundo a ponto de exercer enorme relevância na aproximação entre os sistemas do *common law* e do *civil law* não, tanto pela própria ideia de jurisdição constitucional, assim como por outros elementos que ganharam vida neste país. Impressionados com o direito norte-americano, países afiliados ao sistema romano-germânico, exemplificativamente, Alemanha, Itália e Espanha, emprestaram eficácia obrigatória e ampla às decisões tomadas pela jurisdição constitucional declaratórias de inconstitucionalidade das normas. Em importante passagem, registra Barbosa Moreira:

O direito brasileiro tem assimilado ideias dessa procedência, na esfera processual não menos que noutras: nossas ações coletivas, por exemplo, devem bastante, em sua inspiração, às *class actions* norte-americanas, sem embargo de perceptíveis diferenças de disciplina. Já experimentamos, para o recurso extraordinário, filtro semelhante ao utilizado pela *Supreme Court* para as *petitions for certiorari*: houve tempo em que, para tornar admissível o recurso, em determinados casos, o recorrente precisava convencer o Supremo Tribunal Federal da “relevância da questão federal” suscitada (...) No terreno probatório, é patente a influência americana em certas disposições da Carta Política de 1988, v.g., a que nega admissibilidade às provas obtidas por meios ilícitos (art.5º, nº LVI). (*omissis*). (MOREIRA, 2007a, p. 53-54).

Derradeiramente, merece registro que, mesmo países pertencentes à família anglo-saxônica, verifica-se um incremento da atividade legislativa, como forma de atender, dentre outras causas e explicações, compromissos internacionais, muitos deles relacionados com cláusulas democráticas e a necessidade de implementar mudanças sociais no menor prazo possível<sup>52</sup>.

## Capítulo 2 – A chegada dos precedentes judiciais como um caminho para a realização do modelo constitucional de processo

### 2.1 – As normas fundamentais do novo processo civil brasileiro

Dizer que a Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico não soa novidade. Igualmente, afirmar que a normas constitucionais têm eficácia normativa já se tornou lugar comum. A doutrina e a prática trataram de

---

<sup>52</sup> MELLO, 2008, p. 54.

sublinhar esta realidade, superando a velha ideia de que a constituição era meramente um estatuto político. As normas constitucionais, de fato, como espécies do gênero normas jurídicas, são revestidas de imperatividade, sejam aquelas tidas como de organização, porque destinadas a organizar alguma função estatal, ou se tratem das conhecidas por de comportamento, assim entendidas as que objetivam regrar a conduta dos indivíduos<sup>53</sup>.

Ainda assim, o vezo de se olhar mais para a legislação infraconstitucional, destacadamente codificada, do que para as normas constitucionais, mostra-se muito resiliente. Máxime em sede da aplicação da Constituição quando, por vezes, surge a discussão acerca de problemas terminológicos a envolverem os conceitos de vigência, aplicabilidade, eficácia, validade, validade e legitimidade<sup>54</sup>, assim, por exemplo, no plano da eficácia, se a norma constitucional deve ser classificada como plena, contida ou limitada<sup>55</sup>, isto é, em jargão comum ao direito estadunidense, e amplamente divulgado por Ruy Barbosa, autoaplicável (*self-executing, self-acting ou self-enforcing*) ou não autoaplicável (*not self-executing ou not self-acting*)<sup>56</sup>. A distinção entre normas exequíveis e não exequíveis em si mesmas ocorre em razão da “necessidade de complementação por normas legislativas, da *interpositivo legislatoris* nesse sentido, integrando-a num quadro mais amplo, para que realize a sua finalidade específica, que identifica a norma constitucional não exequível por si mesma.” (MIRANDA, 2003, p. 444).

Seja como for, o certo é que todas as normas constitucionais possuem eficácia, ainda que nos limites do que possa ser aplicado. Neste sentido, afirma-se, por exemplo, que, apenas por constarem da Constituição, as normas não exequíveis por si mesmas devem ser consideradas na interpretação das demais normas, as quais, sem elas,

---

<sup>53</sup> Por todos, BARROSO, 2000, p. 78.

<sup>54</sup> Para um excelente estudo acerca desta problemática, recomenda-se a leitura de J. H. Meirelles Teixeira, especialmente do capítulo acerca da “Interpretação e Aplicação da Constituição” em seu Curso de Direito Constitucional (MEIRELLES TEIXEIRA, 2011, pp. 257-346).

<sup>55</sup> Em conhecida classificação, José Afonso da Silva: “Por isso, pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. As normas de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.” (SILVA, 1999, p.83).

<sup>56</sup> No sentido do texto, MEIRELLES TEIXEIRA, 2011, p. 287.

poderiam lograr sentido e alcance distinto; podem servir como forma de integração do Direito, assim, especialmente, através do recurso da analogia; interditam a edição de normas contrárias e vedam comportamentos tendentes a embaraçar a produção de atos por elas impostos; estabelecem critérios a serem seguidos pelo legislador ordinário; proíbem que, uma vez editada norma a concretizá-las, possa o legislador revogá-las, retornando ao *status quo ante*<sup>57</sup> de paralisia nos seus efeitos; estabelecem a cessação de vigência das normas legais pretéritas e que disponham em sentido incompatível com elas, além de obrigarem o legislador a editar as normas destinadas a conceder-lhes a exequibilidade para a qual estão vocacionadas<sup>58</sup>.

Por vezes, a própria aplicação da norma infraconstitucional somente se justifica quando sofre uma “contaminação”<sup>59</sup> pelos princípios constitucionais e, em consequência, sua leitura e hermenêutica exigem uma visão atualizada por uma lente, a ajustar-lhe o foco para a operacionalização da realidade trazida pela Constituição e que há de ser seguida. Tal a “filtragem constitucional” que, segundo Paulo Ricardo Schier:

(...) deverá pressupor a preeminência normativa da Constituição. Contudo, projeta-la-á não para qualquer concepção sistemática da Constituição mas, sim, para uma específica concepção: a da Constituição enquanto *sistema aberto de regras e princípios*, que permitirá pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica. Então, com a filtragem constitucional fala-se da preeminência normativa da Constituição pressupondo uma teoria da norma constitucional que compreenda a sua dimensão normativo-linguística e também material. Bem como, ainda, fala-se de uma teoria da norma englobante da esfera da pré-compreensão do intérprete, enquanto sujeito integrante da realidade e do contexto material do Direito e, de consequência, integrante da própria estrutura da norma (categoria que exige a existência de um caso concreto posto a resolver, não se confundindo com as regras e princípios em sua perspectiva puramente linguística – o enunciado ou texto). (SCHIER, 1999, pp.106-107).

Entretanto, como a lei dispõe-se a estabelecer condutas e fixar padrões de comportamento, assim para o particular, como para a administração pública, de qualquer dos Poderes da União<sup>60</sup>, por vezes, deve assumir uma postura algo professoral,

---

<sup>57</sup> Em vernáculo: “estado em que as coisas estavam antes”.

<sup>58</sup> Para uma análise da força jurídica das normas programáticas e das normas não exequíveis em si mesmas: MIRANDA, 2003, pp.446-447.

<sup>59</sup> Assim, SCHIER, 1999, p. 104, para quem a filtragem constitucional expressa um sentido de “contaminação” do direito infraconstitucional.

<sup>60</sup> Colhe-se em J. J. Gomes Canotilho: “*Realizar a constituição* significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente *eficaz* (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma *tarefa* de todos os órgãos constitucionais que, na atividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta tarefa <realizadora> participam ainda todos os cidadãos “pluralismo de intérpretes” que fundamentam na constituição, de forma directa e imediata os seus direitos e deveres.” (CANOTILHO, 1999, p. 1126).

já que preocupada, também, em ser didática: é dizer, estimular que seja realizado aquilo que seja o correto. O mesmo seja dito a respeito dos precedentes, que como norma interpretada, deve servir de vetor através do qual os Tribunais ensinam a sociedade acerca do sentido da Constituição. Afinal, é de se supor que dentre todas as instituições públicas, o Poder Judiciário está melhor habilitado para desempenhar este papel já que tem mais tempo, treinamento, recursos e independência contra pressões políticas para estabelecer entendimentos e orientações legais e que, igualmente, implementam os valores constitucionais. Segundo Michael Gerhardt:

Uma das funções mais importantes dos precedentes é a de implementar a Constituição. A Constituição não é auto-executável. As instituições, direitos e poderes reconhecidos na Constituição não passam a existir espontaneamente após o momento da ratificação. Em vez disso, a sociedade, trabalhando em conjunto com as autoridades nacionais e estaduais, tornam a Constituição operacional. As instituições que a Constituição institui somente se materializam quando as pessoas (presumivelmente devidamente autorizadas) efetivam suas diretrizes e garantias. A interação dos precedentes judiciais e não judiciais contribui para efetivar essas directivas e garantias. (...).” (GERHARDT, 2008, pp. 172-173).<sup>61</sup>

A Constituição da República de 1988 trouxe um elenco de princípios do processo civil<sup>62</sup>, obrigando, pois, o intérprete da legislação processual a ler e interpretar as normas que regem a atuação do Poder Judiciário de forma com eles sejam consentâneas. Verdadeiramente, pode-se afirmar que houve uma transformação no próprio conceito de jurisdição, tornando obsoletas as clássicas definições de Giuseppe Chiovenda, para quem a função jurisdicional tem por finalidade a “atuação da vontade concreta da lei”, em substituição a atividade do particular pela intervenção estatal, declarando-se direitos preexistentes<sup>63</sup>, e a de Francesco Carnelutti, segundo a qual trata-se da função do Estado que busca a justa composição “ao conflito de interesses, quando se efetiva com a pretensão ou com a resistência”<sup>64</sup>, já que atualmente, fiel a ideia de um processo civil constitucionalizado, essa atividade deve ser vista como o

---

<sup>61</sup> Conforme o original: “*One of precedent's most important functions is implementing the Constitution. The Constitution is not self-executing. The institutions, rights, and powers recognized in the Constitution did not come into being spontaneously upon the moment of ratification. Instead, the public, working in concert with national and state authorities, made the Constitution operational. The institutions which the Constitution authorizes materialize only when people (presumably duly authorized) put its directives and guarantees into effect. The interaction of judicial and nonjudicial precedents is instrumental to putting these directives and guarantees into effect.*”

<sup>62</sup> Para uma abordagem dos princípios do processo civil na Constituição Federal, veja-se, por todos: NERY JUNIOR, 2002.

<sup>63</sup> Na conformidade do texto, confira-se: CHIOVENDA, 1969, p. 36.

<sup>64</sup> Veja-se, e ao propósito, o conceito de lide: CARNELUTTI, 1999, pp.108-109.

método através do qual ao direito fundamental à tutela jurisdicional são aplicados os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais<sup>65</sup>.

Mesmo a natureza estatal da jurisdição, que era voz corrente<sup>66</sup>, vem sendo posta em xeque, mercê do destaque aos métodos de solução consensual de conflitos, e a outras formas de heterocomposição<sup>67</sup>. Sintomaticamente, o legislador processual estabeleceu como título executivo judicial<sup>68</sup> a sentença proferida pelo árbitro<sup>69</sup>, formado em procedimento arbitral e, portanto, fora dos domínios estatais.

Neste sentido, benfazejo o dispositivo inaugural do Código de Processo Civil de 2015, que como abre-alas do novo *Codex* reconhece e anuncia, como não poderia deixar de ser, a total subserviência ao “modelo constitucional de processo”.

Ao dispor que o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” o legislador dá um salto de vara para o futuro, fincando as barras verticais nas quais se apoia o sarrafo na Constituição da República de 1988 e nas novas normas processuais codificadas. É que não se pode interpretar este dispositivo como um fator de conservação das práticas ora aplicadas, já que alguém poderia afirmar, sob a canhestra visão de que se muda para permanecer no mesmo lugar, que sendo o norte a Constituição, e como esta data de 1988, nada há de alterar-se. Muito pelo contrário, máxime na atuação dos juízes e tribunais, já que, afinal, o destinatário maior das leis processuais é o Judiciário, considerando sua prática como uma função regulada na lei. Valendo-se de um trocadilho, pode-se afirmar que se há um “devido processo”, há igualmente um “processo devido” e esse só pode ser efetivado, conforme expressamente prescrito ainda no dispositivo inaugural, na conformidade do Código de Processo Civil, que estabelece a “regra do jogo”. “Afinal – conforme explicita a Exposição de Motivos do novo CPC -, é na lei ordinária e em outras normas de escalão

---

<sup>65</sup> Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 18 abr. 2005.

<sup>66</sup> Segundo Chiovenda: “O Estado moderno, por consequência, considera como função essencial própria a administração da justiça; é exclusivamente seu o poder de atuar a vontade da lei no caso concreto, poder que se diz ‘jurisdição’; e a que provê com a instituição de órgãos próprios (jurisdicionais). Os mais importantes são os juízes (autoridade judiciária); ao lado deles estão os órgãos secundários (serventuários de justiça, escrivães).” (CHIOVENDA, 1969, p.39).

<sup>67</sup> Uma das destacadas formas de heterocomposição é a arbitragem, regulada pela Lei nº. 9.307/96, com as alterações da Lei nº. 13.129/15.

<sup>68</sup> CPC/15: Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VII - a sentença arbitral (*omissis*)”.

<sup>69</sup> Lei nº .9.307/99: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

inferior que se explicita a promessa de realização de valores encampados pelos princípios constitucionais”<sup>70</sup>.

Conquanto ultrapasse os limites deste trabalho, não há de surpreender caso a vivência trazida a partir do novo CPC importe em uma mutação constitucional<sup>71</sup>, considerando diversos artigos da Constituição da República. Acerca da possibilidade alvitrada, confira-se Luis Roberto Barroso:

Haverá mutação constitucional por via legislativa quando, por ato normativo primário, procura-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas. (...) Como intuitivo, essa lei estará sujeita a controle de constitucionalidade, no qual se irá determinar se esta era uma interpretação possível e legítima. A última palavra sobre a validade ou não de uma mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2015, pp. 167-168).

É que, conforme se sabe, a Constituição é sujeita às vicissitudes da vida<sup>72</sup>. O mesmo texto, dependendo do contexto, pode sofrer uma nova interpretação, constituindo, assim, uma forma de mudança informal da Constituição. Uma das formas de mutação constitucional se dá pela via da interpretação do legislador ordinário, que igualmente integra a sociedade de intérpretes da constituição<sup>73</sup>. Ora, mercê de um monumento legislativo como é um Código de Processo, máxime a partir de uma visão do próprio modelo constitucional de processo, não parece demasia suspeitar que alguns

---

<sup>70</sup> Exposição de Motivos do CPC/15.

<sup>71</sup> Em obra clássica de Georg Jellinek: “*Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cabiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciência, de tal mutación.*” (JELLINEK, 1991, p. 7). Em vernáculo: Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionais. E por mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa incólume o seu texto sem alterá-lo formalmente produzida por eventos que não têm de ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação.”

<sup>72</sup> Em importante trabalho, na Alemanha de 1932, o oriental Hsü Dau-Lin, registrou: “*Naturalmente la necesidad de transformar el Estado también es determinante para su Constitución, para la regulación jurídica de su forma de existir: los avances de la ciencia y de la técnica, la superación de las distancias temporales y espaciales, las transformaciones producidas en las concepciones culturales y estimativas, en una palabra, el progreso moderno de la humanidad plantea siempre a la Constitución una misión que cumplir: la Constitución como ‘expresión de un derecho que progresa merced al impulso de la voluntad colectiva’ (BORGEAUD, Etablissement, pág. 53), ha de adaptarse a la realidad de la vida estatal en progreso, aunque se configure mediante normas rígidas y fijas.*” (DAU-LIN, 1998, p. 162). Em vernáculo: “Naturalmente a necessidade de transformar o Estado também é determinante para a sua Constituição, para a regulamentação jurídica de sua forma de existir: os avanços da ciência e da tecnologia, a superação das distâncias temporais e espaciais, as transformações nas concepções culturais e estimadas, em uma palavra, o progresso moderno da humanidade apresenta sempre à Constituição uma missão a cumprir: a Constituição como “expressão de um direito que progride mercê do impulso da vontade coletiva” (Borgeaud, *Etablissement*, p. 53) há de adaptar-se à realidade da vida estatal em progresso, mesmo que se configure mediante normas rígidas e fixas”.

<sup>73</sup> No sentido como trabalhado por Peter Häberle (HÄBERLE, 1997, *passim*).

dispositivos constitucionais, respeitando-se, por óbvio, a textura gramatical, possam obter uma reinterpretação, como, por exemplo, parece vocacionado o comando que determina que todas as decisões do Poder Judiciário sejam fundamentadas. Talvez, à vista do conteúdo da fundamentação desenhado pelo novo legislador processual, a exegese deste dispositivo venha a impor-lhe uma releitura, no sentido de uma “completude de motivação”<sup>74</sup>.

A dogmática do processo civil, em geral, e do brasileiro em particular, sofreu enormes avanços científicos. Costuma-se associar o alvor de uma corrente de pensamento processual no Brasil a partir da permanência de Enrico Tullio Liebman como professor na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em São Paulo. Fugido dos horrores do nazifacismo, o doutrinador italiano acabou por lecionar na Universidade de São Paulo, ocasião em que teve alunos do naipe de Alfredo Buzaid e José Frederico Marques<sup>75</sup> e tantos outros que acabaram por integrar uma rede de estudos, dedicação e cultura, que, deitando raízes nos sólidos fundamentos trazidos pelo mestre peninsular, redundou na formação de um pensamento próprio. Eis o porquê, diferentemente do código ab-rogado, o recém aprovado estabelece uma parte geral. É que, se antes não se tinha convicção acerca de quais seriam as normas gerais do processo civil, cometendo-se, portanto, à doutrina a tarefa de estabelecê-las, a musculatura obtida, especialmente por já estarem na lida há quase meio século as melhores mentes da academia brasileira, permite agora o estabelecimento das normas processuais básicas, máxime a partir do “modelo constitucional de processo”. Neste sentido, mui especialmente os doze primeiros artigos do CPC/15 que integram o capítulo “das normas fundamentais do processo civil”.

Destaca-se, ainda mais uma vez, o “modelo constitucional de processo”. Com efeito, o novel código põe-se explicitamente tributário de diversos princípios processuais constitucionais, ciente que “concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no *processo de densificação* de regras e princípios constitucionais” (CANOTILHO, 1999, p. 1127). Busca o legislador também, a própria densificação da Constituição, apontando, no que lhe é deferido, a forma e o modo pelos quais o processo deve ser realizado, a fim de dar cobro ao *due process*, já que “densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito

---

<sup>74</sup> A respeito do princípio da completude da motivação: TARUFFO, 2015, p. 374.

<sup>75</sup> Ao propósito, confira-se o registro de Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, 1986, *passim*).

constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por este preceito, dos problemas concretos.” (CANOTILHO, 1999, p. 1127).

Reafirma-se a regra da inércia da atividade jurisdicional. Conforme Rogério Tucci, “[e]stabelecido *em potência* (como todo direito subjetivo – *facultas agendi*), o direito do jurisdicionado se dinamiza (coloca-se *em ato*) com o respectivo exercício, ou seja, pela *ação* da parte” (TUCCI, 1988, p. 14). Assim, somente quando devidamente provocado, o Estado-juiz há de reagir, através da instauração de um processo, palco no qual serão garantidos a mais ampla defesa, contraditório e participação. Mantendo-se o princípio da demanda, prestigia-se a imparcialidade, a par de não se incentivar a litigiosidade, o que se afina com o ideário da solução pacífica dos conflitos.

Embora instaure-se o processo somente mediante provocação, é garantido o acesso à Justiça: não se exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Considerando a reserva de jurisdição e, em regra, vedada – como deve ser em um Estado de Direito comprometido com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária -, a autotutela, violado um direito, surge para o seu titular a pretensão a qual poderá ser levada à apreciação do Poder Judiciário, caso não seja hipótese de buscar-se um meio mais adequado de solução do litígio. Será, dessarte, através da atividade jurisdicional que se buscará a justa solução da lide, no caso concreto. Mas não só a lesão, mas a sua ameaça já é o *quantum satis*<sup>76</sup> para abrir as portas da jurisdição: muito melhor do que remediar, é prevenir e, neste sentido, mercê de ameaça que se revele séria o suficiente, a proteção jurisdicional faz-se oportuna e, como atividade estatal que é, ganha energia própria: uma vez instaurado o processo, a marcha deve ser implementada pelo juiz, cioso da sua missão constitucional de distribuir justiça<sup>77</sup>.

Todo processo deve mostrar-se servil a que, por ato emanado da autoridade, seja dirimido o conflito. É um instrumento, pois. Com efeito, distingue-se autodefesa, como meio de fato para fazer cessar a injustiça; a autocomposição, entendimento para terminar com o conflito através das próprias partes e processo, instrumento jurídico para pôr fim ao conflito através de ato da autoridade<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Em vernáculo: suficiente, quanto basta.

<sup>77</sup> Escrevendo sobre a Constituição de 1988 e processo, Rogério Lauria Tucci registrou: “Esta – ação do autor – origina a *ação judiciária*, que se efetiva através do processo, único meio de aplicação do direito aos casos ocorrentes, por obra dos órgãos jurisdicionais, e complemento inarredável do preceito constitucional que o inspira, *garantia* concreta de sua realização.” (TUCCI, 1989, p. 14).

<sup>78</sup> Sugere-se a leitura da clássica obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. (CASTILLO, 2000, *passim*.)

Na conformidade do progresso humano e civilizatório, e mesmo diante da realidade a se impor, demonstrando a incapacidade de o Estado atuar em todos os escaninhos da vida humana, incentiva-se a autocomposição. O caminho para a pacificação da vida em sociedade, deixando de ser visto como necessariamente estatal, passa a contar com métodos que são considerados mais adequados ao caso concreto, razão pela qual, à moda do que se dá alhures, notadamente na experiência estadunidense, os meios alternativos de solução dos conflitos são incentivados<sup>79</sup>. Afinal, há casos, notadamente os envolvendo direitos disponíveis e os que lidam com questões muito particulares, como ocorre no direito de família, em que as partes estão melhor habilitadas a chegarem na solução que melhor atenda a todos os envolvidos<sup>80</sup>. Fala-se aqui, conforme a nomenclatura adotada no Código de Processo Civil de 2015, nos métodos de solução consensual de conflitos, com destaque para a conciliação e a mediação<sup>81</sup>.

Advertidos de que justiça tardia não é justiça<sup>82</sup>, e que sempre será necessário um tempo para que se possa conhecer do litígio e dele resolver, preocupa-se com a duração demasiada dos processos. Segurança jurídica e tempestividades não são valores antagônicos, antes devem encontrar um denominador comum a fim de viabilizarem a justiça. O tempo jamais pode transformar-se em fonte de injustiça, mas sim, caso torne necessário um ritual mais lento, o ônus do retardamento deve conspirar contra aquele que aparentemente não tem razão. Tempo razoável: nem mais e nem menos para

---

<sup>79</sup> Confira-se a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, art.1º: Art. 1º - Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciais incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 09/07/16.

<sup>80</sup> Para uma abordagem acerca das estratégias práticas para a resolução de conflitos conforme a experiência dos Estados Unidos da América, recomenda-se a leitura da obra: “*O Processo de Mediação*”, de Christopher W. Moore (MOORE, 1998).

<sup>81</sup> CPC/15: art.3º, §§2º e 3º e arts.167-175. Igualmente relevante a Lei nº 13.140/15, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

<sup>82</sup> Ainda atuais as palavras de Ruy Barbosa: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juizes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresp dobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.” (BARBOSA, Oração aos Moços) Disponível em: [http://www.literaturabrasileira.ufsc.br/\\_documents/0006-01488.html](http://www.literaturabrasileira.ufsc.br/_documents/0006-01488.html)

concretizar o devido processo legal. Processo sem dilações indevidas, visto como um meio e não um fim em si mesmo.

E a eficiência do processo, revelado pelo acesso à ordem jurídica justa, tempestivo e efetivo, importa na satisfação da solução integral do mérito. Não atende às suas obrigações o juiz que não enfrenta o pedido, assim como desilude ao bom médico a morte do paciente, ainda que desenganado. O juiz, cômico da sua responsabilidade social, deve preocupar-se em eliminar o conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita. Fala-se em solução integral do mérito, incluindo-se tanto a atividade de conhecimento como a *in executivis*. O que vale - e o que se quer - é a fruição do bem da vida, não só o fetiche correspondente a uma prestação jurisdicional que, à moda da análise de Lassale<sup>83</sup>, valha apenas como uma simples folha de papel.

O processo deve ser palco de diálogo entre as partes e o juiz, com vistas a buscar-se a solução justa. Como arena qualificada, deve ser empenhada pela boa-fé objetiva: não se admitem atitudes marcadas pela vileza. O juiz deve dirigir o feito de forma a garantir a dignidade da justiça. Meio que é de se alcançar a ordem jurídica justa, e sendo este o móvel que deve presidir a conduta de todos quanto do processo participam, os sujeitos do processo, sejam os parciais ou imparciais, devem colaborar entre si para que se cumpra o destino de um Estado Democrático em que se assegure “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, sem preconceitos e fundada na harmonia social”<sup>84</sup>

Como corolário da isonomia constitucionalmente prevista, garante-se também perante a jurisdição a paridade de tratamento, tudo sob a batuta do juiz a quem incumbe

---

<sup>83</sup> Ferdinand Lassale, tendo por referência a conhecida afirmação de Frederico Guilherme IV de que: “Julgo-me obrigado a fazer agora, solenemente, a declaração de que nem no presente nem para o futuro permitirei que entre Deus do céu e o meu país se interponha uma folha de papel escrita como se fosse uma segunda Providência (...)”, celebrizou, “[t]enho demonstrado a relação que guardam entre si as duas Constituições de um país: essa Constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade, e essa outra Constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar de folha de papel.” (LASSALE, 1933, *passim*.)

<sup>84</sup> Preâmbulo da Constituição da República de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 08/07/16.

assegurá-la. Porém, igualdade de tratamento não se confunde com torpor. O magistrado deve garantir o efetivo contraditório, colocando-se fiel a missão de impedir que o drama processual sirva a um *script* a falsear a realidade, servindo de um mero simulacro. Processo é o procedimento instaurado perante o juízo, presente o contraditório, que como elemento da própria definição compreende-lhe o âmago, a essência. Processo em que não se permitiu o contraditório efetivo é pantomima, é um faz-de-conta que avilta a sociedade, escamoteando, sob o vel da legalidade, uma iniquidade.

O juiz, agente do Estado, deve agir conforme o ordenamento jurídico lhe comanda, “não só a *lei*, estritamente considerada, como por certo, toda e qualquer forma de expressão do direito, cujas normas são aplicáveis pelos órgãos jurisdicionais” (TUCCI, 1989, p. 15), sem caprichos ou escolhas arbitrárias. Sendo servil aos altos designios conferidos pela Constituição, no Estado Democrático de Direito, deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, tendo como missão maior o resguardo e a promoção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Afinal, cabe sempre lembrar, com Ovídio Baptista da Silva:

O direito processual civil regula uma atividade estatal, qual seja a jurisdição. Enquanto o direito privado regula as relações entre as pessoas tendo por base a igualdade, salienta Rosenberg, o direito público disciplina a atuação do Estado de forma não mais igualitária, embora ambos os ordenamentos tenham por fim a manutenção da paz jurídica e com ela o interesse da comunidade. (SILVA, 2009, p. 39)

Atuando para cumprir uma missão estatal, o juiz deve observar os princípios da legalidade, da publicidade e a eficiência, nos termos já dispostos pelo constituinte para toda a administração pública, de qualquer dos Poderes<sup>85</sup>. Adita o novo *Codex* à principiologia constitucionalmente expressada os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A legalidade é filha dileta do Estado Democrático de Direito e, tratando-se da atividade do Poder Judiciário, como ocorre no desenrolar do processo civil, impõe a forma e o modo pelos quais juízes e tribunais devem ocupar-se da importante missão de distribuir justiça. A atuação não pode ser arbitrária, mas sim conforme o ordenamento jurídico prescrever.

A eficiência é a tônica da atuação de qualquer atividade, inclusive as estatais. Eficiente é aquilo que atende seus objetivos, de forma mais rápida e com o menor gasto de outros recursos, como os dos serviços judiciais, custas processuais, colheita de

---

<sup>85</sup> Constituição da República de 1988, art. 37, *caput*.

provas, atos, audiências, deslocamento que, cada vez mais em um mundo globalizado, marcado por demandas de massa e em número crescente, tornam-se escassos e dispendiosos. É, pois, a inserção de uma lógica econômica do processo, ligado à economia processual: o máximo de rendimento com o mínimo de dispêndio, o que pode ser sintetizado em uma única palavra, otimização. E para otimizar a atuação do Poder Judiciário, a entronização de um “direito jurisprudencial” é instrumento de alto interesse já que permite que determinados casos sejam analisados à exaustão e, uma vez definidos, não precisem mais ocupar mentes e esforços, virtualmente de cada juiz e tribunal, para julgar novamente, com efetiva chance, dependendo da instância que se cuide, de ter o fruto do seu trabalho perdido haja vista que, cumprindo-se a determinação legal de uma jurisprudência íntegra, uniforme e estável, e não havendo motivos para superá-la, é de supor-se que os tribunais superiores vão por abaixo tudo o que antes, talvez possa-se dizer, caprichosamente, tenha sido feito.

Utilizar os conceitos do razoável ou do proporcional, é, no geral, questão de nomenclatura, cuja diferença liga-se muito especialmente à geografia antes do próprio conteúdo, já que razoabilidade se origina da expressão inglesa *reasonableness* enquanto a proporcionalidade é a forma usual na Alemanha<sup>86</sup>. “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.” (BARROSO, 1999, p. 215), definição concorde com o ensinamento de Karl Larenz, ao sustentar que o princípio da proporcionalidade, nas suas variadas conotações e como exigência da medida indicada, da adequação entre meio e fim, do meio ‘mais idôneo’ ou da ‘menor restrição possível’ do direito protegido diante de outro bem jurídico também constitucionalmente tutelado, denota que “justa medida” e “justiça” são ideias relacionadas, assim no exercício dos direitos como no estabelecimentos de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente antagônicos, com o menor prejuízo possível, sendo certo que a ideia de justiça nada mais é do que a justa medida na relação dos homens considerados entre si, bem como com as coisas submetidas à sua disposição. (LARENZ, 1997, p. 603).

Se bem que a prescrição constitucional da razoabilidade dos atos da Administração Pública tenha sido cogitada em todas as versões aprovadas desde a fase das Comissões Temáticas, inclusive na de Sistematização, durante os trabalhos

---

<sup>86</sup> No idioma de Goethe: *Verhältnismässigkeit*.

constituintes de 1987/1988, o texto finalmente aprovado pelo Plenário da Assembléia Nacional Constituinte suprimiu a razoabilidade como requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública<sup>87</sup>. O senão veio sendo paulatinamente remediado, se é que precisaria, com a entronização expressa da razoabilidade na legislação infraconstitucional, por primeiro na lei que regula o processo administrativo federal<sup>88</sup> e agora no Código de Processo Civil<sup>89</sup>.

Conquanto o aparente cochilo do constituinte, verdadeiro ato falto, vale a lição de Carlos Roberto Siqueira Castro:

Inobstante a mal-inspirada supressão do cânone da “razoabilidade” do texto final da Constituição de 1988, o que importa e é verdadeiramente decisivo é o fato de sua subsistência no novel e promissor sistema constitucional, à guisa de componente recôndito, mas inquestionavelmente associado à garantia explícita do *devido processo legal*. Perdeu-se, sim, por essas peripécias do debate constituinte, a oportunidade de solenizar em matriz constitucional esse postulado de superlativa importância para a idoneidade das manifestações do Poder Público. Mas, por outro lado, acolheu-se no elenco dos direitos fundamentais a garantia mais abrangente e magnânima de todas as suas congêneres – a cláusula *due process of law*, onde se inclui não só os princípios da “razoabilidade” e da “proporcionalidade”, como ainda a exigência de “motivação” dos atos estatais, além de todo e qualquer requisito de legalidade e de justiça que o sentimento constitucional de nosso povo e de nossas instituições, em sua escalada civilizatória e humanista, entenda necessário ao aperfeiçoamento do convívio democrático e à concretização do ideal permanente de justiça. (CASTRO, 2005, pp.409-410).

Diante do estabelecimento de um *due process of law*<sup>90</sup>, entroniza-se uma cláusula recheada de procedimentos e garantias. Uma delas é a da não surpresa, ou seja, o procedimento deve ser apto a efetivamente garantir a ação, a reação e a informação. Neste diapasão, promove-se a bilateralidade da audiência, como faceta do próprio contraditório. Ninguém pode ter a sua esfera jurídica afetada, em definitivo, sem ter podido participar do processo a ponto de garantir, efetivamente, que pudesse influir nas suas conclusões e resultados.

---

<sup>87</sup> CASTRO, 2005, p.409.

<sup>88</sup> Lei n.º. 9.784/99: Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

<sup>89</sup> CPC/15: art. 8º.

<sup>90</sup> Colhe-se em Rogério Lauria Tucci: “Trata-se esta – em vernáculo, *devido processo legal* – de difundida locução mediante a qual se determina a imperiosidade, num denominado Estado de Direito, de: a) elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, sendo de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana); b) aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o *processo (judicial process)*; e c) assecuração, neste de *paridade de armas* entre as partes, visando à igualdade substancial” (TUCCI, 1989, pp.15-16)

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão batizados nas águas da publicidade, sob a luz do sol. A publicidade como regra, mira em um duplo magno desiderato: permitir que a sociedade possa conhecer como os juízes e tribunais estão interpretando e decidindo, até como forma de estabelecer uma pauta de conduta, e controlar esta atividade que, afinal, só pode atuar na conformidade com o ordenamento jurídico, baliza que não pode transpor. A fim de que a publicidade não represente inutilidade apenas a falsear uma realidade vazia, em parelha, exige-se a fundamentação de todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parte essencial do modelo constitucional de processo é a fundamentação das decisões do Poder Judiciário. É através da explicitação do raciocínio seguido pelo julgador que se poderá saber acerca da justiça da decisão e, igualmente importante, retirar-lhe o sumo, a razão de decidir. Fundamentar é buscar argumentos válidos para darem suporte à conclusão<sup>91</sup>, tarefa da qual não pode descuidar o juiz, até como forma de legitimar-lhe a atuação. Diante do déficit democrático que notabiliza a atuação dos juízes, haja vista não terem sido eleitos, é através da explicitação dos motivos que levaram a decidir, necessariamente amarrados no ordenamento jurídico, conforme constitucionalmente válido, é que se legitimará a decisão dos juízes e tribunais. A fundamentação há, pois, de ser substancial.

## 2.2 – O princípio da razoável duração do processo

O processo não é um fim em si mesmo, antes – repita-se sempre - um instrumento de realização da ordem jurídica justa, tempestiva e efetiva<sup>92</sup>. Sendo um meio, para que possa estar em sintonia com a máxima segundo a qual deve servir para dar a cada um o que é seu, o mais proximamente o possível como se houvesse o

---

<sup>91</sup> MACCORMICK, 2009, p. 17.

<sup>92</sup> Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do CPC/73, deixa contribuição importante e ainda atual acerca do objetivo do processo: “O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça. Não se destina a simples definição de direito na luta privada entre os contendores. Atua, como já observou Betti, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão; a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade.” Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 10/07/16.

espontâneo cumprimento da obrigação, precisa também ser célere. Porém, celeridade não se confunde com uma duração razoável. O princípio da razoável duração do processo impõe, isso sim, o respeito ao equilíbrio entre os valores da segurança jurídica e da celeridade. Neste sentido, é a alusão à razoabilidade como a exortar a todos os que participam do processo, especialmente os sujeitos processuais parciais ou imparciais, que a marcha a ser imprimida deve ser aquela necessária e suficiente para concretizar os princípios constitucionais, destacadamente o do devido processo legal.

Associar o tempo do processo com o parâmetro do razoável é prática já antiga. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>93</sup>, dispõe que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial”.

Sendo o tempo, contudo, insumo necessário para a elaboração da tutela jurisdicional, é importante que sejam possibilitados meios para que o juiz possa otimamente conhecer do conflito e bem decidir. Isto envolve, também e especialmente, a criação de técnicas processuais que transformem a própria atuação do Judiciário, prestigiando a eficiência: quanto melhor a técnica processual, mais ágil será a atuação dos órgãos do Poder Judiciário, prestigiando-se a produtividade<sup>94</sup>.

Como método de aplicação dos princípios constitucionais, o processo deve ser leito firme para superar todas as crises que constituem o seu cotidiano, seja a de certeza, seja a de inadimplência, ou mesmo a de prevenção, conforme a tutela perseguida refira-se ao conhecimento, à execução ou mesmo à de urgência.

Ora, uma vez possibilitado o uso do “direito jurisprudencial”, através do qual órgãos constitucionalmente legitimados e estruturalmente preparados, debruçam-se sobre *quaestiones juris* e fixam o entendimento que seja o melhor à luz do ordenamento jurídico e da Constituição, o respeito e o acatamento a ele, para além de homenagear a isonomia, constitui em importantíssimo fator de aceleração da entrega da tutela jurisdicional. Sendo a jurisprudência estável, íntegra e coerente, decidir contrariamente ao que fixado pelos tribunais superiores e dêz que o sistema recursal esteja azeitado

---

<sup>93</sup> Conforme o art.6º, da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, em Roma, que considerou a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 10/07/16

<sup>94</sup> Fala-se aqui em produtividade como resultado da melhora efetiva do grau de conhecimento, da implantação de técnicas mais apuradas, eliminação de perdas e atrasos injustificados, diminuição de dilações indevidas, tudo a desaguar em uma tutela jurisdicional justa e efetiva, e não apenas como critério estatístico ligado à quantidade e não com a qualidade.

para permitir que a insubordinação receba pronta resposta, é apenas e inutilmente desfiar um rosário absolutamente desconforme à ideia de um sistema organizado e com competências expressas e distintas. A aplicação dos precedentes atende a promessa constitucional de uma justiça rápida, cuja celeridade encontra base na razoabilidade, já que os casos serão decididos conforme o que resultou de elevado grau de conhecimento, estudo, debates e dedicação.

### 2.3- O princípio da segurança jurídica

A lei como resultado da vontade popular, cristalizada através do labor de seus representantes, dotada de abstração e generalidade, deveria ser garantia de segurança jurídica e previsibilidade. Realmente, conforme o conteúdo literal do texto, todos que concretamente encontrarem-se conforme o nele prescrito, devem poder saber como comportar-se ou mesmo quais as consequências dos atos e fatos subsumíveis ao comando normativo. Assim, a vetusta cláusula que decorre do princípio da legalidade segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

E a ideia, força convir, de estabelecer a “normalidade” da vida em sociedade através de comandos encerrados em um texto escrito é, no mínimo, sedutora. O “preto no branco” garante a tranquilidade a todos, funcionando como pautas de condutas e comportamentos, ora incentivados, outras vezes obstados. Assim, contudo, poderia ser caso o signo linguístico fosse infenso à interpretações e a vontade do legislador, para além de altaneira, fosse possível de ser sempre captada.

Contudo, tal não se dá. E por mais de uma razão. O texto legal uma vez trazido ao mundo desprende-se de seu criador, deixando a *mens legislatoris* de ser o principal viés de entendimento, dando asas à *mens legis*. Além disso, a norma passa a ser não o texto mas o resultado da sua interpretação, sendo certo que todo comando legal está sujeito à hermenêutica, mesmo os que aparentemente não conteriam espaço para ambiguidade, já que até para se argumentar que *in claris cessat interpretatio* é necessária uma prévia análise do teor normativo e, assim, tê-lo por claro ou não.

Ora, se a norma é o resultado da interpretação do texto, e se esta tarefa está diretamente endereçada aos juízes, fica aberto o caminho para que “de cada cabeça saia uma sentença”, já que o juiz emprestará ao seu labor toda a sua carga de experiência, cultura, sentimento e circuntâncias peculiares. Nesse diapasão, é fácil constatar que a

lei deixa de ser garantia de segurança, já que a relação de causalidade entre o agir conforme a lei e a isonomia é afetada pelo desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de julgar com base na sua compreensão acerca do sentido real da norma<sup>95</sup>. E nunca é demais lembrar passagem clássica de J. J. Gomes 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 conexcionada 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 e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”. (CANOTILHO, 1999, p. 252)

Os sistemas que vêm na lei a depositária de segurança e igualdade, por mais paradoxal que isso possa parecer, são os mais infensos ao “direito jurisprudencial”. Comungam do ideário da isonomia e da previsibilidade, mas acatam passivos a dispersão nos julgamentos, fruto das possibilidades quase ilimitadas que os signos liquísticos, especialmente aqueles que se valem de cláusulas abertas e alguma vagueza, propiciam. Se no passado insurgiram-se contra a ideia de que o juiz era *la bouche de la loi*<sup>96</sup>, hoje voltam-se contra a ideia de transformarem-se os juízes e tribunais de piso em *bouche de la tribunaux*<sup>97</sup>. Porém, talvez seja chegada a hora de serem revistos tais conceitos, tudo em prol de uma justiça que seja realmente efetiva. Um Poder Judiciário que seja realmente cômico do seu dever de distribuir justiça, conectado com uma realidade que distribui competências distintas a órgãos diferentes e estabelecidos conforme uma estrutura piramidal em que, como cimeiros, encontram-se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com cabedal para exercerem função nomofilática, não pode apegar-se a uma pretensa independência funcional para arrogar-se a decidir livremente. Tal é atentatório da dignidade própria das decisões dos juízes e tribunais, que devem ver nas suas cortes um norte a ser seguido. Em lição preciosa, Neil MacCormick registra:

O tribunal que hoje decide um caso específico entre indivíduos deveria levar em conta seu dever, pelo menos seu dever inicial, de decidir o caso em termos

<sup>95</sup> Neste sentido: Exposição de Motivos do CPC/15.

<sup>96</sup> Em vernáculo: “a boca da lei”.

<sup>97</sup> Na língua pátria: “a boca do Tribunal”. Veja-se, e a propósito, NERY JUNIOR, 2015, p. 1836.

compatíveis com decisões anteriores sobre as mesmas questões ou questões semelhantes. No mínimo, a justiça formal exige que, exceto por fortes razões, ele não decida o caso atual de uma forma diferente da adotada em suas decisões anteriores em casos semelhantes. Ao decidir esse caso, o tribunal não terá então o dever – de igual importância – de levar em conta o precedente que estará estabelecendo para casos ainda por surgir? O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado. As duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal; e quem quer que concorde quanto ao dever dos juízes de acatar o princípio da justiça formal está comprometido com essas duas implicações. (MACCORMICK, 2009, p. 96)

Neste sentido, o “direito jurisprudencial”, que tanto deve produzir efeitos horizontais quanto verticais, é importante fator de estabilização das expectativas, e, em consequência de segurança jurídica, razão pela qual o novo Código de Processo Civil é pródigo em entoar loas tanto à uniformização da jurisprudência, quanto às virtudes da sua estabilidade, integralidade e coerência<sup>98</sup>. Igualmente, é orientação firme do legislador para que os juízes e tribunais a observem<sup>99</sup>, até como integrantes de uma mesma unidade<sup>100</sup>.

Trata-se, como evidente, de uma rotina que depende das próprias experiência e cultura jurídicas. O juiz do *civil law* não se sente obrigado a seguir as orientações dos tribunais superiores, como que insulados em reinos absolutistas e os precedentes fossem nocivos para o desenvolvimento do direito. Porém assim não se dá, antes pelo contrário. Ao trabalhar o Direito através de precedentes é necessário atentar se o caso a decidir é igual a um outro já resolvido por uma corte com competência e autoridade

---

<sup>98</sup> CPC/15: art. 926.

<sup>99</sup> CPC/15: art.927.

<sup>100</sup> Confira-se importante decisão do Supremo Tribunal Federal: “O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, ‘*Judiciários estaduais*’ ao lado de um ‘*Judiciário federal*’.

A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional, mas equívoca denominação, em *Justiças*, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro, de distribuição de competências pela malha de órgãos especializados, que, não obstante portadores de esferas próprias de atribuições jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder. Nesse sentido fala-se em *Justiça Federal e Estadual*, tal como se fala em *Justiça Comum, Militar, Trabalhista, Eleitoral*, etc., sem que com essa nomenclatura ambígua se enganem hoje os operadores jurídicos. (ADI 3367 – DF, Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283367%2EENUME%2E+OU+3367%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n2ylywq>. Acesso em: 23/07/17).

para tanto, hipótese em que deve receber idêntico tratamento. Mas, como cada caso possui as suas especificidades, cabe verificar se ambos os casos, o pretérito e o atual, se assemelham nos aspectos essenciais. O precedente judicial deixa de ser vinculativo se não for necessário para o caso em questão, como também se a regra jurídica judicialmente elaborada ostentar uma maior amplitude do que a necessária, já que esta parte sobejante não constitui razão de decidir (*ratio decidendi*) mas, apenas, algo que, por ter sido dito de passagem (*obiter dictum*), é irrelevante. Há também neste sistema em que a descoberta do Direito se dá através dos precedentes, diversos pontos de partida para entender como não vinculativos “precedentes incômodos”, sendo certo que o juiz, nesses casos, embora raramente o faça, pode “passar por cima” de um precedente (*over-rule*) que entenda claramente não razoável<sup>101</sup>.

Vê-se, pois, que não há enrijecimento do Direito, mas, sim, pretígio à coerência e, em consequência, tributo ao princípio da segurança jurídica<sup>102</sup>. De fato, conduzir em dissonância com esta prática produz a deletéria consequência de trazer perplexidades, não só para a comunidade jurídica, que fica impedida até mesmo de analisar, prever e aconselhar o indivíduo acerca das suas condutas, como muito especialmente para a sociedade. Um exemplo recente calha à ilustração e foi alvo de crítica por sensível parte da comunidade jurídica, política e da própria sociedade.

O Supremo Tribunal Federal, intérprete mór da Constituição da República, em fevereiro de 2016, ao julgar uma ação de *Habeas Corpus* (HC), decidiu, por seu Plenário e maioria de votos (7 a 4), que o réu condenado em segunda instância pode ser encarcerado, mesmo que ainda não tenha esgotado todas as vias recursais, alterando o entendimento que mantinha desde 2010 sobre a presunção de inocência<sup>103</sup>. Contudo, ao

---

<sup>101</sup> No sentido do texto: ENGISCH, 1996, p. 365.

<sup>102</sup> "O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio." (RE 646.313-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 18-11-2014, Segunda Turma, DJE de 10-12-2014.) Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 09/07/16.

<sup>103</sup> CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5o, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5o, inciso LVII da Constituição Federal.

julgar monocraticamente outro HC, um ministro que foi voto vencido na decisão anterior, entendendo que a prisão do réu antes de exauridos todos os recursos ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, impediu a prisão do paciente. Na decisão, foi destacado que não podia ser aplicado ao caso o quanto decidido pelo Plenário do STF no julgamento anterior e que estabeleceu a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos excepcionais porque referida decisão, haja vista ter sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante e, portanto, não se impõe à compulsória observância dos demais juízes e tribunais<sup>104</sup>.

Ora, dizer que uma decisão tomada pelo plenário do Supremo Tribunal (STF) não vincula nem a própria Corte e nem os demais órgãos do Poder Judiciário, embora afirmação juridicamente correta, não é institucionalmente defensável, sendo certo que o respeito às decisões colegiadas deveria ser a regra que levaria naturalmente a uma uniformidade de entendimento. A possibilidade de monocraticamente desconsiderar-se uma decisão plural, recebeu de Oscar Vilhena Vieira a censura segundo a qual “trata-se de uma incongruência do nosso sistema jurídico. Se o colegiado decidiu de uma forma, não parece salutar para a busca da previsibilidade de decisões judiciais e da estabilidade das relações jurídicas que um único ministro o contrariasse.” (VIEIRA, 2016, p. 2).

A decisão, com todas as vênias devidas e merecidas, realmente não há de receber elogios, já que quando cada ministro do Supremo Tribunal Federal decide à sua

---

2. *Habeas corpus* denegado. (HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO, Plenário, Rel. Ministro Teori Zavascki. DJE 17/05/2016). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 11/07/16.

<sup>104</sup> TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 5º, INCISO LVII). CONSEQUENTE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ENTENDIMENTO QUE IGUALMENTE DESRESPEITA A PRÓPRIA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, QUE IMPÕE, PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E/OU RESTRITIVAS DE DIREITOS, O PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DO TÍTULO JUDICIAL CONDENATÓRIO (LEP, ARTS. 105 E 147). INAPLICABILIDADE, AO CASO, DO JULGAMENTO PLENÁRIO DO HC 126.292/SP: DECISÃO MAJORITÁRIA (7 VOTOS A 4) PROFERIDA EM PROCESSO DE PERFIL MERAMENTE SUBJETIVO, DESVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE (CF, ART. 102, § 2º, E ART. 103-A, “CAPUT”). PRECEDENTE QUE ATUA COMO REFERÊNCIA PARADIGMÁTICA, E NÃO COMO PAUTA VINCULANTE DE JULGAMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (HC 135100 MC / MG – Rel. Min. Celso de Mello). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC135100.pdf>. Acesso em: 11/07/16.

maneira, sem considerar a construção plural, desfavorece o exercício da sua função pública, como integrante de um colegiado. Em um sistema jurídico hígido, as decisões judiciais podem, através do espaço da divergência, ser superadas ou revistas, já que se um julgador discorda da correção de uma decisão pode decidir diferentemente. Contudo, neste caso, o magistrado tem o ônus de explicitar a razão pela qual uma decisão divergente é tão importante a ponto de arriscar a isonomia do sistema. Essa motivação deve basear-se em fortes razões jurídicas e –obviamente - não por simples opção pessoal. Quando se trata do Supremo Tribunal Federal, os dissensos arbitrários mostram-se ainda mais sérios porque se não se tem certeza da posição da Corte, cidadãos e juízes em geral deixam de estar orientados sobre como devem agir, além de uma tal postura estimular toda a magistratura a simplesmente decidir contra aquilo com que não comungam, seja qual for o motivo. É dizer, em arremate, com Rubens Glezer: “ao parecer desorientado, o STF desorienta todos que dependem dele.” (GLEZER, 2016, p. 1).

#### 2.4- O princípio do convencimento motivado do juiz e a legitimação dos precedentes

Toda a decisão do Poder Judiciário deve ser fundamentada, conforme proclamação solene da Constituição de 1988<sup>105</sup>, sob pena de nulidade. E, sendo o ato írrito, vindo em desconformidade com esta exigência da Lei Maior, a coima há de ser a da nulidade absoluta, pois não há de compadecer-se com o descumprimento de imposição de tão alta envergadura.

Conforme assinala J. J. Gomes Canotilho, a determinação de fundamentação das decisões judiciais ou da “motivação de sentenças” funda-se, basicamente, em três razões:

- (1) controlo da administração da justiça;
- (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes;
- (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas. (CANOTILHO, 1999, p. 621).

---

<sup>105</sup> CR/88: art. 5º, LXXVIII. Vale destacar que José Carlos Barbosa Moreira, em artigo datado de 1978, já defendia a inclusão no texto constitucional de determinação para que as decisões judiciais fossem motivadas para permitir tanto o controle endoprocessual mas também o da opinião pública acerca do modo de funcionamento do “mecanismo assecuratório” da tutela jurisdicional. (MOREIRA, 1978, pp.111-116).

Realmente, exigir que se demonstre os passos lógicos percorridos para, ao final, decidir, revela a preocupação do constituinte em coarctar a discricionariedade do julgador, já que a decisão deverá necessariamente amoldar-se às normas jurídicas válidas, além de sustentar-se, se a matéria envolver fatos, em provas processualmente hígidas. Conforme cediço, o princípio da persuasão racional do juiz, ao liberar o sistema probatório de uma hierarquia própria e, portanto, permitir ao juiz formar o seu convencimento com uma amplitude tão extensa a ponto de ser também conhecido por “livre convencimento motivado”<sup>106</sup>, poderia dar lugar a que a decisão, ao invés de um ato de inteligência, constituísse apenas um ato autoritário, afrontoso do Estado Democrático de Direito<sup>107</sup>. Eis o porquê registrar-se, com Moacyr Amaral Santos, que “a sentença é ato de vontade, mas não ato de imposição de vontade autoritária, pois se assenta num juízo lógico. Traduz-se a sentença num ato de *justiça*, da qual devem ser convencidas não somente as partes como também a opinião pública.” (SANTOS, 2008, p. 19).

O novo Código de Processo Civil inovou acerca do conteúdo da fundamentação. Ao invés de contentar-se em genericamente repetir o comando constitucional<sup>108</sup>, estabeleceu a exigência de uma fundamentação substancial. Trata-se, portanto, de importante instrumento que, a um só tempo, permite a sociedade saber como os seus juízes e tribunais estão decidindo, controlar-lhes a correção, funcionando como limitador dos poderes deferidos aos magistrados e tribunais, além de permitir superar as dificuldades contramajoritárias próprias de um Poder que, diferentemente dos

---

<sup>106</sup> O CPC/73 utilizava-se do advérbio “livremente” ao disciplinar a atividade cognitiva do juiz: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. “. Já o novo Código de Processo Civil, corretamente, disciplina a matéria conforme se segue: CPC/15 – “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

<sup>107</sup> Com todo acerto a seguinte decisão do STF: A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgride comezinha noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.” (RE 435.256, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 26-5-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.) Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28435256%2EENUME%2E+OU+435256%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ltb8qfs>. Acesso em: 12/07/16.

<sup>108</sup> Como fez o art. 11, do CPC/15.

demais, não encontra no batismo do voto popular a sua fonte de legitimidade. Neste contexto, a lição do Min. Luiz Edson Fachin, em julgamento no Supremo Tribunal Federal, de que “na ambiência institucional do Estado Democrático de Direito, espera-se de um juiz constitucional a justificação de suas decisões, não só quanto aos resultados alcançados, mas também no que se refere aos pontos de partida.”<sup>109</sup>

Ao fundamentar as suas decisões, o juiz deverá valer-se de normas jurídicas válidas o que, em consequência, revela que atuou conforme os ditames dos representantes do povo, qualificando-se bem por isso como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. Esta fundamentação substancial exigida pelo legislador de 2015 afina-se com o modelo de processo que vem sendo talhado na conformidade do “direito jurisprudencial”. Ora, se os precedentes passam a integrar o ordenamento jurídico, e se é apenas a *ratio decidendi* que serve de parâmetro seguro, não assim os *obiter dicta*, é mister explicitar-se fundamentadamente a decisão, inclusive e especialmente demonstrando o porquê de se ter placitado determinada argumentação jurídica, valorado certa prova e posto peias em outras alegações. Como parte do ordenamento jurídico, o precedente há de ser construído em ambiente institucional o mais plural possível, assegurado, nos termos da legislação, a participação da sociedade, mui especialmente através dos mecanismos, cada vez mais disseminados na legislação processual, como a intervenção de *amicus curiae*<sup>110</sup> e das audiências públicas<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Voto no RE 601314/SP. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-fachin-receita-federal-sigilo.pdf> Acesso em: 15/07/16.

<sup>110</sup> A intervenção de *amicus curiae* foi expressamente prevista no CPC/15: “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.” A Lei nº 9.868/99, disciplinando o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade prevê: “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. (...) § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” Veja-se, ainda a Lei nº 9.882/99, art. 6º.

<sup>111</sup> As audiências públicas ganharam previsão no CPC/15: “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. (...)”

Construída a decisão em ambiente no qual o debate foi pluralizado, vacina-se contra a crítica, que de outra maneira seria absolutamente correta, de que o Poder Judiciário estaria, para além de invadindo área que lhe é defesa, como a de legislar, colocando-se à serviço de um ideário neoliberal, construindo o precedente de cima para baixo, e tolhendo a soberania popular, exercida através dos legítimos representantes do povo<sup>112</sup>. Ao contrário, permitindo-se, através de mecanismos legalmente previstos, a participação de órgãos e entidades com conhecimentos e experiências importantes para contribuir para o esclarecimento da magistratura e, assim, propiciar uma decisão melhor informada, pode-se encontrar no Poder Judiciário um caminho aberto para que, por exemplo, os movimentos sociais consigam obter êxito para pleitos que se encontram interditados pela política usual<sup>113</sup>.

Porém, como o que se almeja é a construção democrática e pluralizada dos precedentes, não basta, como já feito no ordenamento jurídico, abrir oportunidades de participação formal. Para que tal intervenção não consista em um mero simulacro, a exigência de uma fundamentação substancial<sup>114</sup>, com a efetiva demonstração de que os argumentos trazidos –todos eles-, foram considerados e ponderados, ainda que não acolhidos, é de rigor. Neste sentido, andou bem o legislador de 2015, confira-se:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

---

e ainda: “Art. 1.038. O relator poderá: I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; (...)”. A Lei nº 9.868/99, disciplinando o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade prevê: “Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. (...)”. Veja-se, ainda a Lei nº 9.882/99, art. 6º.

<sup>112</sup> Para uma excelente análise crítica da metodologia brasileira empregada no Brasil envolvendo a solução de demandas de massa, veja-se: ALMEIDA, 2014.

<sup>113</sup> No sentido do texto, tratando dos movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais: CATHARINA, 2015.

<sup>114</sup> A nomenclatura é vária. Utiliza-se neste trabalho “fundamentação substancial” e “completude de fundamentação” como sinônimos.

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (...)

Do exame do texto legal, surpreende-se uma atitude didática, talvez como reação à prática corrente que, mesmo diante do preceito constitucional, teimava em ser pouco obsequiosa com o dever de motivação<sup>115</sup>. Neste sentido, optou-se por explicitar no próprio *Codex* que *todas* as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas<sup>116</sup>, aditando-se, mesmo que *a contrario sensu*, o que se entende por fundamentação, e aprestando o sistema com mecanismos prontos a corrigirem a falta<sup>117</sup>. Assim, por exemplo, o legislador expressamente acolhe as lições segundo as quais não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário a tão só reprodução de algumas das expressões legais, já que se trata de uma garantia processual que prende o magistrado à coordenadas objetivas de imparcialidade e permite às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido<sup>118</sup>; a afirmação de que o deduzido pela parte é “inviável juridicamente, uma vez que não retrata verdade dos compêndios legais”<sup>119</sup>, sem explicar concretamente a relação com o caso; a utilização de motivos que se prestariam a justificar qualquer decisão<sup>120</sup>, além de não enfrentar todos os argumentos capazes de, em tese, alterar a conclusão a que chegou o juiz.

---

<sup>115</sup> Para uma resenha das posições da doutrina e da jurisprudência a respeito da sentença malfundamentada e sentença não-fundamentada, conhecido trabalho de Athos Gusmão Carneiro. (CARNEIRO, 1995, pp.1-12).

<sup>116</sup> Expressamente, no novo CPC: art.11, *caput*, parte final.

<sup>117</sup> Nos termos do art.1022, p. único, inciso II, do CPC/15, cabem embargos de declaração de *qualquer* decisão judicial que incida nas condutas consideradas faltas para com o dever de fundamentação. Igualmente, o art.1.013, § 3º, inciso IV, CPC/15, prevê o julgamento do mérito pelo órgão *ad quem* pelo descumprimento do dever de fundamentação.

<sup>118</sup> Embora em ação de *habeas corpus* a argumentação é válida também para o processo civil. STF: HC 98.006, rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 24-11-2009, Primeira Turma, *DJE* de 5-2-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2898006%2EENUME%2E+OU+98006%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mmpgh3y>. Acesso em: 12/07/16.

<sup>119</sup> Conforme STF: RE 217.631, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 9-9-1997, Primeira Turma, *DJ* de 24-10-1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28217631%2EENUME%2E+OU+217631%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lc758j2>. Acesso em: 12/07/16.

<sup>120</sup> Nos termos já decididos: STF: RE 217631/GO - Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 09/09/1997. Primeira Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28212336%2EENUME%2E+O>

Merece destaque, por importante, que o legislador de 2015 não exigiu que o juiz cuide de todas as alegações trazidas aos autos<sup>121</sup>, mas sim exerceu com parcimônia sua competência constitucional de legislar sobre processo e procedimento. É que, ao estabelecer que o juiz somente deve abordar o quanto suscetível de infirmar as conclusões adotadas, reserva-lhe tão só o enfrentamento das teses importantes colocadas no tabuleiro processual. Afinal, a Constituição da República não exige que o magistrado se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes<sup>122</sup>, sendo certo que, para satisfazer o “princípio da completude da motivação”, o juiz deve explicitar na decisão a interpretação das normas aplicadas, o exame dos fatos, a qualificação jurídica dada ao caso, as consequências jurídicas decorrentes da decisão, além de informar acerca das premissas utilizadas, os elementos relevantes para o *decisum* e as regras de escolha a partir das quais a própria decisão pode ser tida como uma decorrência válida dessas premissas<sup>123</sup>.

A sentença, embora possa e deva ser clara e concisa<sup>124</sup>, tem que ser completa. Daí o porquê não se admitir complacência com fundamentação que seja “mais ou menos completa”. A deficiência no dever de motivar deve ser tida, de logo, como atentatória à Constituição da República, máxime com a interpretação que lhe achega o Código de Processo Civil de 2015<sup>125</sup>. Assim, pela solidez, vale a lição de Michele Taruffo:

Diante de uma praxe caracterizada por motivações excessivas no plano retórico e incompletas no plano racional, a adequação ao modelo ideal de motivação, que resulta também da função jurídico-política que essa é destinada a desempenhar, implica inversão de tendência sob ambos os

---

U+212336%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zdcm6tv. Acesso em: 12/07/16.

<sup>121</sup> "O STF já assentou entendimento de que não há afronta ao art. 93, IX e X, da CR quando a decisão for motivada, sendo desnecessária a análise de todos os argumentos apresentados e certo que a contrariedade ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional." (MS 26.163, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-4-2008, Plenário, *DJE* de 5-9-2008.)

<sup>122</sup> STF: HC 83.073, rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 17-6-2003, Segunda Turma, *DJ* de 20-2-2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883073%2EENUME%2E+O+83073%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nbujsnw>. Acesso em: 12/07/16.

<sup>123</sup> No sentido do texto: TARUFFO, 2015, pp. 374-375.

<sup>124</sup> “A falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/1988.” (HC 105.349-AgR, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 23-11-2010, Segunda Turma, *DJE* de 17-2-2011.)

<sup>125</sup> Contrariamente e em sentido que não parece merecer adesão: “Quanto à fundamentação, atenta-se contra o art. 93, IX, da Constituição, quando o *decisum* não é fundamentado; tal não sucede, se a fundamentação, existente, for mais ou menos completa. Mesmo se deficiente, não há ver, desde logo, ofensa direta ao art. 93, IX, da Lei Maior.” (AI 351.384-AgR, rel. min. Néri da Silveira, julgamento em 26-2-2002, Segunda Turma, *DJ* de 22-3-2002.) Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28351384%2EENUME%2E+O+351384%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nv8gygb>. Acesso em: 12/07/16.

aspectos, mais do que um puro e simples *self-restraint* do juiz no plano estilístico. Por um lado, de fato, importa que sejam satisfeitas as exigências de completude da justificação segundo os esquemas e cânones que foram paulatinamente indicados, com particular referência à controlabilidade da argumentação justificativa apresentada. Por outro, as exigências de clareza e de síntese podem ser de seu turno satisfeitas reduzindo-se ao mínimo os elementos superfluos e os argumentos não necessários às finalidades justificativas da motivação. Não se pode esquecer, de fato, que o “valor” dos *obiter dicta* é tanto menor quanto mais completa é a exposição da *ratio decidendi* e que uma ordenada e completa justificação racional é o principal fator de clareza e de síntese da própria motivação. Tudo isso pressupõe na jurisprudência, porém, uma mais refinada sensibilidade diante dos aspectos racionais e garantísticos da motivação, cuja pouca difusão explica a insistência no estilo judiciário *quo utimur* e constitui um sério obstáculo para uma efetiva evolução no modo de conceber e redigir as motivações. (TARUFFO, 2015, p. 376).

De se notar que não há qualquer reparo a ser feito ao texto legal que vem de ser referido, mas sim que bem interpretado, aceito e aplicado, em muito contribuirá para qualificar as decisões judiciais e, em consequência, concretizar o direito fundamental processual. Não se deve ver nos padrões estabelecidos pelo legislador para a “fundamentação suficiente”<sup>126</sup> uma *capitis poena*<sup>127</sup> imposta ao juiz, antes, para além de uma deferência aos princípios do contraditório, da isonomia e da coparticipação<sup>128</sup>, uma exortação para uma análise mais detalhada dos processos, o que será possibilitado se houver um número menor de feitos em tramitação. Como um dos objetivos perseguidos pela Comissão de Juristas encarregada de elaboração do anteprojeto que redundou no novo Código de Processo Civil, foi a obtenção de um maior grau de organicidade do sistema, conferindo-lhe maior coesão<sup>129</sup>, para o que se conta, inclusive, com a entronização do “direito jurisprudencial” e o uso disseminado de precedentes, a permitir a redução do acervo processual e, em decorrência, mais tempo para uma análise cuidadosa dos autos e atos do processo. Daí o motivo de, para lhes dar o maior rendimento possível e também para contribuir com a cultura e disseminação do uso dos precedentes e de suas técnicas, o legislador cuidar de prestigiá-lo, prescrevendo que a sua aplicação deve ser acompanhada das razões em concreto pelas quais os fundamentos da solução do caso pretérito devem também ser aplicados no vertente, ou, reversamente, justificar, através das técnicas do *overruling* e do *distinguishing*, os

---

<sup>126</sup> A demonstrar a plêiade de nomenclaturas: ASSIS, 2015, p. 442. Trabalha-se como sinônimo de “fundamentação substancial” ou “completude da fundamentação”.

<sup>127</sup> Em vernáculo: pena capital.

<sup>128</sup> Veja-se CPC/15: arts. 7º e 10.

<sup>129</sup> Exposição de Motivos do CPC/15.

motivos pelos quais o enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte deve ser superado ou distinguido.

Não se concorda, máxime no atual estágio do Direito em que, além de ter a racionalidade por tônica, são deixados pelo constituinte ao legislador e deste para o juiz espaços abertos para conformação, tudo de acordo com os preceitos constitucionais<sup>130</sup>, que se tenha por ilegítimo o *judge-made law*<sup>131</sup>. O precedente, construído através das técnicas corretas, com a identificação precisa dos fatos materiais que nortearam a causa, fundamentado e evidenciada a sua razão de decidir, pode e deve orientar a atuação do juiz no cumprimento do seu ofício, enquanto membro de uma estrutura organizada e voltada para a distribuição isonômica da justiça. Justificar, pois, é demonstrar que a decisão, amparada por princípios, é desejável em suas consequências e não se antagoniza com outras normas do direito compulsórias e já estabelecidas, isto é, que estão sendo aplicadas normas válidas de direito<sup>132</sup>.

Seguindo os procedimentos corretos, conforme o processo legislativo exige, e dentro do âmbito próprio de competência, cabe essencialmente à legislação criar as normas válidas de direito. Já aos tribunais cabe, precipuamente, julgar disputas de acordo com essas mesmas normas. As funções legislativa e judiciária interligam-se e são correlacionadas mutuamente na medida em que aquela determina os deveres desta, além de os tribunais, cumprindo suas competências, acabarem por disciplinar a área de atuação do legislador. Toda lei é feita pelo legislador. Porém, uma vez adotado o direito jurisprudencial, redefine-se o precedente como fonte do direito, sendo, pois, tratado como uma forma de legislação delegada: “se toda a lei é lei legislada, a jurisprudência é lei legislada – e são os juízes que a legislam”. (MACCORMICK, 2009, p. 76).

---

<sup>130</sup> Conforme a Enciclopédia de Filosofia de Stanford: “*A final justification for the doctrine of precedent is that it is desirable to give courts the power to make law. The thought here is that it is valuable for the courts to have the power to improve and supplement the law (Hart 1994, 135–6; Raz 1979, 194–201). The assumption underlying this justification is that the law is sometimes incomplete and in need of being given greater specificity, or that it is erroneous and needs to be corrected. On this view the courts are analogous to delegated legislators: they have limited powers to make law within a broader framework of doctrine.*” Na língua pátria: “Uma justificação final para a doutrina do precedente é que é desejável dar aos tribunais o poder de fazer leis. A ideia é a de que é importante para os tribunais terem o poder de melhorar e completar a lei (Hart 1994, 135-6; Raz 1979, 194-201). O pressuposto subjacente é o de que a lei é, por vezes, incompleta ou dependente de uma maior especificação ou correção. Sob este ponto de vista, os tribunais são como legisladores delegados: eles têm poderes limitados para fazer a lei dentro de um quadro mais amplo da doutrina.” Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>. Acesso em: 13/07/16.

<sup>131</sup> Como, em vernáculo: “direito jurisprudencial”.

<sup>132</sup> MACCORMICK, 2004, pp.252-253.

Neste contexto, e de acordo com a legislação que vem sendo paulatinamente introduzida no ordenamento brasileiro, coroada agora pela edição do novo Código de Processo Civil, é que parece correta a exigência de que o juiz indique os fundamentos determinantes das suas decisões, relacionando-os com o caso em exame, bem como observe enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, a menos que haja distinção com o caso em julgamento ou a superação do entendimento. Nota-se, neste sistema criado, que o juiz não está emasculado, tanto que pode, justificadamente, não seguir o precedente. Porém, não aplicar não significa não observar: quando o juiz reconhece o precedente, demonstra respeito ao passado, mas verifica que o ontem e o hoje não se conformam, distinguem-se, pode e deve não o aplicar. Da mesma maneira, quando por razões econômicas, sociais, políticas ou jurídicas, o precedente não se faça mais hígido, cabe a sua superação. Obviamente, em todos esses casos, o ônus de fundamentar torna-se majorado, já que o juiz terá de demonstrar os motivos pelos quais o precedente deve ser desconsiderado sem que isso signifique um rompimento com os cânones da segurança jurídica, previsibilidade e isonomia.

Embora se saiba que a Constituição da República, a partir da obra do poder constituinte derivado<sup>133</sup>, passou a prever que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, e as súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal através de procedimento próprio, terão eficácia vinculante contra todos relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, não parece se deva interpretar essas como as únicas hipóteses em que a jurisprudência enlaça o julgador. É que o mesmo constituinte derivado estabeleceu a “razoável duração do processo” como direito fundamental, garantindo-o dos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Ora, a utilização dos precedentes, corifeu do direito jurisprudencial, é, efetivamente, uma importante técnica de agilização da tutela jurisdicional, já que libera juízes e tribunais de se dedicarem longamente a tema já analisado, com dispêndio de tempo, recursos e energia, além de desestimular as partes da utilização de artifícios judiciais que, tentando a sorte nos tribunais superiores, acabam por retardar a solução presta dos litígios, como acontece, por exemplo, com a utilização dos recursos.

---

<sup>133</sup> Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

Igualmente, uma vez uniforme, íntegra e coerente a jurisprudência a comunidade jurídica em geral, e os jurisdicionados em particular, saberão acerca da resposta que receberão do Poder Judiciário e, ao fim e ao cabo, não se aventurarão na esperança de eventual mudança de entendimento dos tribunais superiores, reduzindo-se o número de processos ajuizados e, assim, propiciando um ciclo virtuoso em prol da celeridade e da paz social.

Sustentar, conforme significativa doutrina<sup>134</sup>, que somente por via de mudança constitucional seria possível albergar-se norma tal como fez o *Codex* de 2015, determinando a observação compulsória por parte dos juízes e tribunais de hipóteses que não encontram menção expressa na Constituição da República<sup>135</sup>, parece não atender a própria promessa constitucional de uma justiça efetiva e tempestiva. Buscar-se sempre a mudança no texto constitucional, para atender a conjuntura, retira-lhe o viço, uma vez que sempre que se reforma a Constituição acaba por mitigar-se a confiança, causando, em consequência, instabilidade e embaraços à sua eficácia<sup>136</sup>. Suspeita-se nesta posição a persistência do entendimento consolidado no *civil law* que, por teimar em querer fazer com que um documento codificado limite a atuação do Poder Judiciário, somente admite como legítima a alteração formal da Constituição, compreendendo-a apenas como seu texto e não como uma *living constitution*<sup>137</sup>. Ademais, calha registrar que a teoria do *stare decisis* não é uma exigência constitucional ou mesmo legal nem nos Estados Unidos da América e nem na Inglaterra, mas um comportamento que os próprios Tribunais se impõem a fim de colocar o sistema judicial a salvo de eventuais injustiças ou insegurança<sup>138</sup>.

Um exemplo, colhido no Supremo Tribunal Federal, demonstra o quão rica pode ser a interpretação constitucional de molde a vivenciar a “vontade de Constituição”<sup>139</sup>. Conforme sabido, a literalidade do texto constitucional, ao tratar da família e da

---

<sup>134</sup> Por todos, NERY JUNIOR, 2015, p. 1837.

<sup>135</sup> 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. (...)

<sup>136</sup> No sentido do texto: HESSE, 1991, p. 22.

<sup>137</sup> *Living constitution*: em vernáculo, constituição viva.

<sup>138</sup> Confira-se, neste sentido, BARBOZA, 2014, pp. 228 e 243.

<sup>139</sup> HESSE, 1991, p. 19.

proteção do Estado à união estável, alude ao “homem e a mulher”<sup>140</sup>. Porém, a Constituição incentiva outros modos de afetividade, além de albergar o postulado maior da dignidade da pessoa humana, dentre outras garantias e princípios que adota. Pois bem, a interpretação conferida pelo STF acerca do tema foi a de que, embora o constituinte tenha prescrito na literalidade um homem e uma mulher, tal manifestação não elide outras formas de constituição de família<sup>141</sup>. Ora, se mesmo diante de tão angustas possibilidades hermenêuticas deixadas pela construção gramatical, o gênio dos que envergam a toga na mais alta Corte do Brasil foi capaz de, interpretando sistematicamente a Constituição, conferir-lhe máxima efetividade, e interpretar que existem também outras formas de uniões, o mesmo pode-se dizer acerca da possibilidade da lei federal infraconstitucional regular a atividade dos agentes que integram um dos Poderes da União, *in casu*, o Judiciário, conforme, inclusive, o princípio da legalidade autoriza. Não há, pois, base para sustentar-se a independência funcional como passaporte para caprichos haja vista que, em um Estado que prestigia a eficiência<sup>142</sup>, não se pode permitir que um sistema deixe de ser uniforme, íntegro e coerente apenas por confundir-se independência com soberania.

O argumento de que o “direito jurisprudencial” é carente de legitimidade democrática uma vez que os juízes não são eleitos e, portanto, ressentem-se da falta da escolha e da consagração populares, igualmente merece uma reflexão. Construir um precedente não é tarefa de eremita, ao revés, pode e deve ser fruto do trabalho colegiado, enriquecido com a participação de pessoas e entidades que contribuam para pluralizar o debate, máxime o constitucional, sendo possível, inclusive, a realização de audiências públicas. Verifica-se, dessarte, a existência de mecanismos legais processuais que

---

<sup>140</sup> Art.226, caput e §6º, da Constituição da República de 1988.

<sup>141</sup> No que interessa ao argumento em questão, o seguinte excerto da ementa da ADPF 132: “(...) 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. (...)”. ADPF 132/RJ - Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 05/05/2011 - Tribunal Pleno. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28132%2E%2E+OU+132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nblwxjw>. Acesso em: 14/07/16.

<sup>142</sup> Art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988.

possibilitam os atores da sociedade a empenharem-se para o aperfeiçoamento da jurisprudência, tarefa que será sempre um *working in progress*<sup>143</sup>. Não se trata sequer de uma opção do Poder Judiciário por atender as demandas sociais, mas sim lavra aberta pelo próprio legislador que, propiciando através da participação judicial uma litigiosidade estratégica, permite gerar uma tensão no campo jurídico capaz, ao mesmo tempo, de dar visibilidade às pautas demandadas, engrossar-lhe o capital político e simbólico, e até mesmo obter-lhe o reconhecimento jurídico. Na verdade, é possível encontrar alguns casos<sup>144</sup> cujas decisões sugerem, efetivamente, que determinados atores da sociedade, embora não consigam espaço na política tradicional, logram êxito em suas aspirações através da participação perante o Poder Judiciário, originando, inclusive, consequências para além do caso concreto, o que em boa doutrina já se chamou de “novas sociabilidades”<sup>145</sup>.

## 2.5 – Alguns *cases* brasileiros no Supremo Tribunal Federal<sup>146</sup> envolvendo judicialização e formação de precedentes – paradigmas

A Constituição da República de 1988, comprometida com o seu perfil democrático, optou por elastecer ao máximo os instrumentos de controle de constitucionalidade, seja permitindo um extenso rol de legitimados<sup>147</sup> - e não mais apenas o Procurador-Geral da República como no sistema anterior<sup>148</sup> -, ou mesmo instituindo uma série de ações ligadas ao controle concentrado, a partir da entronização, em 1965, da experiência da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil<sup>149</sup>. Preocupou-se, efetivamente, o constituinte, em dar à “vontade de Constituição” (HESSE, 1999, p.19) consequência prática, resguardando a sua força normativa, assim como garantindo-lhe a posição cimeira no ordenamento jurídico. Ao lado da ação direta

---

<sup>143</sup> Em vernáculo: obra em andamento.

<sup>144</sup> Para uma visão das possibilidades trazidas pela abertura à intervenção de terceiros no processo e com a realização de audiências, remete-se o leitor para o item seguinte.

<sup>145</sup> Veja-se, ao propósito: CATHARINA, 2014, pp. 166-174.

<sup>146</sup> Para o Ministro Nelson Jobim: “Se a interpretação é procedimento criativo e de natureza jurídico-política, não é exagero dizer que o SUPREMO, ao longo de sua história, completou o trabalho dos poderes constituintes que se sucederam ao aditar conteúdo normativo aos dispositivos da Constituição.” Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/Carlos\\_Maximiliano.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/Carlos_Maximiliano.pdf). Acesso em: 09/07/16

<sup>147</sup> Nos termos do art.103, da Constituição da República de 1988.

<sup>148</sup> Art.119, inciso I, alínea “I”, da Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional nº 1/69). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm) Acesso em:15/07/16.

<sup>149</sup> Veja-se, e ao propósito, CLÈVE, 2000, p. 139.

de inconstitucionalidade<sup>150</sup>, criaram-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que o legislador infraconstitucional é tido como moroso ante a obrigação de completar a obra do constituinte originário (CLÈVE, 2000, p. 340), a arguição de descumprimento de preceito fundamental, destinada a evitar ou reparar lesão a determinadas normas constitucionais, com especiais estrutura e valor, resultante de ato do Poder Público, além de resolver controvérsia constitucional envolvendo lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição da República, em caráter subsidiário<sup>151</sup>. Posteriormente, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade<sup>152</sup>, a fim de reafirmar a presunção de constitucionalidade da lei, colocando-a, neste caso, forrada contra a incerteza jurídica e homogeneamente orientada quanto à correta interpretação<sup>153</sup>.

Regulamentando os instrumentos do controle concentrado, a legislação<sup>154</sup> trouxe a possibilidade de participação social, à moda do que se preconiza como uma sociedade aberta dos intérpretes (HÄBERLE, 1997, p.13). Tentando cumprir este desiderato, surgem no direito brasileiro, a figura do *amicus curiae* e a previsão da realização de audiências públicas, a fim de permitir seja pluralizado o debate constitucional, levando-se para os ambientes das Cortes, novas e esclarecidas vozes para contribuírem com conhecimentos específicos e tidos como necessários para uma decisão informada.

Em um contexto no qual deseja-se dar tónus ao “direito jurisprudencial”, a participação plural tenderia a legitimar a formação do precedente. Dessarte, a sua observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário, antes de significar uma mitigação da liberdade de convencimento do juiz, importa em engrandecimento de um sistema que precisa preocupar-se com a uniformidade, integridade e coerência.

O estudo de casos, decididos após a Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal, órgão constitucionalmente indicado como guardião e intérprete último da Carta Maior, é sempre de interesse na tentativa de verificar-se a efetiva possibilidade de um precedente ser construído de forma participativa. Com efeito, a observação das pautas de julgamentos daquela Suprema Corte, em controle concentrado,

---

<sup>150</sup> Art.102, inciso I, alínea “a”, da Constituição da República de 1988.

<sup>151</sup> A Lei nº 9.882/99 regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, dispondo acerca de seu processo e julgamento.

<sup>152</sup> Emenda Constitucional nº 3/93. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm) Acesso em: 15/07/16.

<sup>153</sup> Por todos, veja-se: BARROSO, 2009, p. 230.

<sup>154</sup> Vide Lei nº. 9.868/99 e Lei nº. 9.882/99.

nas quais a via de intervenção por atores da sociedade mostrou-se mais facilitada do que a da sensibilização do Poder Legislativo<sup>155</sup> e do Poder Executivo, por razões que fogem ao escopo deste trabalho, parece demonstrar que a intervenção de *amici curiae* e mesmo a realização de audiências públicas, são ingredientes ao menos capazes de permitirem avanços legítimos através da atuação do próprio Poder Judiciário. Conquanto o tema passe também pela análise da judicialização da política<sup>156</sup>, o que se tem por mira é captar a potencialidade, sem render-se – esteja-se sempre advertido - à ingenuidade, dos mecanismos de abertura à participação previstos na legislação contribuirmos para a formação de um “direito jurisprudencial” democraticamente orientado. Deve-se ter presente que é relevante para a sociedade brasileira atual que o Poder Judiciário se adapte às novas realidades sociais de conduta, trazidas especialmente pelas novas tecnologias e, ainda, desenvolva mecanismos funcionais a viabilizarem uma atuação mais efetiva nas áreas ou nas questões jurídicas ligadas a setores e situações econômicas e sociais intrincadas, assim como estimule os mecanismos de ação junto aos grupos socialmente apartados<sup>157</sup>.

Ninguém desconhece que o papel do judiciário no Brasil avultou-se sobremaneira de forma que à sua arena são levadas inúmeras questões de grande sensibilidade. A Constituição e seus preceitos desfrutam de enorme legitimidade e reconhecimento. Assim, com Luiz Edson Fachin, pode-se afirmar que “a riqueza do paradoxo bateu às portas do Supremo Tribunal Federal: felizmente os pedidos ao Supremo praticamente não tem limites; e infelizmente os pedidos ao Supremo praticamente não tem limites.”<sup>158</sup>

Diversos temas ligados aos movimentos sociais foram judicializados, transformando o Supremo Tribunal Federal em sede qualificada para o trato de matérias

---

<sup>155</sup> Muitos analistas apontam presentemente um marcado caráter conservador na maioria dos parlamentares que integram o Congresso Nacional, a impedir que temas mais sensíveis e ditos “progressistas” arregimentem a maioria necessária para aprovação. Sintomaticamente, a Deputada Luiza Erundina, do Partido Socialismo e Liberdade, PSOL, ao candidatar-se à Presidência da Câmara dos Deputados, em Julho de 2016, discursou: “(...) Antes de tudo, em nossa presidência, o povo ocupará, livremente, os espaços nesta Casa, que por direito lhe pertence. Os portões e grades de ferro que impedem o livre acesso da população à Casa do Povo, serão retirados para que os cidadãos (às) possam acompanhar, diretamente, a atuação dos seus representantes e pressionar para que suas demandas sejam pautadas e aprovadas. (...)” Disponível em: [http://www.luizaerundina.com.br/noticias/50/uma-nova-camara-para-um-novo-tempo-no-brasil#/upload/galeria/big\\_f94e746bd438c51dd8cae8c18cd69bda.jpg](http://www.luizaerundina.com.br/noticias/50/uma-nova-camara-para-um-novo-tempo-no-brasil#/upload/galeria/big_f94e746bd438c51dd8cae8c18cd69bda.jpg). Acesso em: 18/07/16.

<sup>156</sup> Fenômeno que considera, grosso modo, o próprio rol de legitimados para deflagrar o controle pela via principal, embora seja faceta que, por estar fora do escopo desta pesquisa, não será explorada.

<sup>157</sup> No sentido do texto: BASTOS, 2001, p. 36.

<sup>158</sup> Trecho do voto proferido na ADPF 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 14/07/16.

complexas, como a dos atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior<sup>159</sup>; a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para o provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União<sup>160</sup>, o reconhecimento da união homoafetiva<sup>161</sup>; a declaração da figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alegadamente decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal<sup>162</sup>, a não recepção pela Constituição da República do figura penal da pederastia, conforme previsto no Código Penal Militar<sup>163</sup> e a

---

<sup>159</sup> ADPF 186 - DF - Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 26/04/2012. Tribunal Pleno. DJe-205 Divulg. 17-10-2014. Public. 20-10-2014

<sup>160</sup> Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, tendo por objeto a Lei nº. 12.990/14. (ainda em tramitação no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, sendo a última decisão proferida, até esta data, 14/07/16, a de deferimento do pedido de ingresso no processo, na qualidade de *amici curiae*, das seguintes entidades: (a) Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA, e (b) EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4917166> Acesso em: 14/07/16.

<sup>161</sup> ADPF nº.132/RJ - Relator: Min. AYRES BRITTO Julgamento: 05/05/2011- STF: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 14/07/16.

<sup>162</sup> ADPF 347, STF, Rel. Min. Marcos Aurélio, cujo pedido de medida cautelar foi decidido conforme a seguinte ementa: “CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.” Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 14/07/16.

<sup>163</sup> ADPF nº 291. Colhe-se do voto do relator, Min. Luís Roberto Barroso, a informação de que “a inicial, formulada a partir de representação de diversas entidades da sociedade civil, alega que o dispositivo impugnado viola os arts. 1o, III e V; 3o, I e IV; 5o, *caput*, I, III, X e XLI, todos da Constituição”, tendo o STF decidido conforme a seguinte ementa: “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE “PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM”. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA

possibilidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo<sup>164</sup>. Esses processos são especialmente destacados haja vista terem sido objeto do controle concentrado de constitucionalidade, além de ostentarem uma maior repercussão e clamor sociais, embora outros pudessem também ser referidos, como o que discute o uso de banheiros públicos femininos por transexuais<sup>165</sup>.

Abaixo, procurando embora guardar subserviência aos limites deste trabalho, analisam-se sucintamente dois casos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal, com o fito de verificar se houve, efetivamente, a possibilidade de participação da sociedade na elaboração da decisão. A ideia, neste passo, é tão somente perceber se os instrumentos processuais são aptos a permitirem que argumentos trazidos diretamente pela sociedade possam ecoar no Supremo Tribunal Federal. Claramente, não é aqui o espaço apropriado para estudos sociológicos ou antropológicos dos movimentos sociais, que obviamente são importantíssimos e muito contribuiriam para o conhecimento e a cultura, inclusive jurídicas, porém, uma oportunidade para surpreender o comportamento do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro diante do julgamento de questões marcadas por enorme importância e sensibilidade social. Igualmente, a preocupação não será com o acolhimento ou não das teses e argumentos eventualmente levantados pelos terceiros e participantes do processo pela Corte em

---

CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. 2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. 3. Pedido julgado parcialmente procedente.” Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>. Acesso em: 14/07/16.

<sup>164</sup> ADPF 54/DF - Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 12/04/2012 - STF: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2854%2EENUME%2E+OU+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n7ngyu6>. Acesso em: 14/07/16.

<sup>165</sup> Repercussão social admitida, conforme se segue: “TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (...). 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado.” RE 845779 - SC Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento: 13/11/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28845779%2EENUME%2E+OU+845779%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/kb64emd>. Acesso em: 14/07/16.

testilha. Não que se aceite uma participação meramente retórica da sociedade nos julgamentos do Poder Judiciário, mas sim porque compreende-se que, ainda que não acolhida, mas pelo menos considerada, a argumentação deduzida através destes mecanismos terá cumprido parte de sua missão que é a de esclarecer e tentar convencer. O resultado em si, estampado no *decisum*, é matéria reservada à ciência e consciência do julgador, onerado, nestas situações, com um maior encargo argumentativo, já que ao referir-se ao argumento, deverá, fundamentadamente, se assim for a sua convicção, repelí-lo.

Tenha-se advertido, por derradeiro, que o fato da participação de terceiros como *amici curiae* e a realização de audiências é prática recente em um Tribunal mais que centenário<sup>166</sup>. As previsões de audiências públicas no Poder Judiciário somente foram previstas pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99. No Supremo Tribunal Federal estes atos foram regulamentados pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu ao Presidente ou ao Relator a competência para convocar audiência pública para colher o depoimento de *experts* sempre que entender necessário o esclarecimento de questões, com repercussão geral e de considerável interesse público debatidas no Tribunal, tudo conforme o procedimento previsto no Regimento Interno<sup>167</sup>. A primeira audiência pública realizada no STF foi convocada pelo Min. Ayres Britto, Relator da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), e ocorreu no dia 20 de abril

---

<sup>166</sup> “O Supremo Tribunal Federal, organizado com fundamento no Decreto no 848, de 11/10/1890, editado pelo Governo Provisório da República, teve a sua instituição prevista na Constituição republicana de 1891 (arts. 55 e 56), havendo sido instalado em 28/2/1891, quando realizou a sua primeira sessão plenária, sob a Presidência interina do Ministro Sayão Lobato (Visconde de Sabará), que, até então, presidira ao Supremo Tribunal de Justiça (Império). Nessa mesma sessão plenária, aberta às 13 horas, o Supremo Tribunal Federal elegeu o seu primeiro Presidente, que foi o Ministro Freitas Henriques, natural da Bahia.” (MELLO, 2014, p. 10). Sobre a história da instalação do Supremo Tribunal Federal confira-se, ainda, RODRIGUES, 1991, pp. 7-14.

<sup>167</sup> Ao todo já foram realizadas 19 audiências públicas no STF, a saber: 1) Novo Código Florestal - (18 de abril de 2016); 2) Uso de Depósito Judicial - (21 de setembro de 2015); 3) Ensino Religioso em Escolas Públicas (15 de junho de 2015); 4) Internação Hospitalar com Diferença de Classe no SUS (26 de maio de 2014); 5) Alterações no Marco Regulatório da Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil (17 março de 2014); 6) Programa "Mais Médicos" (25 e 26 de novembro de 2013); 7) Biografias não autorizadas (21 e 22 de novembro de 2013); 8) Financiamento de Campanhas Eleitorais (17 e 24 de junho de 2013); 9) Regime Prisional (27 e 28 de maio de 2013); 10) Queimadas em Canaviais (22 de abril de 2013); 11) Campo Eletromagnético de Linhas de Transmissão de Energia (6, 7 e 8 de março de 2013); 12) Novo Marco Regulatório para a TV por Assinatura no Brasil (18 e 25 de fevereiro de 2013); 13) Proibição do uso de Amianto (24 e 31 de agosto de 2012); 14) Lei Seca - Proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias (7 e 14 de maio de 2012); 15) Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior (3, 4 e 5 de março de 2010); 16) Judicialização do direito à saúde (27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009); 17) Interrupção de gravidez - feto anencéfalo (26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro de 2008); 18) Importação de pneus usados (27 de junho de 2008) e 19) Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias (20 de abril de 2007). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em: 18/07/16.

de 2007<sup>168</sup>, certo que, segundo o Min. Fux, os participantes das audiências colaboram com a Corte para que a decisão do Supremo seja o mais próximo possível da realidade e democraticamente legitimada<sup>169</sup>. Contudo, força convir, o histórico das audiências públicas ainda é muito recente para já ter firmado uma práxis que lhes garanta o rendimento máximo do que podem oferecer. Oxalá, o futuro lhes seja sempre mais promissor.

#### 2.5.1 - Estudo de caso: ADPF n.º 54 – Aborto de feto anencefálico

Dentre as ações que captaram a atenção do Supremo Tribunal Federal, destaca-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54, a envolver o aborto de feto anencefálico. Conforme ajuizada<sup>170</sup>, em 17 de Junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) formulou pedido para que o Supremo Tribunal Federal, aplicando a técnica da interpretação conforme a Constituição dos preceitos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, declarasse a sua não incidência naquelas situações de inviabilidade fetal, já que, a não ser assim, a antecipação terapêutica do parto sujeitava o profissional da saúde ao risco da persecução penal, além obrigar a gestante de fetos anencéfalos à tortura psicológica, por ser compelida, à mingua de alternativa, a levar adiante uma gestação de feto que nunca terá chance de vingar.

É interessante ressaltar, para o estudo que ora se imprime acerca da potencialidade da participação de terceiros influir no julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, que tendo sido formulado pedido de concessão de medida liminar, determinou-se, de logo, fossem suspensos os andamentos dos processos e decisões não transitadas em julgado assim como deferida medida para garantir, na mesma sede, “(...) o reconhecimento do direito constitucional da gestante a submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a

---

<sup>168</sup> Dados constantes no sítio do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em: 18/07/16.

<sup>169</sup> Manifestação feita na abertura da audiência pública sobre o novo Código Florestal, realizada em 18 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=314613&caixaBusca=N>. Acesso em: 18/07/16.

<sup>170</sup> O inteiro teor da petição inicial está disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>. Acesso em: 18/07/16.

deformidade, a anomalia que atingiu o feto”<sup>171</sup>. Com efeito, referida ação parece revelar-se um portentoso veio de pesquisa, haja vista suscitar uma questão teórica da mais alta envergadura a saber, de um lado, a análise do legítimo papel do STF como intérprete maior da Constituição e, nesta medida, poder declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, de dispositivos do Código Penal, e, de outro, a eventual invasão de papel reservado ao legislador, através da criação de uma outra excludente de ilicitude<sup>172</sup> pelo Poder Judiciário<sup>173</sup>.

Em outubro de 2004, o plenário do Supremo Tribunal Federal referendou, por maioria de votos, a liminar concedida no que dizia respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado mas, da mesma forma, majoritariamente, revogou a parte em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos<sup>174</sup>.

Após inúmeros pedidos de admissão como *amici curiae*, o relator optou, conforme decisão publicada em agosto de 2004, pela realização de “audiências públicas<sup>175</sup> para ouvir entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito. (...)”<sup>176</sup>, ato que veio a ocorrer em 2008, desdobrado em quatro sessões, respectivamente nos dias 26 e 28 de agosto e 04 e 19 de setembro. Em 2012, foi concluído o julgamento com acórdão, somente publicado em 2013, assim ementado<sup>177</sup>:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.  
FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e

---

<sup>171</sup> Decisão disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 18/07/16.

<sup>172</sup> NUCCI, 2010, p. 633.

<sup>173</sup> No sentido do texto: BARROSO, 2009, p. 314.

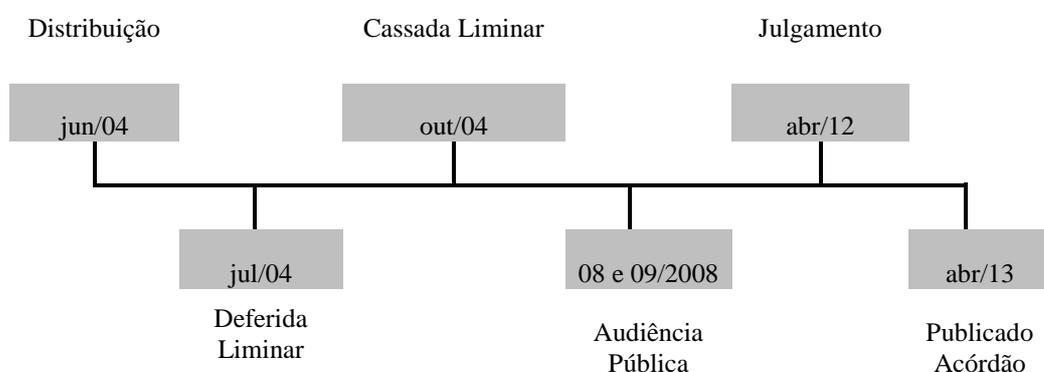
<sup>174</sup> Decisão disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 18/07/16.

<sup>175</sup> Lei nº 9.882/99: “Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. (...)”.

<sup>176</sup> Decisão disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 18/07/16.

<sup>177</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 18/07/16.

Para melhor visualizar o longo tempo que durou o processo e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o que certamente deve ser considerado quando se discute a formação de precedentes como forma de agilizar a tutela jurisdicional, o esquema abaixo é de interesse<sup>178</sup>:



Da análise da audiência pública e das suas sessões, conforme documentado<sup>179</sup>, apura-se a seguinte participação, cujas posições sustentadas acerca do objeto da discussão na ADPF encontram-se consolidadas na tabela<sup>180</sup> que segue abaixo:

- A) na sessão do dia 26 de Agosto de 2008: 1. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB; 2. Igreja Universal; 3. Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família; 4. Católicas pelo Direito de Decidir e 5. Associação Médico-Espírita do Brasil – AME;
- B) na sessão do dia 28 de Agosto de 2008: 1. Conselho Federal de Medicina; 2. Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia; 3.

<sup>178</sup> Disponível em: FRAGALE FILHO, 2015, p. 511.

<sup>179</sup> Para consulta ao rol de participantes de cada sessão de audiência pública, inclusive às notas taquigráficas de cada uma delas, consulte-se: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 19/07/16.

<sup>180</sup> Disponível em: FRAGALE FILHO, 2015, p. 517.

Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; 4. Sociedade Brasileira de Genética Médica; 5. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência; 6. Deputado Federal José Aristodemo Pinotti; 7. Deputado Federal Luiz Bassuma; 8. Professora Lenise Aparecida Martins Garcia e 9. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS

C) Sessão de 4 de Setembro de 2008: 1. Ministro de Estado da Saúde José Gomes Temporão; 2. Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF; 3. Escola de Gente; 4. Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; 5. Dra. Cinthia Macedo Specian; 6. Dr. Dernival da Silva e 7. Conselho Federal de Direitos da Mulher;

D) Sessão de 16 de Setembro de 2008: 1. Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira; 2. Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos; 3. Conselho Nacional de Direitos da Mulher; 4. Associação Brasileira de Psiquiatria.

POSIÇÕES DOS PARTICIPANTES

ENTIDADES	FAVORÁVEIS AO PROCEDIMENTO	CONTRÁRIAS AO PROCEDIMENTO
Organizações religiosas	Igreja Universal do Reino de Deus (IURD)	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB)
Associações e Organizações Não Governamentais	Católicas pelo Direito de Decidir	Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família
	Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetria	Associação Médico-Espírita do Brasil – AME
	Sociedade Brasileira de Medicina Fetal	Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil Sem Aborto
	Sociedade Brasileira de Genética Médica	Associação de Desenvolvimento da Família – ADEF
	Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência	
	Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS	
	Escola de Gente	
	Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos	
	Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos	
	Associação Brasileira de Psiquiatria	
Corporações profissionais	Conselho Federal de Medicina	
Representantes Governamentais	Ministério da Saúde	
	Conselho Nacional dos Direitos da Mulher	
	Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres	
Pessoas Físicas	Deputado Federal José Aristodemo Pinotti	Deputado Federal Luiz Bassuma
	Michele Gomes de Almeida	Cinthia Macedo Specian
	Alton Maranhão de Almeida	Dernival da Silva Brandão
		Elizabeth Kipman Cerqueira

Diversos outros representantes de movimentos sociais e entidades da sociedade civil organizada pediram para ser admitidos na audiência pública, mas foram recusados, seja porque entendeu-se que não demonstraram signo distintivo no âmbito do conhecimento técnico, científico ou religioso, a fim de enriquecer a audiência, ou em razão da proximidade do encerramento da audiência pública, quando formulado o pedido, considerando-se, então, já ter havido participação bastante dos mais variados segmentos da sociedade. Encerrada a audiência pública, a arguente e a Advocacia-Geral da União fizeram as considerações finais, reafirmando os termos favoráveis ao pedido

conforme já anteriormente expostos, sendo certo que o então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, havia emitido parecer assim ementado:

1. O pleito, como apresentado, não autoriza o recurso à interpretação conforme a Constituição: considerações.
2. Anencefalia. Primazia jurídica do direito à vida: considerações.
3. Indeferimento do pleito.<sup>181</sup>

Realizado o julgamento, o acórdão da ADPF nº 54 foi assim ementado<sup>182</sup>:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

---

<sup>181</sup> Dados obtidos através do sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 19/07/16.

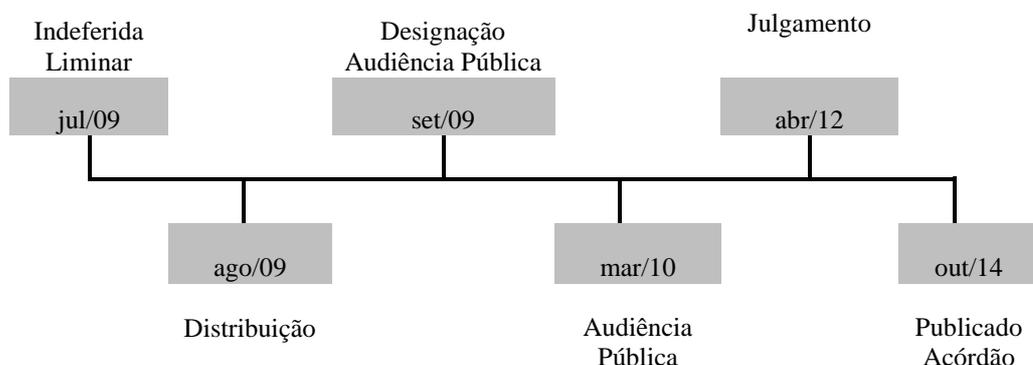
<sup>182</sup> Acórdão disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=80&dataPublicacaoDj=30/04/2013&incidente=2226954&codCapitulo=5&numMateria=58&codMateria=1>. Acesso em: 19/07/16. – Conforme o Informativo nº– 661, STF: “O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP. Prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio, relator. De início, reputou imprescindível delimitar o objeto sob exame. Realçou que o pleito da requerente seria o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se a antecipação terapêutica de parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado, sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Destacou a alusão realizada pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais em comento, o que os retiraria do sistema jurídico. Assim, o pleito colimaria tão somente que os referidos enunciados fossem interpretados conforme a Constituição. Dessa maneira, exprimiu que se mostraria despropositado veicular que o Supremo examinaria a descriminalização do aborto, especialmente porque existiria distinção entre aborto e antecipação terapêutica de parto. Nesse contexto, afastou as expressões “aborto eugênico”, “eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, em razão do indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia. Na espécie, aduziu inescapável o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os de parte da sociedade que desejasse proteger todos os que a integrariam, independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. Sublinhou que o tema envolveria a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. No ponto, lembrou que não haveria colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. Versou que o Supremo fora instado a se manifestar sobre o tema no HC 84025/RJ (DJU de 25.6.2004), entretanto, a Corte decidira pela prejudicialidade do writ em virtude de o parto e o falecimento do anencéfalo terem ocorrido antes do julgamento. Ressurtiu que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>. Acesso em: 19/07/16.

REFERÊNCIAS À AUDIÊNCIA PÚBLICA NO ACÓRDÃO DA ADPF 54

MINISTRO	REFERÊNCIA		
	EXPLÍCITA	MARGINAL	INEXISTENTE
Marco Aurélio			
Rosa Weber			
Joaquim Barbosa			
Luiz Fux			
Cármem Lúcia			
Ricardo Lewandowski			
Ayres Britto			
Gilmar Mendes			
Celso de Mello			
Cezar Peluso			

2.5.2 - Estudo de caso: ADPF nº 186 – Cotas Raciais

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 foi ajuizada em Julho de 2009, pelo Partido Político Democratas (DEM), tendo por arguídos o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE), o Reitor da Universidade de Brasília e o Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE/UNB), alegadamente por ofensa aos arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, todos da Constituição Federal, haja vista diversos atos da Universidade de Brasília que, basicamente, reservaram o percentual de 20% (vinte por cento) das vagas de acesso à Universidade para negros. Referida ação foi distribuída para a relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, tendo a marcha processual conforme abaixo demonstrado:



O estabelecimento de cotas no Brasil ganhou foros de debate nacional, atraindo a atenção de ampla parte da população e mesmo da comunidade acadêmica. Neste sentido, ao ser ajuizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, diante dos mecanismos oportunizados pela legislação processual, diversas entidades manifestaram interesse, seja procurando colaborar com a Corte como *amici curiae*, ou mesmo participando das sessões de audiência pública, com igual finalidade.

Neste sentido, e conforme pode ser verificado através do acompanhamento processual disponibilizado no sítio do Supremo Tribunal Federal<sup>183</sup>, ingressaram como *amici curiae* as seguintes entidades: 1) Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais - MCDEPAAUF; 2) Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular - IDEP; 3) Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos; 4) Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA; 5) Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio-cultural - AFROBRAS; 6) Instituto Casa de Cultura Afro-Brasileira - ICCAB; 7) Instituto de Defensores dos Direitos Humanos - IDDH; 8) CRIOULA; 9) Movimento Negro Unificado - MNU; 10) Educação e Cidadania de Afro-descendentes e Carentes - EDUCAFRO, 11) Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes - ANAAD e 12) Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro –MPMB, Fundação Cultural Palmares e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Houve pedidos para ingresso também por parte da Central Única dos Trabalhadores do Distrito Federal – CUT/DF, pelo Centro de Estudos das Relações do Trabalho e Desigualdade - CEERT e pelo Diretório Nacional dos Estudantes da Universidade de Brasília (DCE-UnB), que foram, contudo negados pelo Relator, Ministro Ricardo Lewandowski.

Na audiência pública, por sua vez, realizada em três sessões, respectivamente nos dias 3, 4 e 5 de março de 2010, participaram diversos dos *amici curiae*, bem como outras entidades que não haviam ingressado nesta qualidade, como a Coordenação Nacional das Entidades Negras (CONEN).

Através destas intervenções da sociedade no processo judicial da ADPF nº 186, foram feitas diversas manifestações, umas contra, outras a favor, do sistema de cotas raciais, além de potencializar o debate acerca do tema, atraindo a atenção de ampla

---

183

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 23/07/16.

parcela da população para tema tão sensível<sup>184</sup>, o que, por certo, contribuiu para o esclarecimento da Corte e o julgamento de improcedência do pedido, reconhecendo-se, assim, a constitucionalidade da política de cotas raciais adotada pela Universidade de Brasília, conforme decisão que recebeu a seguinte ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1o, *CAPUT*, III, 3o, IV, 4o, VIII, 5o, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, *CAPUT*, 205, 206, *CAPUT*, I, 207, *CAPUT*, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5o da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1o, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (ADPF 186- DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski)<sup>185</sup>

Considerando, embora, o importante fato de que o resultado se deu à unanimidade, é de interesse resenhar os votos dos ministros<sup>186</sup>, muitos deles trazendo achegas ao do

<sup>184</sup> Para uma excelente resenha das diversas posições e respectivos argumentos principais, consulte-se: CATHARINA, 2015, pp. 91-103.

<sup>185</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 23/07/16.

<sup>186</sup>

Disponível

em:

ministro relator. Assim é que o ministro Ayres Britto, votou no sentido de que a Constituição legitimou todas as políticas públicas que beneficiam os setores sociais histórica e culturalmente desfavorecidos, asseverando que “são políticas afirmativas do direito de todos os seres humanos a um tratamento igualitário e respeitoso. Assim é que se constrói uma nação”, enquanto a ministra Cármen Lúcia entendeu no sentido de reconhecer a compatibilidade do sistema de cotas da UnB com a Constituição, já que foram respeitadas a proporcionalidade e a função social da universidade. Segundo registrou em seu voto, “as ações afirmativas não são a melhor opção, mas são uma etapa. O melhor seria que todos fossem iguais e livres”, prescrevendo também a responsabilidade social e estatal para que se cumpra o princípio da igualdade, para o que contribuem as ações afirmativas.<sup>187</sup>

O ministro Celso de Mello, por seu turno, defendeu tanto a compatibilidade do sistema de cotas raciais com a Constituição da República de 1988, assim como com os tratados internacionais envolvendo os direitos humanos, já que, inclusive, como fez constar do voto, “o desafio não é apenas a mera proclamação formal de reconhecer o compromisso em matéria dos direitos básicos da pessoa humana, mas a efetivação concreta no plano das realizações materiais dos encargos assumidos”.

Reconhecendo no déficit educacional e cultural da população negra um fato histórico incontroverso, explicado pelas dificuldades de acesso à educação, o ministro Cezar Peluso votou pela improcedência do pedido, registrando, também, a existência de “um dever, não apenas ético, mas também jurídico, da sociedade e do Estado perante tamanha desigualdade, à luz dos objetivos fundamentais da Constituição e da República, por conta do artigo 3º da Constituição Federal”, a orientar para uma sociedade solidária, em que os cidadãos não sejam colocados na marginalidade e vítima da desigualdade, favorecendo o bem de todos, independente de cor.

Julgando improcedente o pedido, e acompanhando inteiramente o voto do Relator, o Ministro Joaquim Barbosa consignou que:

[n]ão se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à condição de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo, no plano doméstico, uma

---

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 23/07/16. De se anotar que o Ministro Dias Toffoli se declarou impedido e não participou do julgamento.

<sup>187</sup>Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206008>. Acesso em: 23/07/16.

política de exclusão em relação a uma parcela expressiva da sua população<sup>188</sup>.

Também entendendo pela improcedência do pedido, o ministro Gilmar Mendes vislumbrou nas ações afirmativas a aplicação do princípio da isonomia. Segundo o seu ponto de vista, o baixo quantitativo de negros universitários é consequência de um processo histórico, ligado ao modelo escravocrata de desenvolvimento, e da qualidade sofrível do ensino público, fatores que se adicionam à “dificuldade quase lotérica” de acesso à universidade por meio do vestibular, advertindo porém, que o critério exclusivamente racial pode não ser o melhor já que negros com boa condição socioeconômica e de estudo podem vir a serem favorecidos pela reserva de vagas que utilize o critério da cor.

Segundo o Min. Marco Aurelio, as ações afirmativas servem para a correção das desigualdades, fato que, portanto, as tornam compatíveis com a Constituição. Neste sentido, se pronunciando pela improcedência do pedido, ressaltou que o sistema de cotas deve ser extinto tão logo essas diferenças sejam eliminadas.

Da leitura do seu voto, verifica-se que o Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do relator, pela improcedência do pedido, fundamentando-se na imposição constitucional para a reparação dos danos sofridos pelos negros no país, tendo por base o artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, que preconiza, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Dessarte, segundo entendeu, a política de cotas raciais atende ao dever constitucional que atribui ao Estado a responsabilidade com a educação, assegurando “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

Julgando igualmente improcedente o pedido, a ministra Rosa Weber manifestou a atribuição estatal em “adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter o seu papel benéfico”. Conforme reconheceu a ministra, o sistema de cotas raciais tem levado as universidades a ampliar o número de discentes negros, incrementando a representatividade social no espaço universitário, fazendo com que esse ganhe em pluralidade e democracia.

---

188

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042&caixaBusca=N>. Acesso em: 23/07/16

A importância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nesta ADPF 186, é incontestável, já que a própria unanimidade do resultado dos votos dos Ministros, conduz a uma influência positiva, além de funcionar como paradigma para a jurisprudência e a doutrina. A exemplo, a ADC 41, ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Federal da OAB - que, inclusive, possui pedidos de ingresso como *amicus curiae* parecidos com os da ADPF 186 - versa sobre questão similar ao objeto aqui analisado e certamente seguirá na direção de pacificar as controvérsias constitucionais acerca da Lei de Cotas, através de sua defesa. Em uma sociedade marcada por tantas e profundas desigualdades, como a nossa, é de suma importância que a instância mais elevada do Poder Judiciário demonstre sensibilidade às manifestações dos movimentos sociais acerca destes temas.

Por derradeiro, vale a transcrição da conclusão de importante pesquisa levada a efeito por um estudioso dos movimentos sociais, que aponta para o real interesse na abertura à participação da sociedade no processo, através de figuras processuais, como as dos *amici curiae*, pluralizando o debate e, de alguma forma, influenciando no julgamento em causas de grande sensibilidade social e, conseqüentemente, na formação do precedente judicial. Para esse jurista, a prática dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada na arena jurídica revela um outro patamar da democracia brasileira, sendo certo que:

Essa abogadagem contribui para lançar luz sobre a importância das coletividades para a construção dos precedentes judiciais no Brasil como também compreender as transformações institucionais ocorridas no campo jurídico a partir da democratização do processo judicial. A noção de estrutura estruturante e estrutura estruturada ganha relevância heurística na compreensão da cidadania e dos novos direitos no Brasil. (CATHARINA, 2015, p. 174).

Concorda-se, em arremate, as conclusões do professor de processo civil e doutor em sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ/UCAM. Realmente, o direito brasileiro, a partir da Constituição da República de 1988, pluralizou-se, sendo certo que os instrumentos processuais, que debutaram no final do século passado no sistema brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade<sup>189</sup>, e que agora são estendidos para todo o processo civil<sup>190</sup>,

---

<sup>189</sup> Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99.

<sup>190</sup> Note-se o advento do novo Código de Processo Civil de 2015 e sua previsão do *amicus curiae*, conforme o art. 138, do CPC/15.

mostram-se aptos a permitir que a construção da decisão judicial seja feita de forma ilustrada e arejada.

O resultado, sempre e necessariamente, contudo, haja vista alguma subjetividade inerente a toda atuação em sociedade, dependerá da força dos argumentos. Mas o fato de que a prática dos tribunais mudou –e isso força convir - não constitui fato sujeito a argumento<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> Para uma interessante e respeitável opinião em contrário, consulte-se: ALMEIDA, 2014, *passim*.

## Capítulo 3 – Considerações introdutórias sobre a jurisprudência e os precedentes judiciais

### 3.1 – Preâmbulo

A experiência de cada país acaba por conduzir, logicamente, à afinação das suas práticas conforme a família jurídica em que esteja inserido, tornando, conatural aos seus operadores, o reconhecimento e o manejo das rotinas e expressões que lhes conferem o signo. Assim, quando a envolver a linhagem romano-germânica, o trato do texto legal, das fontes do Direito, sua interpretação e a própria normografia são temas conhecidos e dominados, não causando inquietudes ou estranhamentos por parte dos seus operadores, seja na elaboração da norma, como também no interpretar e aplicar o Direito. De maneira idêntica, para os que militam nos sistemas sob a influência anglo-saxônica, a jurisprudência, os precedentes, inclusive quanto ao que lhes constituem o conteúdo, a distinção entre o que estabelece a razão de decidir do que não integra o fundamento jurídico do resultado, suas formas de superação e de aplicação, dentre tantas outras práxis, inserem-se em metodologia corrente e cujos conhecimento e observância são largamente difundidos.

O direito brasileiro, como sabido, é oriundo do sistema romano-germânico, conforme tradição haurida de Portugal. Neste, a lei é a principal fonte de Direito, além de depositária do ideal de justiça e isonomia. Como revela solenemente a proclamação expressa do princípio da igualdade, sendo todos iguais perante a lei, em decorrência da sua abstração e generalidade, deveriam estar garantidos, por parte dos juízes, tratamentos e respostas idênticas àqueles que ostentem a mesma situação fática e jurídica. Ainda que a fórmula deva ser a da *ubi eadem ratio idem jus*<sup>192</sup>, o que se verificava à luz dos códigos processuais civil anteriores era que “[e]ssa relação de causalidade, todavia, fica {ficava} comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem {tinha} o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma”<sup>193</sup>.

De fato, diante da possibilidade conferida a todo julgador de interpretar o texto legal e, neste mister, extrair-lhe, como resultado, a norma, e convindo que cada

---

<sup>192</sup> Expressão latina que no vernáculo significa: “onde as mesmas considerações, o mesmo direito” (NEVES, 1996, p. 577). Vale notar que direito (*jus*) não se confunde com a disposição da lei (*legis dispositio*).

<sup>193</sup> Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil. BRASIL – Código de Processo Civil: anteprojeto, Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 27.

hermeneuta leva consigo também as suas próprias circunstâncias, à moda da clássica passagem de Ortega y Gasset<sup>194</sup>, a mesma literalidade gramatical frequentemente recebe diversas leituras, fazendo ruir a ideia matriz de igualdade. Com efeito, consoante destacou a Comissão de Juristas incumbida pelo Senado Federal de elaborar anteprojeto do que veio a constituir o Código de Processo Civil de 2015<sup>195</sup>:

Se por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Neste contexto, na presente pesquisa, que tem como principal indagação saber se o “direito jurisprudencial”, de acordo com o sistema criado pelo legislador de 2015, coloca-se, através da exigência de uma fundamentação adequada, em sintonia com o “modelo constitucional de processo”, refletindo a própria “interpenetração das civilizações”<sup>196</sup>, trabalha com institutos criados com inspiração no direito estrangeiro, é recomendável, para melhor aproveitamento da leitura, a fixação de alguns conceitos ainda não inteiramente difundidos na comunidade jurídica brasileira. Dessarte, a definição de jurisprudência, precedente, *stare decisis*, *ratio decidendi*, *overruling* e *distinguishing*, parece servir, mais do que para mera recordação ao leitor – que é certamente capaz de elaborar seu próprio conhecimento -, uma retomada de noções introdutórias e úteis para ter-se ao alcance.

### 3.2 – Jurisprudência

A etimologia da palavra jurisprudência, como *cediço*, remete aos termos latinos *iuris* (relativo ao Direito, à lei) e *prudencia* (conhecimento, previsão), tendo a *iurisprudencia* recebido ao longo dos tempos diversos significados, assim como o de ciência do direito ou o de retratar a atividade prática forense, em oposição à teórica. Colhe-se de Ulpiano definição bastante difundida segundo a qual trata-se do “conhecimento das coisas divinas e humanas e a ciência do justo e do injusto”<sup>197</sup>, lição

---

<sup>194</sup> O filósofo espanhol José Ortega y Gasset, analisando a relação do homem com o mundo, cunhou expressão sempre lembrada de que “eu sou eu e minha circunstância, se não salvo a ela, não salvo a mim”. ORTEGA Y GASSET, 1967, p. 47.

<sup>195</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, p. 19.

<sup>196</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, p. 26.

<sup>197</sup> No original: “*divinarum atque humanarum rerum notitia, justae atque injustae scientia*”. (SILVA, , p. 469).

que, além de embasar sua classificação como ciência, explica o porquê, por exemplo, de chamarem-se ainda hoje as faculdades italianas de Direito de “Facoltà di Giurisprudenza”<sup>198</sup>.

Daniel Mitidiero, por seu turno, sustenta que a expressão jurisprudência, tal como normalmente a empregamos, como conjunto de decisões tiradas pelos tribunais, é de origem francesa, distinguindo-se o termo francês “*jurisprudence*”, do alemão “*Jurisprudenz*”, a significar a ciência do direito (*Rechtswissenschaft*), bem como do inglês “*jurisprudence*”, esse revelador do estudo geral ou do estudo filosófico do direito. (MITIDIERO, 2016, p. 81).

Ensina Carlos Maximiliano, que se denomina “*Jurisprudência*, em geral, ao conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de Direito; relativamente a um caso particular, denomina-se *jurisprudência* a decisão constante e uniforme dos tribunais sobre determinado ponto de Direito” (MAXIMILIANO, 2002, p. 144) merecendo, ainda, de Eduardo Cambi e Mateus Fogaça o registro de tratarem-se de “decisões concordantes, proferidas pelos órgãos judiciários de modo reiterado e uniforme, o que lhes dá força persuasiva no sistema jurídico. Assim, resulta do conjunto de decisões judiciais harmônicas em relação a uma mesma questão jurídica” (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 343).

Nota-se das definições acima que o elemento homogeneidade exsurge com destaque, também transparecendo na doutrina de Miguel Reale, para quem “pela palavra ‘jurisprudência’ (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais” (REALE, 2001, p.167).

Cláudia Aparecida Cimardi, contudo, empresta ao termo um significado mais amplo “como conjunto de decisões judiciais resultantes de julgamentos de casos concretos que apresentam o mesmo problema, independentemente de haver conformidade entre seus conteúdos, considerados, portanto, em um estágio anterior ao da homogeneidade” (CIMARDI, 2015, p. 88). Com efeito, encontra-se na obra da doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo a *opinio* segundo a qual a característica da homogeneidade não é elemento da jurisprudência, haja vista que o próprio sistema processual prevê mecanismos para sua uniformização. A falta de uniformidade, nesse passo, seria uma fase natural e anterior

---

<sup>198</sup> No sentido do texto, TUCCI, 2004, pp. 9-10.

ao amadurecimento que as teses necessariamente precisam curtir através do labor da comunidade acadêmica e do próprio Poder Judiciário. (CIMARDI, 2015, p.88).

Contrariamente, pensa-se que a jurisprudência encontra na uniformidade o seu principal pilar, não se formando isoladamente, senão através de seguidas soluções a formarem um padrão. Querer dar a decisões díspares, apenas por tratarem de um mesmo *thema decidendum*, o galardão de constituírem *iurisprudencia*, parece atentar contra a lógica de um sistema que agora e manifestamente deseja primar pela coerência e integridade.

O Código de Processo Civil de 2015 orienta os juízes e tribunais a seguirem a jurisprudência, a menos que logrem demonstrar a sua distinção do caso em apreço ou a própria superação do entendimento<sup>199</sup>. Não parece acaso expressar-se a lei no singular. É que retomando a vetusta senda dos romanos que viam na jurisprudência *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*, como verdadeira lei, admitir um conjunto não homogêneo como apto a constituir *jus novum* seria inviabilizar o intento do legislador processual de hoje. Nem o comando estampado no Código de Processo Civil<sup>200</sup>, a determinar que os tribunais uniformizem a jurisprudência, deve ser tomado como abono para admitir que esta se constitua mesmo através de um conjunto desordenado de decisões. Antes, pelo contrário, a interpretação que parece se deva extrair do texto legal é a de que, sendo – como de fato é - o norte a ser seguido, mecanismos de uniformização da “Jurisprudência”, em sentido amplo, devem servir para extrair-lhe o sumo e, em consequência, elaborar a “jurisprudência”, essa sim constituída por um núcleo uniforme e apta a servir de parâmetro para os órgãos jurisdicionais e, conseqüentemente, para a segurança e previsibilidade dos jurisdicionados. Assumindo embora o acerto dos romanos em considerarem a jurisprudência como fonte criadora do Direito, não se desconhece grassar controvérsia acerca do tema, principiando pelo próprio Justiniano para quem não se devia dar-lhe importância demasiada, *cum non exemplis sed legibus judicandum sit*, “mas, - conforme leciona De Plácido e Silva – a verdade é que a jurisprudência firmada, em sucessivas decisões, vale como *verdadeira lei*.” (SILVA, 1999, p. 469).

---

<sup>199</sup> CPC/2015: Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>200</sup> Art.926, CPC/15.

Vale registrar um desconforto, na quadra atual, com a ideia placitada pelo mesmo Miguel Reale acima citado de que, sendo a mudança nos entendimentos dos tribunais inerente à sua própria natureza, a sua disparidade não deve surpreender o jurista já que:

A jurisprudência é dessas realidades jurídicas que, de certa maneira, surpreendem o homem do povo. O vulgo não compreende nem pode admitir que os tribunais, num dia julguem de uma forma e, pouco depois ou até mesmo num só dia, cheguem a conclusões diversas, em virtude das opiniões divergentes dos magistrados que os compõem. (REALE, 2001, p.171)

Diante da busca pela justiça efetiva e tempestiva, concretizadora da promessa constitucional da razoável duração do processo, a jurisprudência só pode ser entendida como a resultante de um conjunto de decisões que abarque, *in solidum*, um mesmo entendimento. Com toda a razão, pois, Rodolfo de Camargo Mancuso em registro que merece transcrição:

Na experiência brasileira, tirante as *sentenças* e os acórdãos isolados (que não se notabilizem por alguma particularidade relevante, de interesse extra-autos), é a partir desse estágio inicial que começa a delinear a *jurisprudência*, cuja configuração reclama a gradual formação de uma coleção de acórdãos harmônicos sobre uma dada questão jurídica, ao interno de um Tribunal, ou por vezes até de uma Justiça (neste último caso, por exemplo, pode-se falar na *jurisprudência* do TST acerca dos pressupostos para a configuração da relação de emprego no caso dos empregados domésticos). Assim, o sentido mais fecundo e preciso do vocábulo *jurisprudência* conecta-se, não tanto ou não exclusivamente à ideia do precedente em si, mas a um *plus* que aí se agrega, qual seja a reiteração de acórdãos alinhados sob uma mesma exegese, acerca de uma dada *quaestio iuris*; até porque, é a partir desse ponto que se pode alcançar o objetivo maior, qual seja a *uniformização* do entendimento pretoriano, capaz de assegurar o tratamento isonômico aos casos análogos. Com isso se atenderá à exigência da igualdade de todos perante a lei, a qual, como antes dito, não pode se confinar somente à lei enquanto posta abstratamente no ordenamento (a norma *legislada*), mas deve também preservar tal isonomia quando a lei vem aplicada nas lides judiciais: a norma *judicada*. (MANCUSO, 2014, p. 133).

Sendo o Direito mais do que um conjunto de regras técnicas destinadas a normatizar a sociedade, mas também vetor a impulsionar o homem em direção ao progresso, novas necessidades impõem regras revigoradas para atender as vicissitudes da vida, tornando, pois, natural a sua própria transformação. Dito câmbio não deve ser entendido como uma degeneração, antes e dêns que atendidos os princípios gerais, trata-se da correta sintonia com a realidade e suas exigências, não se devendo confundir normas universais e abstratas, como são os princípios, com preceitos particulares, alteráveis conforme as exigências especiais de cada época, de cada necessidade social,

de cada fase.<sup>201</sup> Assim, falar em jurisprudência uniforme e estável não significa impor-lhe uma camisa de força, mas apenas orientar para que essa sirva ao propósito de concretizar o princípio da segurança, aqui adjetivada de jurídica. Caso transformem-se os fatos da vida, ou mesmo eles não se amoldando nos que encontrados no caso a ser examinado e resolvido, cabe a alteração, a superação ou a distinção de entendimento anteriormente fixado, tudo carecendo de devida fundamentação, não havendo entender-se pela petrificação do Direito. Assim como a vida muda, igualmente pode e deve acompanhar-lhe o Direito, respeitando-se, contudo, e sempre, o ideal de previsibilidade e não surpresa.

Outro ponto digno de nota é saber se as decisões vocacionadas a constituírem jurisprudência devem ser tiradas de tribunais, colegiadamente, ou se aquelas monocráticas também possuem categoria para tanto. Ainda que o voto de Cláudia Maria Cimardi seja a de que as decisões monocráticas proferidas por juízes integrantes de tribunais tenham aptidão para integrarem a jurisprudência, considerando a existência de hipóteses nas quais a lei autoriza que o relator exerça os mesmos poderes que o órgão a que integra, muitas vezes exatamente por já haver jurisprudência acerca da matéria<sup>202</sup>, a maioria da doutrina encontra nas decisões colegiadas a estufa na qual há de germinar a jurisprudência<sup>203</sup>. Esta, aliás, a posição ostentada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>204</sup>, cuja citação das ementas calha como bom repertório para demonstrar uma jurisprudência “consolidada” acerca de tema naquele tribunal. Confirmam-se, pois, os sucessivos e coerentes julgados, conforme abaixo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE DECISÃO MONOCRÁTICA COMO PARADIGMA EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

Não é possível a utilização de decisão monocrática como paradigma em embargos de divergência para comprovação do dissídio jurisprudencial, ainda que naquela decisão se tenha analisado o mérito da questão controvertida. (...).<sup>205</sup>

<sup>201</sup> No sentido do texto, RÁO, 1999, p.46.

<sup>202</sup> CIMARDI, 2015, p. 89.

<sup>203</sup> Veja-se, por todos, MANCUSO, 2014, p. 116.

<sup>204</sup> Os julgados abaixo constam da lista fornecida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, dentro da funcionalidade oferecida no sítio desta Corte de Justiça sob a rubrica “Pesquisa Pronta”, tendo por critério de pesquisa: “Decisões monocráticas como paradigma para demonstração de divergência jurisprudencial”.

Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisa\\_pronta/toc.jsp?materia=%27DIREITO+PROCESSUAL+CIVIL%27.mat.&b=TEMA&p=true&t=&l=50&i=51&ordem=MAT,TIT](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisa_pronta/toc.jsp?materia=%27DIREITO+PROCESSUAL+CIVIL%27.mat.&b=TEMA&p=true&t=&l=50&i=51&ordem=MAT,TIT) . Acesso em: 23/06/16.

<sup>205</sup> AgRg nos EAREsp 154.021-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 13/3/2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=014138>. Acesso em: 20/06/16.

E:

RCL. DECISÃO MONOCRÁTICA.

A reclamação lastreada na Resolução n. 12/2009-STJ insurgia-se contra decisões monocráticas de juiz da turma recursal do juizado especial estadual. Assim, mostra-se incabível o recurso, pois essa reclamação destina-se a dirimir divergência entre acórdão da turma recursal estadual e a jurisprudência do STJ. Precedente citado do STF: EDcl no RE 571.572-BA, DJe 14/9/2009.<sup>206</sup>

E mais:

RESP. COMPROVAÇÃO. DIVERGÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA.

Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, concluiu que a decisão monocrática não se presta para demonstrar o dissídio jurisprudencial com o acórdão recorrido, quando da admissibilidade do recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, c da CF/1988, mesmo que a matéria em julgamento seja notória.<sup>207</sup>

Some-se outrossim:

ERESP. PARADIGMA. ÓRGÃO COLEGIADO.

Prosseguindo o julgamento, a Seção, por maioria, decidiu que a decisão monocrática de Relator, mesmo proferida em recurso especial, não se presta como paradigma nos embargos de divergência. Para que seja caracterizada a divergência, as decisões confrontadas devem ser proferidas em recurso especial por órgão colegiado.<sup>208</sup>

Discutir se a jurisprudência é fonte ou não de direito é tarefa à qual sempre se lançaram os estudiosos. Já desde a Revolução Francesa era posta a questão acerca da possibilidade de os juízes interpretarem a lei a fim de decidirem os casos que lhes acudissem, sendo certo que para Montesquieu os juízes deveriam ser nada mais do que “a boca que pronuncia as palavras da lei” (MONTESQUIEU, 1998, p.178), entendimento que influenciou o legislador revolucionário francês, para além de prever que sempre que houvesse necessidade de interpretar uma lei os tribunais deveriam socorrer-se do corpo legislativo, estabelecer a *Cour de Cassation*, destinada a cassar a decisão judicial que a tivesse erradamente interpretado, prevendo-se, ainda, que se após duas cassações um terceiro tribunal insistisse em decidir no mesmo sentido dos que lhe

---

<sup>206</sup> AgRg na Rcl 5.598-TO, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 25/5/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=012595>. Acesso em: 20/06/16.

<sup>207</sup> AgRg no REsp 470.164-RS, Rel. originário Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. para acórdão Min. Fernando Gonçalves, julgado em 9/9/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=004194>. Acesso em: 20/06/16.

<sup>208</sup> EREsp 217.477-SC, Rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 29/5/2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=002132>. Acesso em: 20/06/16.

antecederam, a Corte de Cassação deveria submeter a matéria ao Corpo Legislativo que, a elaborar uma lei interpretativa, vincularia os juízes.<sup>209</sup>

A jurisprudência veio ganhando autoridade, especialmente porque, consoante demonstra a experiência, os tribunais e juízes, não sem a crítica de juristas que encontram na lei o exclusivismo de fonte imediata ou formal de direito, acatam, em geral, as decisões dos Tribunais Superiores, que devem ser sempre e necessariamente fundamentadas, conferindo-lhes, uma “força de facto” (GILISSEN, 1995, p. 507). Deveras, o Juiz abandonou a postura de simples arauto da lei, meramente pronunciando-lhe as palavras, assumindo por inteiro as funções jurisdicionais, até porque a Hermenêutica lhe conferiu largos poderes na pesquisa do Direito, autoridade que foi placitada pela legislação, seja colocando a todos sujeitos ao julgamento pelo Poder Judiciário<sup>210</sup>, como também e destacadamente, cometendo-lhe a elevada tarefa de guardar as leis e a própria Constituição<sup>211</sup>, controlando a compatibilidade de qualquer lei ou ato normativo com o Magno Texto<sup>212</sup>.

O Presidente Roosevelt, aliás, embora não fosse jurista, bem captou a aptidão dos juízes para direcionarem o processo de criação das leis, já que, segundo afirmou, quando interpretam, assim os contratos, as propriedades, os direitos adquiridos, o devido processo legal e a liberdade, aplicam suas filosofias econômica e social e, diante da autoridade que lhes notabiliza, talvez se convertam nos principais legisladores do país<sup>213</sup>.

---

<sup>209</sup> No sentido do texto, GILISSEN, 1995, p. 505.

<sup>210</sup> Constituição da República de 1988: art. 5º, XXXV.

<sup>211</sup> Constituição da República de 1988: arts. 93 a 125.

<sup>212</sup> Neste sentido, notas e introdução de Pedro Vieira Mota à obra *O Espírito das Leis*, de Monstequieu. (MONTESQUIEU, 1998, p. 55).

<sup>213</sup> Na conformidade das suas próprias palavras, quando da mensagem ao Congresso dos Estados Unidos, em 08 de Dezembro de 1908: “*The chief lawmakers in our country may be, and often are, the judges, because they are the final seat of authority. Every time they interpret contract, property, vested rights, due process of law, liberty, they necessarily enact into law parts of a system of social philosophy, and as such interpretation is fundamental, they give direction to all law-making. The decisions of the courts on economic and social questions depend upon their economic and social philosophy; and for the peaceful progress of our people during the twentieth century we shall owe most to those judges who hold to a twentieth century economic and social philosophy and not to a long outgrown philosophy, which was itself the product of primitive economic conditions. Of course a judge's views on progressive social philosophy are entirely second in importance to his possession of a high and fine character; which means the possession of such elementary virtues as honesty, courage, and fair-mindedness. The judge who owes his election to pandering to demagogic sentiments or class hatreds and prejudices, and the judge who owes either his election or his appointment to the money or the favor of a great corporation, are alike unworthy to sit on the bench, are alike traitors to the people; and no profundity of legal learning, or correctness of abstract conviction on questions of public policy, can serve as an offset to such shortcomings. But it is also true that judges, like executives and legislators, should hold sound views on the questions of public policy which are of vital interest to the people*”. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29549>. Acesso em: 25/06/16.

No Brasil, a jurisprudência, conforme mais abaixo se demonstrará, vem sendo paulatinamente entronizada como fonte do direito. Se ainda é na lei que se busca a norma a ser aplicada, também é certo que o “direito jurisprudencial” passa a integrar o chamado “ordenamento jurídico”, sendo, assim, apto a orientar as decisões de juízes e tribunais, tudo segundo a chave da fundamentação adequada através da qual o julgador demonstrará as razões pelas quais a jurisprudência acerca de determinada matéria foi ou não observada<sup>214</sup>. Deveras, embora este tema não caiba nos limites desta pesquisa, vale destacar a observação de Daniel Mitidiero para quem:

É importante perceber que o Novo Código, ao introduzir o conceito de precedentes e ressignificar os conceitos de jurisprudência e de súmula, rigorosamente não está tratando de matéria atinente exclusivamente ao direito processual civil. Na verdade, está cuidando de conceitos ligados à teoria geral do direito, especificamente concernentes à teoria da norma – que por essa razão são transsetoriais, servindo a todo o ordenamento jurídico brasileiro. Vale dizer: os arts. 489, §1º, V e VI, 926 e 927, do CPC, são normas gerais que devem guiar a interpretação e aplicação do direito no Brasil como um todo. É por essa razão que esses conceitos impõem uma reconstrução da nossa ordem jurídica no plano das fontes e devem ser analiticamente trabalhados. (MITIDIERO, 2016, pp. 103-104).

Dentro dessa estrutura, o juiz deve aplicar o ordenamento jurídico, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, fundado no resguardo e na promoção da dignidade da pessoa humana, orientado pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência<sup>215</sup>.

### 3.3 - Precedente

Precedente, o próprio termo o revela, trata de algo que veio antes, ocorrido no passado, é dizer, um fato anterior a outro. Precedente, em ambiente decisional, é, pois, um fato que funciona como um exemplo, serve de referência para a solução de um caso parecido.

Tratando a Jurisdição de uma atividade através da qual o juiz aplica os princípios constitucionais, destacadamente o da igualdade e o da segurança, a decisão passada

---

<sup>214</sup> Art.489, §1º, CPC/15. Com efeito, diante da possibilidade da decisão integrar a cadeia que formará a jurisprudência acerca de determinada questão de direito, e sendo essa orientada para replicar-se, a abertura à participação da sociedade é essencial para conferir-lhe legitimidade. Nesse passo, em complemento das previsões legais anteriores, o art. 138, CPC/15, cria a oportunidade de manifestação de pessoa natural ou jurídica que, ostentando interesse na causa devido à sua importância social, apresente legitimidade adequada para contribuir para o debate judicial, pluralizando-o e, em consequência, criando possibilidade para a sua legitimação.

<sup>215</sup> É o que ressay dos comandos dos arts.8º e 140, ambos do CPC/15.

deve ser replicada para os casos idênticos ou semelhantes, que venham a ser examinados. Neste sentido, é que se fala de precedente judicial.

Precedente e jurisprudência, em linguagem leiga, normalmente são tratados como fungíveis. Porém, em sentido técnico, assim não é, antes havendo notável diferença, seja quantitativa como também qualitativa, entre eles.

Em termos quantitativos, a Jurisprudência é formada por um conjunto, por vezes caudaloso, de decisões reiteradas em um mesmo sentido, envolvendo variados casos concretos. Nos sistemas em que se utiliza a jurisprudência, é comum, seja para persuadir, seja para impressionar, a citação de diversas e múltiplas decisões, não ficando claro, necessariamente, em qual delas há de encontrar-se a pedra de toque para o deslinde da causa. Não se analisam os fatos, sequer, portanto, se os comparam no bojo das diversas decisões colacionadas, já que essas acabam por constituir formulações que têm por objeto regras jurídicas, elaboradas de maneira bastante sintética. A utilização da jurisprudência é feita à maneira das normas já que, conforme Michele Taruffo:

(...) em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral. (TARUFFO, 2011, p. 143).

Para constituir um precedente, ao contrário, basta apenas uma solução de um caso em particular a qual, ao analisar os fatos, o juiz reconhece e abona os seus fundamentos como hábeis a serem aplicados também no caso que lhe sucede. Realmente, sendo uma decisão proferida no passado, o precedente compreende duas partes destacadas e compostas respectivamente pelas circunstâncias de fato que aparecem na controvérsia e a tese jurídica exposta na motivação como as razões de decidir<sup>216</sup>.

Qualitativamente, distinguem-se, por igual, os dois termos. Sendo a jurisprudência composta por uma pluralidade de decisões, é comum que a quantidade condicione a qualidade e diante do elevado número de decisões, a uniformidade, estabilidade, coerência e integridade fiquem comprometidas. Trata-se por certo de uma degeneração que conduz, para além de um estado de insegurança, o seu uso a constituir-se em tarefa difícil e complicada, agregando-lhe adjetivos como os de jurisprudência conforme, prevalente, incerta ou mesmo caótica. Já o precedente, porque formado em ambiente no qual o sistema em que é adotado prevê, em geral, um número

---

<sup>216</sup> No sentido do texto, TUCCI, 2004, p. 12.

reduzidíssimo de casos, é constituído de forma artesanal e, portanto, com muito mais cuidado e atenção. Eis o porquê de encontrar-se em Michele Taruffo a seguinte anotação:

Estes problemas não existem, ou surgem apenas em pouquíssimos casos limites, nos ordenamentos que são de fato fundados sobre o uso do precedente. A explicar esta diferença basta um dado: atualmente a House of Lords pronuncia em média menos de 100 sentenças ao ano, enquanto a Corte Suprema dos Estados Unidos, que é também juiz de constitucionalidade, pronuncia menos de 200. A nossa Corte de Cassação pronuncia em média cerca de 50.000 sentenças ao ano. (TARUFFO, 2011, p. 145).

O Direito caracteristicamente olha para trás, constituindo faceta que lhe empresta signo distintivo das demais formas de políticas públicas, que estão vocacionadas para projetarem-se no futuro. Em realidade, pode-se afirmar que as decisões judiciais são bifrontes: ao mesmo tempo que se voltam para o ontem, desdobram-se no amanhã. A própria ideia de “precedentes” conecta-se com esta dualidade, já que revela que juízes e tribunais devem observar no hoje e no agora as decisões pretéritas, soluções que também, adiante, serão consequentes.

Pela observação, revelam-se duas classes de precedentes: a vertical e a horizontal. O precedente vertical é aquele que se estabelece entre jurisdições de diferentes instâncias, refletindo uma verdadeira “cadeia de comando”. Assim, de uma corte de menor hierarquia na estrutura do Poder Judiciário espera-se acatamento ao quanto já decidido pelas que lhe são sobranceiras. Já cuidando-se do precedente horizontal, a relação de hierarquia e subordinação trava-se cronologicamente, isto é, o mesmo tribunal obedece o precedente apenas em respeito à anterioridade e para manter-se conforme as coisas já decididas. Tal a doutrina do *stare decisis*: o tribunal deve respeitar as suas próprias decisões passadas, ainda que tenha sido alterada a sua composição ou mesmo que o entendimento deixe de ser comungado pelo colegiado<sup>217</sup>.

Conforme a experiência ordinária e o próprio senso comum demonstram, o passado ensina. Decidido um caso, referida decisão pode, por si mesma, convencer da sua correção. Assim espera-se seja o resultado da própria fundamentação, afinal, ao apresentar o passo lógico percorrido, o juiz, para além de dar cobro ao comando constitucional<sup>218</sup>, vero direito fundamental, também deve demonstrar o acerto de sua decisão.

---

<sup>217</sup> No sentido do texto: SCHAUER, 2012, pp.36-38. Normalmente, conforme adiante se verá, o termo *stare decisis* abarca tanto os precedentes vertical como o horizontal.

<sup>218</sup> Art. 93, IX, da Constituição da República de 1988.

Aprender com o passado e raciocinar utilizando-se as suas conclusões, contudo, não significa necessariamente trabalhar com base em precedentes, sendo certo que operar com fulcro neles é segui-los apenas em razão da qualidade que ostentam, seja como decisões anteriores ou porque havidas de um tribunal superior<sup>219</sup>. Neste sentido, assinala Estefânia Maria Barboza, enfaticamente, que “[p]ara que a aplicação da decisão anterior seja considerada o cumprimento da regra do *stare decisis*<sup>220</sup>, a decisão anterior deve ser seguida porque é uma decisão anterior, e por nenhum outro motivo” (BARBOZA, 2014, p. 208).

Destarte, por exemplo, em *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, a Suprema Corte de Nova Jersey, julgando pedido de indenização pelos danos causados a *Helen Henningsen* quando dirigia um automóvel *Plymouth*, de fabricação da *Chrysler Corporation*, que lhe fora adquirido por seu marido *Claus Henningsen*, na concessionária *Bloomfield Motors, Inc.*, baseado especialmente na quebra de garantias inerentes a estes tipos de contrato, considerou que, na indústria automobilística, os fabricantes eram, além de numericamente poucos, tão fortes na posição de barganha que não havia liberdade para negociação, de forma que a renúncia por parte do consumidor das garantias contratuais usuais, mesmo expressa e assinada, era inválida<sup>221</sup>. Caso um outro juiz, de tribunal de Estado distinto, tomando conhecimento do caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, fique convencido da justiça da decisão e, portanto, passe a decidir, ainda que citando-o, que existem casos nos quais a renúncia à responsabilidade contratual envolvendo consumo de massa deve ser desconsiderada, mesmo sem fraude ou outro fundamento, porque aprendeu com esta decisão, assim como poderia ter aprendido com um professor, um livro ou mesmo em uma conversa em um fórum de debates, tal não constitui raciocínio com base em precedentes.

---

<sup>219</sup> No sentido do texto, SCHAUER, 2012, p. 40.

<sup>220</sup> Veja-se, adiante, acerca do *stare decisis*.

<sup>221</sup> Registra-se da decisão o seguinte excerto: “*The task of the judiciary is to administer the spirit as well as the letter of the law. On issues such as the present one, part of that burden is to protect the ordinary man against the loss of important rights through what, in effect, is the unilateral act of the manufacturer. The status of the automobile industry is unique. Manufacturers are few in number and strong in bargaining position. In the matter of warranties on the sale of their products, the Automotive Manufacturers Association has enabled them to present a united front. From the standpoint of the purchaser, there can be no arms length negotiating on the subject. Because his capacity for bargaining is so grossly unequal, the inexorable conclusion which follows is that he is not permitted to bargain at all. He must take or leave the automobile on the warranty terms dictated by the maker. He cannot turn to a competitor for better security. (...) We conclude that the disclaimer of an implied warranty of merchantability by the dealer, as well as the attempted elimination of all obligations other than replacement of defective parts, are violative of public policy and void.*” *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* 161 A.2d 69 (N.J. May 09, 1960). Disponível em <https://h2o.law.harvard.edu/collages/3787#p121>. Acesso em: 23/06/16.

De outra mirada, e ainda trabalhando com o caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, na hipótese de um outro juiz de Nova Jersey aplicá-lo, embora convencido de que cláusulas contratuais expressas e assinadas, isentas de qualquer conduta fraudulenta, devam ser aplicadas à moda do *pacta sunt servanda*, e entendendo também ter sido desfocada a discussão acerca da proteção ao consumidor, e, portanto, equivocada a solução do Tribunal, isso consiste em operar com precedentes. O julgador está obrigado, no contexto do precedente vertical e na condição de juiz de primeira instância em Nova Jersey, a seguir a orientação da Corte que integra.

O mesmo ocorre no trato do precedente horizontal, no qual os integrantes de um mesmo Tribunal aplicam-no, mesmo que entendam a solução anterior como equivocada, apenas e unicamente por homenagearem a força de um precedente. Assim, tome-se por base o caso *Roe v. Wade*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao reconhecer que o direito da mulher abortar insere-se no direito à privacidade, como já reconhecido em *Griswold v. Connecticut*, e protegido pela Décima Quarta Emenda, estabeleceu para a mulher uma autonomia total no primeiro trimestre de gravidez, inclusive para abortar, decisão que acabou por afetar as legislações de quarenta e seis estados<sup>222</sup>. Mesmo que os integrantes atuais da Corte entendam pelo equívoco da decisão, eles devem aplicá-la.

De fato, em recente decisão no caso *Whole Woman's Health v. Hellersted*<sup>223</sup>, a Suprema Corte americana declarou a inconstitucionalidade da legislação texana que, ao propósito de regular o funcionamento das clínicas de aborto, lhes exigia centros cirúrgicos no mesmo padrão de estrutura e equipamentos de hospitais, além da presença de médicos vinculados a nosocômios próximos. Entendeu-se que referidas imposições constituem empecilhos ao procedimento, em desconformidade com o que já decidido anteriormente, tendo sido *Roe v. Wade* efetivamente lembrado pelo Juiz Breyer, ao elaborar o acórdão em nome da Corte<sup>224</sup>:

We begin with the standard, as described in *Casey*. We recognize that the “State has a legitimate interest in seeing to it that abortion, like any other medical procedure, is performed under circumstances that insure maximum safety for the patient.” *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 150 (1973). But, we added, “a statute which, while furthering [a] valid state interest, has the effect of placing a substantial obstacle in the path of a

---

<sup>222</sup> Para uma análise do caso *Roe v. Wade*, consulte-se: "*Roe v. Wade*." Oyez. Chicago-Kent College of Law at Illinois Tech, n.d. Jun 24, 2016. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1971/70-18>. Acesso em: 23/06/16.

<sup>223</sup> *Whole Woman's Health v. Hellersted*, 579 U.S. 15, 274, 2016. Decisão de 27 de Junho de 2016.

<sup>224</sup> Decisão disponível em: [http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-274\\_p8k0.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-274_p8k0.pdf). Acesso em: 29/06/16.

woman's choice cannot be considered a permissible means of serving its legitimate ends." *Casey*, 505 U. S., at 877 (plurality opinion). Moreover, "[u]nnecessary health regulations that have the purpose or effect of presenting a substantial obstacle to a woman seeking an abortion impose an undue burden on the right." *Id.*, at 878.<sup>225</sup>

Justificar a aplicação de precedente vertical, independentemente de o julgador comungar com ele ou não, é trabalhar com a ideia de "cadeia de comando", à moda do que ocorre, dentre outros casos, entre pais e filhos ou superiores e subordinados, já que, neste caso, juízes e tribunais inferiores obedecem às orientações dos que lhes são sobranceiros, como uma versão dentro da estrutura judiciária do que ocorre normalmente na maioria das instituições, sejam elas públicas ou privadas.

Nem a alegação de que a independência dos juízes fica comprometida quando obrigados a decidirem com base nos tribunais superiores parece capaz de mitigar a correção deste sistema. O juiz é peça fundamental de uma estrutura única, integrante de um Poder do Estado e, portanto, detentor do dever perante o cidadão de guardar a coerência do ordenamento jurídico, além de promover e garantir a credibilidade do Poder Judiciário. Sustentar que a sua decisão pode estar desconforme com o entendimento dos tribunais superiores em tributo à liberdade de julgar é incentivar que seja a decisão de primeiro grau menosprezada pelos jurisdicionados, impulsionando-os a buscarem, através de recursos, outras instâncias, atentando-se, em consequência, flagrantemente contra os direitos fundamentais da tutela tempestiva e efetiva.<sup>226</sup>

Se explicar e defender os precedentes verticais é tarefa facilitada pelo manejo da lógica, o mesmo já não parece ocorrer quando se cuida dos horizontais. É que justificar a circunstância de um tribunal ter a obrigação de seguir os seus próprios precedentes, ainda que esteja convencido de erro manifesto, apenas em razão de assim já se ter decidido no passado, não soa razoável, pelo menos sem uma reflexão um pouco mais cuidadosa. De fato, não se espera, no cotidiano da vida, que sejam seguidas determinadas decisões somente porque estão conformes com o que ocorreu no passado,

---

<sup>225</sup> Em vernáculo: "Nos baseamos no princípio, conforme descrito em *Casey*. Nós reconhecemos que o 'Estado tem um interesse legítimo em garantir que aborto, assim como qualquer outro procedimento médico, seja realizado em circunstâncias que garantam o máximo de segurança para o paciente.' *Roe v Wade*, 410 U. S. 113, 150 (1973). Mas, acrescentamos, 'uma lei que, mesmo buscando um interesse estatal válido, produza o efeito de colocar um obstáculo substancial à opção de escolha de uma mulher não pode ser considerado um meio admissível para atender aos seus fins legítimos.' *Casey*, 505 US, em 877 (opinião não unânime). Adicionalmente, 'os regulamentos de saúde desnecessários que têm como objetivo ou efeito colocar um obstáculo substancial para uma mulher que procura o aborto podem impor empecilhos indevidos ao direito.' *Id.*, em 878."

<sup>226</sup> Conforme o texto: MARINONI, 2013, p. 63.

como por exemplo, não se imagina que cada chefe de executivo, logrando suceder outro através de eleição, mantenha os mesmos programas de governo e idênticas políticas públicas; que as legislaturas não possam inovar, editando leis que alterem as anteriores ou mesmo que ciência não chegue à conclusões distintas de outros experimentos já realizados. Porém, tomando-se por base que o Direito deve promover valores como os da segurança, previsibilidade e coerência, a tarefa acaba tornando-se mais palatável.

Também sob o critério utilitarista, a opção por manterem-se as coisas como anteriormente decididas, segundo a lógica do *stare decisis*, é vetor de otimização cognitiva e, portanto, decisória. Já Benjamin Cardozo, ao seu tempo, reconhecendo a acesa discussão acerca da conveniência de abolir-se a adesão ao precedente, posicionou-se por um critério de regra e exceção. Para o conhecido membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, de ordinário, deve-se aplicar o precedente, diante do absurdo que seria admitir que mudanças na composição dos tribunais, ou mesmo ocasionalmente na participação dos seus integrantes nas sessões, pudessem ser acompanhadas por alterações de entendimentos, advertindo, ainda, que “o trabalho dos juízes aumentaria de maneira quase comprometedor se toda decisão passada pudesse ser reaberta em cada causa e não se pudesse assentar a própria fiada de tijolos sobre o alicerce sólido das fiadas assentadas pelos que vieram antes.” (CARDOZO, 2004, pp.110-111).

Aplicar precedentes, contudo, costuma trazer a dificuldade de saber-se exatamente o quê é importante em cada caso concreto e, portanto, qual será a regra de decisão a ser replicada. Quando está-se diante de casos exemplares, a tarefa é mais simples, como seria, por exemplo, um processo na Suprema Corte americana discutindo acerca da possibilidade de uma legislação estadual dispor sobre a realização de aborto, situação que certamente atrairia a incidência do precedente construído em *Roe v. Wade*, assim como um caso tramitando em Nova Jersey envolvendo a higidez de cláusula de renúncia expressa às garantias do consumidor em contrato de consumo firmado entre consumidor e concessionária de automóveis teria em *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, o padrão a ser debatido. Porém, como na vida prática não existem duas ocorrências idênticas, detectar o precedente relevante e a sua razão de decidir, em cada caso, pode consistir tarefa complexa<sup>227</sup>.

---

<sup>227</sup> Assim: SCHAUER, 2012, p. 45.

Quando se trabalha com a lógica do *stare decisis*, diante de um caso a ser decidido, surgem duas questões: a primeira é saber se há alguma decisão pretérita que, por envolver situação semelhante, deva ser tratada como precedente relevante e a segunda envolve identificar o sentido do caso anterior e sua repercussão na decisão agora a ser tomada<sup>228</sup>.

Conforme ilustra Frederick Schauer com o caso *Raffles v. Wichelhaus*, no qual a Corte do *Exchequer*, um já extinto órgão jurisdicional superior na Inglaterra, decidindo acerca de uma controvérsia na qual determinado comprador adquiriu o carregamento de algodão transportado por um navio chamado *Peerless*, mas acreditando o vendedor estar negociando a mesma espécie de mercadoria mas que estava sendo transportada por um outro navio que, coincidentemente, detinha o mesmo batismo, firmou entendimento de que, em tal situação, não há acordo de vontades. Tal solução, não é de ser alterada em casos seguintes apenas por modificarem-se aspectos circunstanciais de menor importância, como, exemplificativamente, o navio chamar-se *Excelsior*, a ocorrência se der em Londres, ou outra cidade como Liverpool, ou ainda o carregamento ser de chá ao invés de algodão. Porém nem sempre as coisas revelam-se tão simples<sup>229</sup>.

E exatamente em razão do caso precedente funcionar como baliza não unicamente para situações mais ou menos idênticas, mas também para casos que venham a envolver fatos similares, é que o Tribunal, ao julgar, normalmente expõe os fatos materiais da causa, seu resultado e o porquê chegou aquela decisão específica. Neste contexto, vale ressaltar, é o próprio tribunal que elucida o que constitui a razão de decidir naquele caso, atitude que desonera o seu leitor de extrair do julgado o que servirá de precedente.

A extração dos fundamentos da decisão, vale destacar, é muito mais relevante na Grã-Bretanha e em outros países da *Commonwealth*, já que nestes países, assim como no Brasil e diferentemente da prática estadunidense, inexistente determinação de que o tribunal elabore uma única decisão majoritária ou uma decisão em nome da Corte como um todo. Como cada juiz que participa do julgamento apresenta suas próprias conclusões e o resultado final é aquele obtido pela maioria, fica difícil determinar o quê de fato obteve o assentimento da maioria uma vez que, em um sistema deste jaez, participando do julgamento por exemplo três juizes, um deles pode decidir a favor do

---

<sup>228</sup> Por todos, veja-se, SCHAUER, 2012, p. 45.

<sup>229</sup> SCHAUER, 2012, p. 45.

autor pelos motivos 1, 2 e 3; o outro pelos motivos 1, 4 e 5, e o terceiro pode dar razão ao réu, hipótese em que, sendo 1 a única razão compartilhada pela maioria dos juízes, esta constitui-se na razão de decidir<sup>230</sup>.

### 3.4 – *Stare Decisis*

A teoria do *stare decisis* recebe este batismo de um fragmento da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*<sup>231</sup>. Trata-se, conforme anunciado pela própria designação, de um sistema no qual as decisões proferidas pelos Tribunais devem ser mantidas, tornando-se estáveis e aplicadas nas demais situações juridicamente semelhantes, em tributo, destacadamente, à segurança jurídica, à estabilidade das relações jurídicas, à previsibilidade e à isonomia.

Costuma-se associar o *common law* tanto ao *stare decisis*, assim como à doutrina dos precedentes. Porém, tratam-se de coisas distintas e que também não necessariamente se implicam. “Ora - anota Luiz Guilherme Marinoni –, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento do *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rule of precedent*.” (MARINONI, 2013, p. 31). Com efeito, o *common law*, além de firmar-se séculos antes destas outras doutrinas, inclusive, não contava inicialmente com qualquer regra ou princípio a regular a utilização dos precedentes, sendo certo que a disseminação de sua autoridade, seja a vinculante ou mesmo a persuasória, além dos conceitos que lhes notabilizam, como o da *ratio decidendi*, são muito mais recentes<sup>232</sup>.

O sistema do *stare decisis*, ao escorar-se reconhecidamente no valor da estabilidade, conduz os próprios órgãos que firmam o precedente para a apreciação racional do caso presente à vista do pretérito, propiciando-lhes, assim, um signo de fixidez relevante, por tratarem-se de decisões dos Tribunais. Já a utilização de precedentes judiciais, volta-se para os tribunais e juízes de menor hierarquia e consiste na necessária vinculação ao que já decidido pelas instâncias sobranceiras, ainda que não se comungue das suas conclusões. Nesse passo, vale registrar, distinguem-se, respectivamente, a hierarquia vertical -*stare decisis* -, da horizontal – regra dos precedentes<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> No sentido do texto, SCHAUER, 2012, p. 53.

<sup>231</sup> Em vernáculo: “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”. Tal expressão denota que se deve concordar com os casos já decididos ou, pelo menos, aderir a eles.

<sup>232</sup> Por todos: MARINONI, 2013, p. 31.

<sup>233</sup> Identicamente para Michael J. Gerhardt: “(...) I use the terms *stare decisis*, which is the Latin phrase for ‘to stand by things decided.’ This phrase is popular among lawyers. They use it as a shorthand for either the Court’s basic respect for its prior decisions or the basic principle that legal reasoning should be

Consoante anota Hermes Zaneti Jr., contudo:

Muito embora a regra do *stare decisis* não se confunda com a teoria dos precedentes, uma teoria dos precedentes somente é possível quando existir uma regra de *stare decisis*. Isto ocorre porque uma teoria dos precedentes exige a vinculação normativa entre o que foi decidido no momento passado – caso-precedente – e o que está sendo decidido no momento presente – caso-atual -, vinculação esta que deve ultrapassar a hierarquia vertical e atingir também a hierarquia horizontal com *ônus argumentativo* forte em prol dos precedentes. (ZANETI, 2016, p. 314)<sup>234</sup>.

Destarte, como o sistema do *common law*, ao se esteiar na doutrina do *stare decisis*, sempre se norteou pelas decisões já dadas aos casos, ou seja, nos seus julgamentos, é correto afirmar que o *stare decisis* ou o sistema de precedentes do *common law* é um sistema de casos (*case law*)<sup>235</sup>.

Para a consolidação de um modelo à moda do *stare decisis* é necessária uma organização judiciária institucionalizada, na qual juízes e tribunais estejam conformados por um organograma que estabeleça uma hierarquia jurisdicional. Condição necessária, mas não suficiente. Adicionalmente, um sistema eficiente de publicação e divulgação das decisões, de forma a permitir que, nos casos futuros, o repertório de conteúdos seja acessado e replicado faz-se imperioso. Tudo somado, estrutura hierarquizada e registro público e oficializado do quanto decidido, está pavimentado o caminho para os precedentes judiciais adquirirem, assim, um valor normativo apto a garantir-lhes a observância nos casos sucessivos que ostentem as mesmas circunstâncias de fato e de direito.

Sintomaticamente, aliás, o legislador processual brasileiro de 2015, cometeu aos tribunais organizarem os seus precedentes por questão jurídica, com registro dos seus fundamentos determinantes e dispositivos normativos relacionados, dando-lhes publicidade, o que começa a ser seguido pelo Poder Judiciário nacional <sup>236</sup>.

---

consistent with judicial precedent.” Em vernáculo: “(...) Utilizo os termos *stare decisis*, que é a expressão latina para manter as coisas como decididas. Esta frase é popular entre advogados. Eles utilizam-na como a significar tanto o respeito básico do Tribunal pelas suas próprias decisões anteriores quanto para o princípio básico de que o raciocínio jurídico deve ser consistente com o precedente judicial.” (GERHARDT, 2011, p.8).

<sup>234</sup> Da mesma forma anota Luiz Guilherme Marinoni: “Mas, mesmo sendo certo que o *stare decisis* não é necessário para a existência do sistema de direito material nem para o funcionamento do sistema de distribuição de justiça, alguém poderia dizer que ele é indispensável no *common law* sob o argumento de que aí as decisões judiciais estabelecem o direito não edificado pelo legislativo.” (MARINONI, 2013, p. 33).

<sup>235</sup> No sentido do texto: MARINONI, 2013, p. 243.

<sup>236</sup> CPC/15: Art. 927 - Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (...) Art. 979. 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. § 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas

Considerando-se, ainda, a existência da estrutura básica do sistema judiciário brasileiro, no perfil determinado pelo art. 92 da Constituição da República de 1988, que prevê como órgãos do Poder Judiciário, a) o Supremo Tribunal Federal; b) o Conselho Nacional de Justiça; c) o Superior Tribunal de Justiça; d) os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; e) os Tribunais e Juízes do Trabalho; f) os Tribunais e Juízes Eleitorais; g) os Tribunais e Juízes Militares e h) os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, com competências próprias e, em regra, taxativamente previstas constitucionalmente, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm jurisdição em todo o território nacional<sup>237</sup>, e que, “destarte, sobreditos Tribunais são de âmbito nacional, não integrando a Justiça Federal ou a Justiça Estadual, dado que estas possuem jurisdição limitada, de acordo com critérios determinantes de competência”<sup>238</sup>, tem-se, pois, a senda aberta para a presença de um modelo, como o do *stare decisis*, que constitui uma regra em evolução, conforme o próprio desenvolvimento das estruturas institucionais e dos mecanismos que garantam a disseminação e acesso às informações relativamente às decisões<sup>239</sup>.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em voto lavrado por um dos ora mais destacados Ministros do Supremo Tribunal Federal, reconhece, na conformidade das organização e estrutura constitucionais<sup>240</sup> conferidas a estes dois órgãos jurisdicionais, um movimento evolutivo do direito brasileiro, que se encaminha em direção ao crescente prestígio dos precedentes dos Tribunais Superiores. A uniformização das suas Jurisprudências, de sorte a tornarem mais rentes o jurídico e o justo, concretiza, em consequência, o princípio da isonomia. E ainda, na dicção do mesmo Ministro Teori Zavascki, em excerto de ementa que calha à transcrição:

Por outro lado, a força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particularmente, o dever de dar tratamento jurisdicional igual em

---

sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. § 2º 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 e os dispositivos normativos a ela relacionados. No Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao aprovar súmula vinculante sobre regime prisional, em sessão de 29/06/16, “[a]o final do julgamento, presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, informou que as teses aprovadas pelo Plenário no julgamento de REs com repercussão geral serão publicadas em breve para consulta no site do Supremo. Segundo o ministro, a medida também está de acordo com determinação prevista do artigo 979 do novo Código de Processo Civil, o qual prevê que os tribunais deverão manter banco eletrônico de teses jurídicas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993&tip=UN>. Acesso em: 30/06/16.

<sup>237</sup> BRASIL. Constituição da República de 1988, art.92, §2º.

<sup>238</sup> PERRINI, 2001, p. 118.

<sup>239</sup> No sentido do texto, ZANETI JR., 2016, p. 312.

<sup>240</sup> BRASIL. Constituição da República de 1988, arts. 102 a 105.

situações iguais. Embora possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação anti-isonômica da norma constitucional, é certo que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição. Os efeitos da ofensa ao princípio da igualdade se manifestam de modo especialmente nocivos em sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado: considerada a eficácia prospectiva ineterente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que, em casos tais, assume caráter de estabilidade e de continuidade, criando situações discriminatórias permanentes, absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico. (...) <sup>241</sup>

Já no Supremo Tribunal Federal, em importante e paradigmático julgamento <sup>242</sup>, a discussão foi novamente enfrentada pelo Ministro Teori Zavascki em voto-vista <sup>243</sup> no qual reconheceu a função nomofilática <sup>244</sup> dos Tribunais Superiores brasileiros, além de consignar:

Não se pode deixar de ter presente, como cenário de fundo indispensável à discussão aqui travada, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (*civil law* e *common law*) é fenômeno em vias de franca generalização (...).

Realmente, a Lei Maior, incumbindo aos Tribunais Superiores a tarefa de interpretar e garantir a aplicação uniforme, seja da Constituição da República, seja da

---

<sup>241</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.026.234 – DF. Rel. Min. Teori Albino Zavascki . Primeira Turma. Data de julgamento: 27/05/2008. DJe 11/06/2008.

<sup>242</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335 – AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 30/06/16.

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335 – AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 30/06/16.

<sup>244</sup> Ainda do voto-vista do Min. Zavascki no julgamento da Rcl nº 4335: “Esse entendimento guarda fidelidade absoluta com o perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm entre as suas principais finalidades a de *uniformização* da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar *nomofilática* – entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a *aclarar* e *integrar* o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme –, funções essas com finalidades “*que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente*” (Calamandrei, Piero. *La casación civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945. t. II. p. 104) e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva *ultra partes* dos seus precedentes.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335 – AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 30/06/16.

legislação infraconstitucional, conforme a distribuição que faz das respectivas competências, não parece autorizar as instâncias subalternas, alegadamente em nome da independência, desconsiderarem todo o trabalho de interpretação e decisão edificados. A autonomia jurisdicional existe, conforme se sabe, para garantir a toga e a consciência contra pressões indevidas conducentes à injustiça, jamais para servir de pretexto para atentar contra a isonomia, em uma inversão da arte do bom e do justo. Parece atentatório à Constituição insubordinar-se contra o que legitimamente decidido pelos órgãos sobranceiros, já que, neste diapasão, perde-se muito em economia processual, tempestividade, efetividade, previsibilidade, segurança jurídica e isonomia, lista, como de se notar, por demais extensa para ser desconsiderada<sup>245</sup>.

Falar em déficit democrático do Poder Judiciário para elaborar normas que, por replicarem-se, parecem tornar-se abstratas e genéricas, talvez seja um subterfúgio para não se enfrentar o problema da correta aplicação da lei. Como já se afirmou, a norma não é o texto, mas sim a interpretação que se extrai do enunciado normativo cotejado com a realidade. Haja vista a possibilidade – como sabido – de os juízes e tribunais interpretarem a lei, inclusive e especialmente, controlando-lhe a constitucionalidade, não parece haver dissenso relevante acerca do fato de que o juiz hoje exerce uma atividade mais expansiva. Porém, dita atuação é – e sempre há de ser – instersticial: onde o legislador exerceu sua legítima competência de encetar escolhas, o juiz deve ser-lhe servil; porém, quando houver espaço *in albis*, através de uma justificação

---

<sup>245</sup> Ao votar na Rcl 4335- AC, consignou o Min. Luís Roberto Barroso: “E eu estou de acordo com sua Excelência - e de longa data - que o papel dos precedentes no sistema brasileiro vem mudando ao longo do tempo. Na verdade, os dois grandes sistemas jurídicos, eles vêm se aproximando, porque, na tradição romano-germânica, cada vez mais, os precedentes têm um papel mais importante, e, na tradição do Direito anglo-saxão, cada vez mais, a legislação escrita vem proliferando. E eu acho que essa é uma mudança saudável, embora boa parte dos juristas brasileiros seja crítico dessa ascensão dos precedentes, eu acho que ela não só é importante como é uma inevitabilidade, porque o respeito aos precedentes e à expansão do papel dos precedentes atende a três finalidades constitucionais importantes: a primeira é a segurança jurídica. Na medida em que os tribunais inferiores respeitem, de uma maneira geral, as decisões dos tribunais superiores, cria-se um direito mais previsível e, conseqüentemente, menos instável. E, hoje em dia, há um entendimento que se generaliza de que a norma não é apenas aquele relato abstrato que está no texto. As normas jurídicas são um produto da interação entre o enunciado normativo e a realidade. Portanto, o Direito é, em última análise, o que os tribunais dizem que é. Além disso, essa disseminação do respeito aos precedentes atende o princípio da isonomia, na medida em que evita-se que pessoas em igual situação tenham desfechos diferentes para o seu caso, o que é, em alguma medida, sempre repugnante para o Direito. E, por fim, o respeito aos precedentes valoriza o princípio da eficiência, porque torna a prestação jurisdicional mais fácil, na medida em que o juiz ou os tribunais inferiores possam simplesmente justificar as suas decisões à luz de uma jurisprudência que já se formou. De modo que sou um defensor de longa data disso que eu costumava chamar de cultura de respeito aos precedentes, e que o Ministro chamou de efeito expansivo na sua decisão.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335 – AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 30/06/16.

racional, o Poder Judiciário não pode se tolher de atuar. Confira-se importante lição de Neil MacCormick:

Parece verdadeiro afirmar que a controvérsia frequentemente acirrada, mas sempre árida, a respeito de poderem os juízes “fazer leis” ou “legislar”, se deveriam agir desse modo ou se de fato o fazem, é na essência uma questão verbal ou terminológica. Trata-se no fundo de uma decisão arbitrária se deveríamos usar uma palavra diferente para descrever o processo de decretação de leis pelos parlamentos, após debates políticos nos quais não se aplica à justificação da decretação o fato de ela estar em conflito com normas ou princípios do direito anteriores (pois com frequência é esse o propósito dessas decretações) e outra para o processo de criação de normas judiciais, justificado pela referência a analogias e princípios na lei vigente na medida em que estes promovam valores de “senso comum”. Existe, é claro, um sentido pelo qual decisões e deliberações justificadas desse modo apenas tornam explícito o que estava implícito na lei preexistente; essa é uma diferença considerável entre os dois processos. É também verdadeiro, porém, que a lei é modificada no momento seguinte à decisão de um importante “caso que firme jurisprudência” em relação ao que era no momento anterior. E essa é uma semelhança notável. O que é essencial é ver tanto a diferença quanto a semelhança. A terminologia é muito menos importante, embora seja louvável a ideia de reservar os termos “legislação” e “legislar” para a descrição do primeiro processo, e buscar outro termo para o segundo. Por que não o muito desdenhado “declarar” a lei, usado no século XVIII? Pelo menos, uma distinção dessas nos ajudaria a ver a finalidade da doutrina da separação dos poderes e a perceber a realidade dos limites sobre os poderes judiciais de inovação jurídica. (MACCORMICK, 2009, pp. 244-245).

E uma vez fixada a norma jurídica no figurino do “direito jurisprudencial”, editado o *case law*, em uma espiral lógica e otimizada, todos os demais integrantes do sistema devem mover-se conforme em uma orquestra sinfônica que, repleta embora de virtuosos, deve seguir o comando do maestro. Afinal, cabe aqui, parafraseando o Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em discurso por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, que os integrantes do Poder Judiciário podem até discordar ou divergir das decisões dos órgãos de sua cúpula, mas descumprí-las ou afrontá-las, sob pena de quebra de todo o sistema, jamais. Afinal, é na estrutura constitucional do Poder Judiciário que se encontra o fundamento para a atividade nomofilática dos Tribunais Superiores e, como dito, “[a] Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca.”<sup>246</sup>

Em arremate, vale destacar que, à moda do que ocorre com o direito legislado, a doutrina do *stare decisis* também prestigia os princípios da segurança jurídica,

---

<sup>246</sup> Discurso do presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULISSES-GUIMARAES-(10-23).html) . Acesso em 30/06/16.

integridade, igualdade, uniformidade e previsibilidade do direito, todos vivamente presentes no Estado de Direito (*rule of law*<sup>247</sup>). Ocorre que, comparando os sistemas do *civil law* e do *common law*, constata-se que por caminhos diferentes pretende-se chegar ao mesmo resultado. Enquanto a tradição romano-germânica fia-se na codificação e na lei escrita como depositárias e garantistas destes valores, a anglo-saxônica busca prestigiá-los através da doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios, resolvendo igualmente os casos semelhantes<sup>248</sup>.

### 3.5 – *Ratio Decidendi*

Quando se opera no ambiente do *stare decisis*, seja ele o vertical, assim como o horizontal<sup>249</sup>, o coração pulsante gira em torno da ideia de *ratio decidendi*, ou os fundamentos da decisão. E assim é porque torna-se crucial saber o quê da decisão tomada pelos tribunais constitui efetivamente um precedente.

*Ratio decidendi*<sup>250</sup>, *holding*, fundamentos da decisão e tese jurídica afirmada, são expressões que, ainda que a doutrina se esforce para frisar-lhes diferenças, acabam por apresentar um denominador comum: é a parte da decisão que tem estofa para ser

---

<sup>247</sup> Registra a Enciclopédia de Filosofia de Stanford: *The Rule of Law comprises a number of principles of a formal and procedural character, addressing the way in which a community is governed. The formal principles concern the generality, clarity, publicity, stability, and prospectivity of the norms that govern a society. The procedural principles concern the processes by which these norms are administered, and the institutions—like courts and an independent judiciary that their administration requires. On some accounts, the Rule of Law also comprises certain substantive ideals like a presumption of liberty and respect for private property rights.(...)* Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>. Acesso em: 15/07/16. Em vernáculo: O Estado de Direito compreende uma série de princípios de caráter formal e processual, direcionando a forma pela qual uma comunidade é governada. Os princípios formais dizem respeito às regras gerais, à clareza, à publicidade, à estabilidade e a previsibilidade das normas que regem a sociedade. Os princípios processuais relacionam-se com os processos através dos quais essas normas são tuteladas e com instituições – como os tribunais e a independência que o sistema judicial demanda. Em alguma medida, o Estado de Direito também compreende certos ideais substantivos como a presunção de liberdade e o respeito pelos direitos da decorrentes da propriedade privada.(...)

<sup>248</sup> No sentido do texto: BARBOZA, 2014, p. 216.

<sup>249</sup> Conforme acima, muitos associam a ideia de *stare decisis* à vinculação horizontal dos precedentes. Nete sentido, aparentemente Luis Roberto Barroso em voto na Rcl 4335 – AC: “(...) E, embora os precedentes só vinculem verticalmente para baixo, na linha da doutrina da *stare decisis*, eles, em alguma medida moral deviam vincular horizontalmente, ou seja, o próprio tribunal preservar, na medida do possível, a sua jurisprudência.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335 – AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 30/06/16.

<sup>250</sup> Lucas Buril de Macedo aponta que *ratio decidendi* é terminologia adotada predominantemente no direito inglês, enquanto *holding* é expressão mais utilizada no direito norte americano, referindo-se ambas às razões de decidir ou razões para a decisão, sendo sinônimo de norma jurídica. No Brasil, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça utilizam *ratio decidendi* como razões de decidir ou motivos determinantes. (MACEDO, 2015, pp.216-217). Utilizaremos nesta pesquisa *ratio decidendi* e *holding* como sinônimos, ainda que advertidos por Frederick Schauer que são termos muito próximos, mas não idênticos (SCHAUER, 2009, p. 54).

replicada, devendo ser observada por juízes e tribunais, quando casos idênticos ou semelhantes lhes baterem às portas.

Durante os debates de uma causa, vários fatos, argumentos e teorias são agitados e trazidos à apreciação do órgão judiciário. Em igual proporção, ao elaborar a decisão, o julgador ou o colegiado composto por eles, além de prescrever os motivos que firmaram o convencimento, em uma ou outra direção, por vezes se excedem, registrando como *flatus vocis*<sup>251</sup> um conjunto de informações que, de forma alguma, serviram para o resultado, tal como desenhado. Distinguem-se aqui, pois, as razões de decidir daquilo que foi dito de passagem; o cerne do que é lateral; separa-se, pois, o que constituiu a *ratio decidendi* dos *obiter dicta*<sup>252</sup>.

Conforme Frederick Schauer, “na perspectiva tradicional, o *holding* – que é muito próximo, mas não idêntico a *ratio decidendi* – é a regra jurídica que determina o resultado do caso.”<sup>253</sup> (SCHAUER, 2009, p. 54).

Rupert Cross, em passagem clássica, conceituando *ratio decidendi*, estabeleceu que “o fundamento da decisão de um caso é qualquer norma do direito tratada por um juiz em termos explícitos ou implícitos como um passo necessário para chegar à conclusão, relacionada à linha de raciocínio adotada por ele.” (MACCORMICK, 2009, p. 281). Ainda que Neil MacCormick reconheça Cross como “a maior autoridade inglesa sobre precedentes judiciais no direito inglês” (MACCORMICK, 2009, p.281), entende que referido conceito pode ser aperfeiçoado, já que muito abrangente. Para o renomado filósofo do direito escocês, sempre que uma norma está sendo interpretada ou aplicada, a lei em si, ou parte dela, constituirá uma regra necessária para atingir-se àquela conclusão, tal como encontrada. Porém, mesmo assim, ninguém confunde a lei com a *ratio*, já que a razão de decidir constitui-se naquilo que o juiz afirma como a interpretação correta da lei, isto é, a *ratio decidendi* é uma solução do juiz e não qualquer regra da qual a sua conclusão fique dependente.<sup>254</sup> Nas palavras deste autor:

O fundamento da decisão é a deliberação explícita ou implícita oferecida por um juiz que seja suficiente para determinar um ponto do direito posto em questão pelos argumentos das partes num caso, sendo ele um ponto a respeito do qual uma deliberação era necessária para sua justificação (MACCORMICK, 2009, p. 281)

---

<sup>251</sup> Em vernáculo: palavras ao vento, argumentação jurídica vã.

<sup>252</sup> Expressão latina no plural que significa: “algo dito de passagem”. No singular: *obiter dictum*.

<sup>253</sup> No original: “On the traditional account, the holding – which is very close to but not identical with the *ratio decidendi* – is the legal rule that determines the outcome of the case.”

<sup>254</sup> No sentido do texto: MARINONI, 2013, p. 230.

Assim, por exemplo, tome-se o caso *International Shoe Co. v. Washington*, no qual, em resumo, após a Grande Depressão de 1930, os Estados Unidos da América instituíram diversos planos econômicos, tais como o conhecido *New Deal*, do Presidente F. D. Roosevelt, além de diversas medidas de proteção social. No Estado de Washington, foi implantada uma política social envolvendo o desemprego, a qual era custeada por uma taxa específica. A *International Shoe Co.*, por sua vez, era uma sociedade que, embora vendesse seus produtos naquele Estado, era sediada no em Delaware e tinha como principal praça de negócios o Missouri, mantendo apenas alguns representantes naquela praça. Ainda assim, o fiscal de rendas responsável pela cobrança da exação, notificou a sociedade pelo não recolhimento dos valores durante os anos de 1937 a 1940, o que a levou a defender-se, alegando que não tinha estabelecimento de negócios fixados naquele Estado e nem agentes lá registrados, e que, portanto, não se enquadrava nas hipóteses de incidência definidas pela legislação do Estado de Washington. Levado o caso ao Judiciário, a sociedade sucumbiu perante a jurisdição estadual, chegando a discussão na Suprema Corte americana onde, alegou-se, em defesa, adicionalmente, a violação do devido processo, já que não havia nenhuma base para que a *International Shoe Co.* fosse submetida à jurisdição do Estado de Washington. No julgamento, a Suprema Corte decidiu que os estados podem exercer jurisdição sobre réus que estejam fora do estado, desde que exista um mínimo de contatos que permita não ofender as noções tradicionais de um processo justo e de uma justiça substancial, ou seja, não haja agressão ao devido processo legal. Conforme o estabelecido, para uma pessoa jurídica, os “*minimum contacts*” não correspondem apenas às atividades continuadas e sistemáticas mas também aqueles que dariam direito para ajuizamento de uma ação e, como a sociedade em questão poderia ter processado alguém naquela jurisdição, foi-lhe garantida a proteção das leis estaduais e, portanto, igualmente, cabia ser submetida a julgamento naquela sede.<sup>255</sup>

Verifica-se da descrição acima, que a Suprema Corte do Estados Unidos da América, no caso *International Shoe Co. v. Washington*, fixou a regra de direito na qual baseou sua decisão, aplicou essa regra aos fatos que lhe foram trazidos e pronunciou o resultado. Tal é o *holding*, que no caso em exame é o de que os estados podem exercer jurisdição pessoal sobre réus que estejam fora dele, desde que exista um mínimo de

---

<sup>255</sup> Para uma visão de *International Shoe Co. v. Washington*, recomenda-se a resenha feita pelo *Legal Information Institute*, da *Cornell University Law School*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/326/310>. Acesso em: 30/06/16.

contatos com o estado, como forma a não desrespeitar o devido processo legal. Considerando, então, a fixação dessa regra geral, e haja vista que os vendedores da Internacionational Shoe Co. tinham realizadas vendas em Washington, constataram-se contatos suficientes a lastrear a submissão da jurisdição pessoal<sup>256</sup>.

Porém nem sempre as coisas aparecem de forma tão explícita. Por vezes, o tribunal não estabelece os fatos relevantes, o resultado e as razões pelas quais chegou àquela conclusão específica, ou seja, não determina claramente qual é o seu *holding*. Em tais situações, aos leitores da decisão caberá tentar estabelecer, a partir do relato dos fatos, qual a regra jurídica que determinou o resultado do caso, tarefa essa que estará sujeita à interpretações variadas. Urge, pois, estabelecer-se um método para a extração da *ratio decidendi* ou do *holding* do texto da decisão.

Consoante Lucas Buril de Macedo, existem inúmeros métodos procurando a definição concreta da parte do precedente que vincula, ou seja, para auxiliar na fixação da *ratio decidendi*, como os de Wambaugh e Goodhart, ainda que inexista algum que seja apontado pelos tribunais como o mais correto ou mesmo o mais utilizado. (MACEDO, 2015, p. 219).

A formulação sugerida por Eugene Wambaugh leva em consideração que a *ratio decidendi* é a regra geral sem a qual o julgador não teria obtido o resultado encontrado. Neste sentido, para surpreender a *ratio* do caso, deve-se formular uma suposta proposição jurídica, aplicando-na novamente em concreto, agora com a inserção, contudo, de uma palavra que inverta o seu sentido. Feita esta operação, se o resultado a que chegar o tribunal for o mesmo do anterior, fica claro que a proposição anterior não é o fundamento da decisão; na hipótese de resposta negativa, a proposição é a norma geral que exsurge do precedente judicial.

Já Arthur Goodhart, para quem a *ratio decidendi* constitui o “princípio do caso”, é preciso definir quais fatos foram considerados pelo juiz como relevantes, ou seja, quais são os fatos materiais da causa. Para tanto, o intérprete tem que analisar todos os fatos da causa e verificar quais foram os substanciais para a decisão do juiz. Todos os fatos que foram expressamente relevados pelo julgador anterior também devem sê-lo pelo posterior, enquanto aqueles hipotéticos resultam sempre em um dito de passagem. Dessarte, a caracterização da *ratio decidendi* de um determinado precedente é orientada

---

<sup>256</sup> No sentido do texto: SCHAUER, 2009, p. 55.

pela fixação dos fatos substanciais para a prolação da decisão.<sup>257</sup> Tomando-se em consideração, por exemplo, os princípios de que em qualquer caso futuro em que os fatos sejam A, B e C, o Tribunal deve adotar a conclusão X e aquele segundo o qual em qualquer caso futuro em que os fatos sejam B e C, o Tribunal deve adotar a conclusão X, verifica-se que neste caso, a falta do fato A não altera o resultado, tendo, portanto, este sido concebido como irrelevante ou secundário. Em consequência, segundo Goodhart, um Tribunal cria um princípio, uma regra de direito quando fixa quais são os fatos importantes e quais aqueles que irrelevantes sobre os quais a sua decisão se baseou<sup>258</sup>.

Verifica-se, pois, que existe muita dificuldade em se conceituar e identificar de forma límpida e segura alguns elementos importantes da prática judicial envolvendo os precedentes, sendo o da *ratio decidendi* um dos conceitos mais controvertidos, já que, para além de descritivo, também se constitui como uma norma em vigor. Contudo, a nota de otimismo trazida por Estefânia Barboza, vem bem a calhar:

A dificuldade, ou mesmo impossibilidade, segundo Geoffrey Marshall, de se chegar a um consenso na definição da *ratio* não significa que exista uma verdadeira confusão na prática, ao contrário, advogados experientes e juízes são capazes, com certo grau de compreensão comum, de operar o sistema de precedentes na prática, diversamente de sua descrição abstrata. (BARBOZA, 2014, p. 223).

### 3.6 – *Overruling* e *distinguishing*

Ao se trabalhar com o sistema de precedentes, almeja-se, conforme já registrado, prestigiar a segurança jurídica, a eficiência e a previsibilidade. O direito deve ser aplicado guardando-se o ideal de isonomia, sendo certo que todos são iguais, não somente perante a lei, mas também, e com igual razão, perante a jurisdição. A lógica a ser seguida é, pois, a do *treat like cases alike*<sup>259</sup>.

O “direito jurisprudencial”, como se sabe, não encontra foros de unanimidade. Para além, como no Brasil, da discussão acerca da sua constitucionalidade, muito especialmente sob o pálio da separação de funções<sup>260</sup>, mesmo nos recantos em que não se apontam óbices deste cunho, outras objeções são elencadas. A uniformidade, assim do direito como também da prática jurisprudencial, pode ser entendida como empecilho para uma justiça do caso concreto, como que impediendo do exercício pleno de uma

<sup>257</sup> No sentido do texto: MACEDO, 2015, pp. 220-221.

<sup>258</sup> Confira-se, em abono do texto, BARBOZA, 2014, p. 220.

<sup>259</sup> Em vernáculo: tratar igualmente os casos semelhantes.

<sup>260</sup> Art. 2º, da Constituição da República de 1988.

responsabilidade que se conecte com uma realidade multifacetada. Igualmente, alega-se que a solução de um caso conforme precedentes fundados em normas jurídicas que sejam injustas, já desnecessárias ou sem efetividade social, constituiria impedimento para que novas elaborações, mais consentâneas com o atual entendimento das relações sociais, ganhem vida. Adita-se que o princípio da isonomia material, que impõe o tratamento desigual para situações díspares, na proporção das diferenças encontradas, poderia ser mitigado alegando-se a igualdade formal perante à lei. E nem mesmo as supostas estabilidade e certeza jurídica justificariam os precedentes, considerando que tais características poderiam ser entendidas como uma petrificação do direito o qual perderia, nesta medida, a capacidade de adaptar-se às vicissitudes no campo da tecnologia, economia e mesmo da sociedade, além de impedir a sua atualização diante de novas percepções acerca de bem-estar e de justiça<sup>261</sup>.

Contudo, esconjura-se a ideia de uniformidade no direito ou na prática jurisprudencial como forma de objurgar uma atuação sensível, apta a responder de forma condizente com as nuances das condições sociais e às mudanças próprias da vida e da realidade sociopolítica. A formação dos precedentes e sua aplicação devem ser informadas pelo maior grau possível de legitimidade, permitindo-se, para tanto e especialmente, a participação de atores sociais, tanto na criação, assim também na sua aplicação. O direito jurisprudencial não pode consistir em um sistema a impor decisões do alto para baixo, divorciadas do momento histórico e das circunstâncias próprias de cada caso, tampouco hermético a ponto de impedir que a realidade social possa penetrar-lhe. Antes, pelo contrário, respeitadas a integridade e coerência, o direito há de ser dotado de poros a permitirem sua adaptação, a fim de atender a sua finalidade que é a de distribuir justiça.

Neste sentido, falar de aplicação de precedentes é dar consequência ao passado, manifestando-lhe respeito e reconhecimento. Mas não significa impor aos juízes uma camisa de força ou mesmo subtrair-lhes a sensibilidade e a responsabilidade de decidirem casos no dia a dia. O juiz pode e deve não aplicar os precedentes sempre e quando eles não se conectarem com os fatos materiais da causa ou quando alterações no ambiente social, político, jurídico e econômico desaconselharem sua manutenção. Tudo sob o batismo do devido processo legal e necessariamente esclarecido pela fundamentação das decisões, como forma de garantir a integridade do direito e a

---

<sup>261</sup> No sentido do texto: BARBOZA, 2014, pp. 224-225.

coerência do sistema. Surgem, assim, os mecanismos do *distinguishing*<sup>262</sup> e do *overruling*<sup>263</sup>.

É importante perceber que a possibilidade de os precedentes poderem não ser aplicados, em nada retira-lhes a força obrigatória ou vinculante, mas, efetivamente, demonstra que tal característica não é absoluta. É que o precedente guarda sua autoridade já que o juiz fica preso à sua força gravitacional e, portanto, vinculado às suas razões de justiça (*substantive reasons*), isto é, aos seus argumentos de princípios. Neste contexto, deve-se justificar concretamente o porquê de não ter sido aplicado, atitude que, para além de reconhecer-lhe como um paradigma, acaba por render homenagem ao passado e à coerência<sup>264</sup>.

Quando um precedente não se amolda às especificidades da nova causa deve ser motivadamente afastado, seja pela corte que o editou, assim como por uma que lhe deva deferência. Afinal, a mesma lógica que preside a replicação da solução em casos semelhantes, isonomia e integridade, também fundamenta o seu descarte no tratamento de situações diferentes.

Para que se possa distinguir os casos, devem ser comparados e valorados os fatos materiais de cada causa; os valores e normas que são aplicáveis a cada um deles; o ponto controvertido de direito que está sendo examinado e a razão de decidir encontrada na decisão. Conforme o resultado desta análise, se a razão de ser do precedente estiver presente, ele deverá ser aplicado; em caso contrário, justificadamente, a causa não deverá receber o mesmo tratamento do precedente alegado. Assim, por exemplo, caso uma mulher grávida buscasse a autorização para abortar alegando que há um precedente firmado no sentido de que é legítimo o uso de contraceptivos e, portanto, como o Tribunal já teria reconhecido o direito à liberdade reprodutiva, consequentemente, também o de não se ter um filho indesejado, a questão poderia render debate já que, entre um caso e outro, há um importante elemento distintivo, a saber, a concepção. Nesta hipótese, inclusive, a discussão envolveria outros valores e normas e conduziria a uma questão de direito substancialmente nova acerca da possibilidade de o exercício da liberdade reprodutiva preponderar sobre o direito à vida de uma pessoa já gerada<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> Em vernáculo: distinção.

<sup>263</sup> O termo é utilizado na acepção de rejeitar, anular, desconsiderar, conforme encontrado, v.g. em MICHAELIS, 2000, p. 457.

<sup>264</sup> Confirmam-se: MELLO, 2008, p. 205 e BARBOZA, 2014, p. 118.

<sup>265</sup> MELLO, 2008, pp. 202-205.

Sempre que o precedente não servir mais para a correta solução do caso, deve ser superado. “*Overruling* é o afastamento do precedente e a declaração de que este precedente foi superado. O *overruling*, porém, também pode ser implícito. Quando ocorre o *overruling*, uma nova regra é criada para os casos subsequentes.” (WAMBIER, 2009, p. 121).

Obviamente, no *common law*, a revogação de um precedente não pode ser a regra, mas sim exceção orientada por princípios bastante estritos, além de ser hipótese apenas deferida à corte vinculante. Com efeito, deve-se revogar um julgado quando ele não satisfizer padrões de congruência social e de consistência sistêmica ou quando os valores relacionados com a prática do *stare decisis*, como o da segurança jurídica, forem melhor servidos pela sua revogação do que pela sua manutenção. O precedente deve também ser revogado quando o ganho em tornar uma regra sistemática e socialmente congruente superar as perdas relacionadas com os valores de estabilidade e outros pertinentes à adoção do *stare decisis*, sendo certo que tal revogação não pode se far de forma repentina, a ponto de violar a confiança nele depositada pelos jurisdicionados. Finalmente, reconhecendo-se ao legislador a primazia no desenvolvimento do direito, dependendo das matérias e circunstâncias envolvidas, deve-se empregar um maior cuidado ao se decidir pela revogação de um precedente<sup>266</sup>.

Verifica-se, assim, tal como se dá com a norma jurídica, a qual cumprir ou não cumprir não se enquadra em capricho do juiz, já que toda lei constitucionalmente válida deve ser aplicada, que o precedente aplicável também não está ao alcance da discricionariedade do julgador. E a chave deste sistema, mercê da necessidade de coerência e integridade do direito, está na fundamentação, seja para aplicar o precedente ou mesmo para distinguí-lo ou superá-lo.

---

<sup>266</sup> MELLO, 2008, pp. 250-254.



## Capítulo 4 – Os precedentes e o novo processo civil brasileiro: esforço histórico até o advento do Código de Processo Civil de 2015

### 4.1. Nota preliminar

No Brasil, assim como em outros países, como Portugal<sup>267</sup> e Espanha, o fenômeno da constitucionalização do Direito é muito marcante<sup>268</sup>. Neste sentido, a partir da Constituição da República de 1988, e dentro de uma perspectiva pós-constitucional, o processo civil brasileiro passou a conformar-se como um “modelo constitucional do processo”, devendo, portanto, ser compreendido e aplicado sob o pálio da Constituição. É dizer, com Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, em lição sempre lembrada:

Na nova perspectiva neoconstitucional, portanto, o problema do processo não diz respeito somente a si mesmo (*id est*: a concreta organização segundo a legislação ordinária vigente) mas também ao dever ser (*id est*: a conformidade do comando normativo à normativa constitucional sobre o exercício da atividade jurisdicional. (ANDOLINA e VIGNERA, 1990, p.5)<sup>269</sup>.

Conforme esta perspectiva, a efetividade da jurisdição ganhou agenda de urgência e prioridade. É dizer, mais do que permitir um acesso formal à justiça, o legislador ficou comprometido em garantir um processo justo, efetivo e tempestivo pelo que, para atender o princípio do “acesso à Justiça”,<sup>270</sup> tendo como pano de fundo a cláusula do devido processo legal, e por corolários os princípios da ampla defesa, do

---

<sup>267</sup> Para uma abordagem do constitucionalismo português, veja-se, por todos, José Joaquim Gomes Canotilho para quem: “O estado de direito é um *estado constitucional*. Pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia – supremacia da constituição* – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o <<*primado do direito*>> do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do estado de direito.” (CANOTILHO, 1999, p. 241)

<sup>268</sup> BARROSO, 2016, p. 390.

<sup>269</sup> No original: “Nella nuova prospettiva post costituzionale, quindi, il problema del processo non riguarda soltanto il suo essere (*id est*: la concreta organizzazione secondo le leggi ordinarie vigenti) ma anche il suo dover essere (*id est*: la conformità del suo assetto positivo alla normativa costituzionale sull'esercizio dell'attività giurisdizionale)”. (ANDOLINA e VIGNERA, 1990, p.5).

<sup>270</sup> “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos, segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal qual como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo.” (CAPPELLETTI, 1988, p.8).

contraditório, da igualdade, da eficiência, do juiz natural, dentre outros, o processo civil brasileiro foi palco de sucessivas reformas, tantas e de tal monta, que romperam profundamente com a própria estrutura do Código de Processo Civil de 1973.

A partir da década de 1990, e mais especialmente após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que incrustou como direito fundamental a “razoável duração do processo”<sup>271</sup>, a indicar que a sociedade elegeu a celeridade como um valor tão importante como a própria segurança jurídica<sup>272</sup>, foi celebrado o “I Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”<sup>273</sup>, o qual teve como uma das suas premissas a constatação de que:

Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático<sup>274</sup>.

Em consequência, os três “Poderes do Estado” celebraram compromissos fundamentais acerca da implementação da reforma constitucional do Judiciário; da reforma do sistema recursal e dos procedimentos; da ampliação Defensoria Pública, no contexto da facilitação do “acesso à Justiça”; dos juizados especiais e da justiça itinerante, diante de uma sociedade desigual e empobrecida; da execução fiscal, mercê do complexo problema a envolver elevada sonegação e inadimplência tributária

---

<sup>271</sup> Art.5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988.

<sup>272</sup> Ambos os princípios são colhidos no art. 5º, da Constituição da República de 1988, sendo certo que no manejo de princípios, aplica-se a técnica da ponderação. Sobre a ponderação de valores na Constituição Federal, veja-se: SARMENTO, 2000, p. 97.

<sup>273</sup> De acordo com o STF, “[e]m 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 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(...)”. Disponível em: [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque\\_pt\\_br&idConteudo=173547](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547). Acesso em: 03 de Abril de 2015.

<sup>274</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015ivos nº 204, de 15 de Dezembro de 2004, referente a proposta de formalização do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, publicado no Diário Oficial da União, Seção 1 – 16/12/2004, página 8 (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015ivos).

afetando o Erário e sobrecarregando o Poder Judiciário; da superação dos problemas relativos ao regime dos precatórios, que simultaneamente, desacredita a Justiça, prejudica os credores e afeta a própria advocacia; das graves violações contra os direitos humanos; da informatização, como o dos processos eletrônicos; da produção de dados e indicadores estatísticos, para a avaliação e eficiente elaboração e consecução de políticas públicas no âmbito do Poder Judiciário; do incentivo à aplicação das penas alternativas, como instrumento mais afinado com a reinserção social, à resposta estatal aos delitos de menor ofensividade e ao próprio aumento da população de encarcerados; e, ainda, do esforço para obiter-se coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas, com o fito de inibir repetição de demandas sobre o mesmo assunto.<sup>275</sup>

Após a celebração do “Pacto de Estado em favor do Judiciário”, em 2004, diversas alterações no Código de Processo Civil de 1973 foram levadas a efeito, valendo destacar, dentre outras, a adoção do chamado “sincretismo processual”, deixando a liquidação e a execução da sentença judicial de serem processos autônomos, funcionando como fases seguintes à de conhecimento<sup>276</sup>; a mudança no processo de execução por título extrajudicial, concedendo ao credor o direito de indicar bens do devedor para serem penhorados e modificando a sistemática dos embargos à execução que, como regra, perderam o efeito suspensivo<sup>277</sup>; a permissão para que o tribunal sanasse nulidades processuais originadas na primeira instância e a regulamentação da súmula impeditiva de recursos<sup>278</sup>; a previsão para que o inventário, a separação e a partilha consensuais fossem realizados por escritura pública, lavrada em Cartório de Notas<sup>279</sup>; a alteração do regime do Código de Processo Civil em tema de incompetência relativa, prescrição, distribuição por dependência, revelia, cartas precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos<sup>280</sup>; a limitação da interposição do recurso de agravo de instrumento<sup>281</sup>; a autorização para que, já havendo sentença de improcedência em caso de processos repetitivos, esta seja reproduzida, independentemente da citação do

---

<sup>275</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015ivos nº 204, de 15 de Dezembro de 2004. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/expmot/2004/exposicaodemotivos-204-15-dezembro-2004-592098-exposicaodemotivos-117162-mj.html>. Acesso em: 03 de Abril de 2016.

<sup>276</sup> Conforme Lei nº 11.232/05.

<sup>277</sup> Conforme Lei nº 11.382/06.

<sup>278</sup> Consoante Lei nº 11.276/06.

<sup>279</sup> Nos termos da Lei nº 11.441/07.

<sup>280</sup> Disposição da Lei nº 11.280/06.

<sup>281</sup> De acordo com a Lei nº 11.187/05.

réu<sup>282</sup>; a informatização dos processos judiciais<sup>283</sup> e a regulamentação da repercussão geral como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal<sup>284</sup>.

Já neste quadrante da vida do “Código Buzaid”<sup>285</sup>, a jurisprudência foi sendo paulatinamente entronizada, e, conjugado com a mitigação do princípio da colegialidade nos tribunais, buscou-se uma resposta mais célere do Poder Judiciário. O processo de mudança foi lento, mas com direção inequívoca: os juízes deveriam seguir as orientações dos tribunais e, acaso assim não procedessem, através de recurso<sup>286</sup>, monocraticamente, o relator poderia “corrigir” o rumo. Marcelo Pereira de Almeida, captando a tendência de emprestar-se força normativa aos precedentes judiciais, registrou:

Esse sistema visivelmente procura atribuir força obrigatória aos precedentes de modo arbitrário, pois institui filtros superpostos para evitar a avaliação dos recursos e não apresenta um critério procedimental legítimo para a construção da decisão, impedindo a participação mais efetiva do interessado. Além disso, no seu conteúdo, a decisão não apresenta argumentos que convençam o jurisdicionado, impondo-se pela autoridade (ALMEIDA, 2014, p. 63).

Diante dos resultados do I Pacto Republicano, que permitiu, através da colaboração entre os três Poderes, reformar e atualizar a legislação processual, foi celebrada, em 2009, uma segunda edição deste instrumento constando, dentre as *consideranda*, que a efetividade das medidas adotadas indicava que tais compromissos devem ser reafirmados e ampliados para fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça<sup>287</sup>. Dentre os frutos colhidos através deste segundo compromisso, constou a alteração da natureza do agravo de instrumento no Supremo Tribunal Federal que

---

<sup>282</sup> Segundo a Lei nº 11.277/06.

<sup>283</sup> Nos termos da Lei nº 11.419/06.

<sup>284</sup> Previsto na Lei nº 11.418/06.

<sup>285</sup> O Senado Federal, ao editar “Os Anteprojetos do Código de Processo Civil de 1973”, em 2009, fez constar a informação de que “[o] governo Federal incumbiu Alfredo Buzaid, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, que, posteriormente, viria a ser Ministro da Justiça, de elaborar o anteprojeto do Código de Processo Civil. Até então, o Código de Processo Civil vigente era o de 1939. O anteprojeto de Buzaid foi revisto por José Frederico Marques, Luís Machado Guimarães e Luís Antônio de Andrade e submetido ao Congresso Nacional, pela mensagem nº 210 de 1972, transformando-se no PL 810/1972, sendo aprovado e promulgado pela Lei 5.869/1973.” Disponível em: [http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/CPC\\_ANTEPROJETOS.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/CPC_ANTEPROJETOS.pdf). Acesso em: 08/04/2016.

<sup>286</sup> A Lei nº 9.756/1988, ao dispor sobre o processamento dos recursos no âmbito dos tribunais, é paradigmática desta verdadeira guinada no processo civil brasileiro.

<sup>287</sup> II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Outros/IIpacto.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm) Acesso em: 04/04/2016.

passou a ser apreciado como preliminar deste recurso, reforçando a filtragem no acesso ao Supremo Tribunal Federal pela via recursal, além de acentuar a tendência de tornar aquele órgão de cúpula uma “Corte de Precedentes”<sup>288</sup>.

Em 2009, o Senado Federal, na esteira das reformas então implementadas, encarregou uma “Comissão de Juristas”<sup>289</sup>, encabeçada pelo Ministro Luiz Fux, de elaborar projeto de um novo Código do Processo Civil, tendo como norte principal a simplificação e a atualização dos procedimentos, tudo para obiter celeridade e a efetividade processual, garantindo-se, ainda, o respeito ao devido processo legal. Na dicção do presidente desta Comissão, ao encerrar ainda a primeira fase dos trabalhos<sup>290</sup>:

A Força da Jurisprudência adquiriu notável relevo em todos os graus de jurisdição, viabilizando a criação de filtros em relação às demandas *ab origine*, autorizando o juiz a julgar a causa de plano consoante a jurisprudência sumulada e oriunda das teses resultantes dos recursos repetitivos, sem prejuízo de tornar obrigatório para os tribunais das unidades estaduais e federais, a adoção das teses firmadas nos recursos representativos das controvérsias, previstos no artigo 543-C do CPC<sup>291</sup>, evitando a desnecessária duplicação de julgamentos, além de fortalecer uma das funções dos Tribunais Superiores, que é a de uniformizar a jurisprudência do país.

Ciente de que ao elaborar-se um novo Código, passado, presente e futuro constituem uma amálgama a desafiar o legislador em distinguir o que merece conservação do que exige inovação - a fim de que, ao tempo em que não se traumatiza a sociedade com a mudança, igualmente proceda-se ao câmbio do que não funcionara no sistema a decair - e advertidos de que “[o] reformador não deve olvidar que, por mais velho que seja um edifício, sempre se obtém, quando demolido, materiais para construções futuras” (BUZOID, 1964, p. 9), a Comissão de Juristas que projetou o novel diploma processual fez consignar na Exposição de Motivos<sup>292</sup> que:

Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados no sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil célere e mais justo.

O legislador de 2015, tendo como premissa a conservação do que se revelou eficiente e correto, ajustar os institutos que podem trazer melhor rendimento e inovar

---

<sup>288</sup> Veja-se, no sentido do texto, MARINONI, 2015, p. 24.

<sup>289</sup> Instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009.

<sup>290</sup> Constante de relatório disponível em: [https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a\\_e\\_2a\\_Reuniao\\_PARA\\_grafica.pdf](https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf). Acesso em: 04 de Abril de 2016.

<sup>291</sup> Refere-se ao Código de Processo Civil de 1973.

<sup>292</sup> BRASIL, Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015.

em modelos com o fito de aprimorar o sistema de Justiça, apoiou-se vivamente na força da jurisprudência<sup>293</sup>, e adotou instrumentos direcionados para obter-se maior estabilidade nos padrões decisórios judiciais. Destes mecanismos, procurando sempre apontar a gênese, além de traçar um cotejo entre a legislação ab-rogada e a atual é que se cuidará a seguir.

#### 4.2-Julgamento liminar de improcedência do pedido

O Código de Processo Civil de 1973 já passara a prever a sentença liminar de improcedência<sup>294</sup>, adotando uma fórmula pouco precisa, mas francamente destinada a julgar, de logo, o mérito nos casos repetitivos, a envolverem apenas questões de direito, dispensando-se a instrução probatória, e dos quais o juízo já conhecia e tinha convencimento formado contrário ao pedido. Nesses casos, dever-se-ia, além de dispensar a citação do réu, não o integrando à relação processual, reproduzir a decisão de “total improcedência” já anteriormente prolatada. Caso o autor não concordasse com a decisão *in limine*, por entender, por exemplo, que a demanda continha elementos diversos dos paradigmas, poderia interpor recurso de apelação, facultando-se, então, ao juiz retratar-se ou, reversamente, determinar a citação do réu para acompanhar o desenvolvimento do recurso e, caso quisesse, oferecer contrarrazões a empolgar um verdadeiro contraditório diferido.

O objetivo do instituto, como intuitivo, foi o de incinerar já no nascedouro uma gama de demandas de massa que, processadas canonicamente, estariam a atentar contra a economia processual, já que todo o dispêndio de energia e tempo, para além de congestionar o Poder Judiciário, seria desperdiçado em casos nos quais, desde logo, sabia-se da má sorte da pretensão formulada. O legislador talvez tenha dito menos do que queria já que, no afã de buscar celeridade, criou uma espécie de “sentença vinculante”, isto é, não estabeleceu as balizas na jurisprudência dos tribunais, mas apenas nas decisões de um juízo em particular.

A “sentença liminar” em questão trouxe acesos debates na doutrina e na jurisprudência, muitos entendendo pela sua constitucionalidade<sup>295</sup>, outros pela sua

---

<sup>293</sup> CPC/2015: “Art.926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (...)”.

<sup>294</sup> Art.285-A, CPC/73, com a redação dada pela Lei nº 11.277/2006.

<sup>295</sup> Neste sentido, por todos, Cassio Scarpinella Bueno, que comunga da posição do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) pela constitucionalidade, haja vista ser o mais afinado com a compreensão dos princípios constitucionais. (BUENO, 2007, p. 126).

inconstitucionalidade<sup>296</sup>. A celeuma parece ter sido exagerada já que, afinal, desde 1973, o sistema processual brasileiro já admitia fosse prolatada uma sentença contra o autor, independentemente de citação do réu, como no caso do indeferimento da petição inicial<sup>297</sup>, em que era igualmente possível, além do juízo de retratação, recurso para o tribunal. E nem o fato do instituto em testilha resultar em coisa julgada material há de impressionar já que, em casos de prescrição e decadência, sabidamente matérias de mérito, o juiz já estava autorizado a indeferir a peça exordial<sup>298</sup>, não havendo notícia de qualquer rebeldia quanto à recepção do dispositivo pela ordem constitucional inaugurada em 1988. A respeito Calmon de Passos, em comentário ao art. 295, IV, do CPC/73, registrou:

Há erro técnico manifesto, segundo nos parece, na inclusão da decadência e da prescrição entre as causas de indeferimento da inicial. Quando o juiz, de logo, pode estar seguro quanto à inexistência do direito do autor, por se haver consumado a decadência, ou quanto à perda do poder de exigir (pretensão), porque cumprido o prazo de prescrição, deve ele tornar certa uma ou outra situação, mediante pronunciamento de mérito, suscetível, inclusive, de trânsito em coisa julgada material. Por conseguinte, é inexato falar-se, na hipótese, em indeferimento da inicial, que só pode ocorrer quando se cuida de obstar a constituição da relação processual. Aqui, pronunciando-se sobre decadência ou a prescrição, o juiz, na verdade, põe fim ao processo com exame do mérito (cf. art. 269, IV). (PASSOS, 1998, p.226)

Diante da previsão do art. 285-A, CPC/73, contudo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação direta de inconstitucionalidade<sup>299</sup>, com pedido de medida liminar, sustentando ofensa aos princípios da igualdade, segurança, do acesso à Justiça, do contraditório e do devido processo legal<sup>300</sup>. Negada a liminar, a norma não veio a ser excomungada, vigendo até ser revogada com o advento do novo Código de Processo Civil<sup>301</sup>.

O dispositivo, ao que parece, merecia realmente alguns reparos. E não só pela estranha previsão acerca de uma “matéria controvertida” embora sem resistência<sup>302</sup>, já

---

<sup>296</sup> Assim, por exemplo, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (WAMBIER, 2011, p. 346) e Nelson Nery Junior (NERY JUNIOR, 2010, p. 581). Alexandre Freitas Câmara, em um primeiro momento, sustentou a inconstitucionalidade do dispositivo, revendo, posteriormente, seu entendimento e placitando a norma (CÂMARA, 2009, p. 315).

<sup>297</sup> Art.295, CPC/73.

<sup>298</sup> Lei nº 5.925/73.

<sup>299</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – nº 3.695/06. Contudo, diante da ab-rogação do CPC/73, a ação, força reconhecer, perdeu o seu objeto.

<sup>300</sup> Conforme a petição inicial da ADI nº 3.695/06. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2373898>. Acesso em: 06/04/2016.

<sup>301</sup> CPC/15: “Art.1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (...)”

<sup>302</sup> Art.285-A, caput, 1ª parte, CPC/73.

que pela sua sistemática não haveria sequer contestação, mas sim devido à criação de uma espécie de “sentença vinculante”, sem necessário liame com a jurisprudência dos tribunais superiores, esses sim com estofos para exercerem função nomofilática, razão pela qual, dar à sentença de um único juiz o condão de abortar o acesso à Justiça do autor parece demasia que, corretamente, foi decotada pelo legislador de 2015. Afinal, conforme registra José Rogério Cruz e Tucci:

Cabe, pois, precipuamente, às cortes superiores a função nomofilática, isto é, de zelar pela interpretação e aplicação do direito de forma tanto quanto possível uniforme. A jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade do direito, e, portanto, evita posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei. (TUCCI, 2007, p. 2).

Contudo, força convir, o art. 285-A, do *Codex* pretérito, foi mais um vetor a resultar no maior apoio à jurisprudência, com o fito de “otimizar” o processo. Tal conclusão soa clara ao conjugar a sistemática deste dispositivo com o art. 518, §1º, CPC/1973<sup>303</sup>, que autorizava o não recebimento da apelação, quando a sentença estivesse em conformidade com enunciado do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, hipótese conhecida como “súmula impeditiva de recurso” (NERY JUNIOR, 2010, p. 900). Dessarte, o sistema que vinha sendo criado autodefendia-se: o juiz estava autorizado a dar sentença *initio litis* de improcedência, a qual, se recorrida e fosse fiel à jurisprudência dos tribunais superiores, o recurso poderia não ser sequer admitido. *Tollitur quaestio*.

O Código de 2015 repetiu a possibilidade de improcedência liminar do pedido<sup>304</sup>, amarrando-a, entretanto, à jurisprudência dos tribunais, e não mais ao confinamento da sentença de primeiro grau. Nesta medida, à vista da petição inicial, nas causas em que não se necessite da colheita de provas, o juiz pode julgar *in limine* improcedente o pedido que estiver em discordância com enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; acórdão destes tribunais superiores proferido em julgamento de recursos repetitivos<sup>305</sup>; entendimento firmado seja em incidente de demandas repetitivas ou no de assunção de competência<sup>306</sup>; verbete de súmula de tribunal de justiça sobre direito local e nos casos em que se verifica a decadência ou prescrição.

---

<sup>303</sup> Redação dada pela Lei no 11.276/2006.

<sup>304</sup> Conforme art.332, CPC/2015.

<sup>305</sup> Arts.1036 a 1041, CPC/2015.

<sup>306</sup> Art. 947, CPC/2015.

Embora sustente a inconstitucionalidade da norma em questão (NERY JUNIOR, 2015, p. 908), como já o fazia no sistema ab-rogado (NERY JUNIOR, 2010, p.581), Nelson Nery Junior, tratando de natureza e escopo do art. 332, CPC/2015<sup>307</sup>, reconhece:

A norma comentada é medida de celeridade (CF 5º LXXVIII) e de economia processual, que evita a citação e demais atos do processo, porque o juízo, o tribunal local, o STF ou o STJ já havia decidido questão idêntica anteriormente, ou por se ter verificado a decadência ou a prescrição. Seria perda de tempo, dinheiro e de atividade jurisdicional insistir-se na citação e na prática dos demais atos do processo, quando o juízo ou mesmo a jurisprudência como um todo já tem posição firmada quanto à pretensão deduzida pelo autor, ou quando já se apurou que o pedido é caduco ou prescrito. Note-se que o uso dessa faculdade, pelo juiz, é restrito a casos nos quais não seja necessário adentrar a fase instrutória, isto é, contemplem apenas questões puramente de direito. (NERY JUNIOR, 2015, p. 909).

O instituto da “improcedência liminar do pedido” está em sintonia, pois, com o sistema de direito instituído no ordenamento constitucional brasileiro, a partir do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, das sucessivas reformas implementadas no Código de Processo Civil de 1973 e da elaboração do novel diploma processual, no tocante “aos precedentes normativos vinculantes e à jurisdição como fonte formal de direitos” (ZANETI JR., 2016, p.18). Esta foi a senda que veio a ser aberta especialmente neste último quartel, fruto da necessidade de implementar-se eficiência à atividade jurisdicional<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

<sup>308</sup> É de registrar-se que o próprio Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de placitar, por decisão monocrática do Min. Ayres Brito, a possibilidade de aplicar o art.285-A, do CPC/73, para julgar procedente o pedido. Embora a decisão tenha sido escoteira e algo extravagante, já que o artigo permite apenas sentenças de improcedência (assim, por todos, MARINONI, 2011, p. 295) e francamente alicerçada em questões processuais, conforme verifica-se da própria leitura da ementa, o fato está a revelar a força motriz que a jurisprudência vem arregimentando paulatinamente no direito brasileiro. Confira-se: Recurso Extraordinário (RE) 613.656/RN. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28613656%28ENUME%2>

Mais uma vez, o sistema está desenhado para autodefender-se, já que, em casos de improcedência liminar do pedido, o autor poderá apelar<sup>309</sup>, permitindo, para além de um juízo de retratação, um contraditório postergado, com a citação do réu para ofertar contrarrazões<sup>310</sup>. Acudindo o recurso ao tribunal e distribuído, ao relator incumbe<sup>311</sup>, monocraticamente, negar provimento na hipótese de contrariedade com súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Não se conformando a parte com a nova decisão proferida, cabe agravo interno para levá-la ao escrutínio do órgão colegiado<sup>312</sup>, que, caso não chegue à unanimidade na votação da apelação, dará ensejo a uma “técnica substitutiva dos embargos infringentes”<sup>313</sup> (NERY JUNIOR, 2015, p. 1871), claramente vocacionada a inverter o resultado inicial<sup>314</sup>, e com vistas à prestigiar, portanto, a jurisprudência dos tribunais.

Vale mencionar, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça não admite recurso especial de decisão que alegadamente viole enunciado de súmula<sup>315</sup>. É que, conforme sabido, o recurso especial é de fundamentação vinculada<sup>316</sup>, exigindo-se para o seu conhecimento que a decisão recorrida se enquadre em um dos expressos permissivos constitucionais. Assim, nos termos da Constituição da República de 1988:

---

E+OU+613656%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/jrezkqy. Acesso: 07/04/2016.

<sup>309</sup> Art. 332, § 2º, CPC/2015.

<sup>310</sup> Art. 332, § 3º e 4º, CPC/2015.

<sup>311</sup> Art. 932, IV, CPC/2015. É de destacar-se, que “[o] art. 932 disciplina os ‘deveres-poderes’ a serem exercitados no âmbito dos tribunais pelo relator.” (BUENO, 2015, p. 581).

<sup>312</sup> Art. 1.021, CPC/2015.

<sup>313</sup> Art. 942, do CPC/2015.

<sup>314</sup> O próprio dispositivo em comento prevê, em caso de não se encontrar a unanimidade, que o julgamento terá prosseguimento em sessão com a presença de julgadores “em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial”. (os grifos não estão no original).

<sup>315</sup> Verbete 518, Superior Tribunal de Justiça: “Para fins do art. 105, III, a, da Constituição Federal, não é cabível recurso especial fundado em alegada violação de enunciado de súmula.” Importante destacar que este verbete foi editado em 26 de Fevereiro de 2015, portanto, retratando entendimento recente daquele Tribunal. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=51>. Acesso em: 24/04/16.

<sup>316</sup> Há, dentre as classificações dos recursos, aquela que os distingue em recursos de fundamentação livre e recursos de fundamentação vinculada. “Nos recursos de fundamentação vinculada, o recorrente precisa *invocar* o erro indicado como relevante (ou alguns deles, se há mais de um), para que o recurso *caiba*, e precisa *demonstrar-lhe* a efetiva ocorrência na espécie, para que o recurso *proceda*. A tipicidade do erro é, pois, pressuposto do *cabimento* do recurso (e, por conseguinte, da sua admissibilidade); se o erro não for típico, o órgão *ad quem* não conhecerá daquele. A existência real do erro é pressuposto da *procedência* do recurso; se o erro alegado, típico embora, não existir, o órgão *ad quem* conhecerá do recurso, mas *lhe negará provimento*.(…)” (MOREIRA, 1998, p. 251)

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou *lei federal*, ou negar-lhes vigência;

(...)

c) der a *lei federal* interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (Grifou-se)

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a divergência jurisprudencial apta a dar azo ao recurso especial deve envolver, nos exatos termos constitucionais, a lei federal, conforme salientado pelo Ministro Arnaldo Esteves de Lima<sup>317</sup>:

De fato, tanto as alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional vinculam o cabimento do recurso especial à contrariedade ou divergência de interpretação de “lei federal”, *inexistindo espaço para se dar à referida expressão, na alínea, “c”, interpretação mais extensiva do que a ela emprestada na alínea “a”*. Assim, ausente a identificação do respectivo dispositivo legal, torna-se incabível o conhecimento do recurso.

Verifica-se, pois, a preocupação daquela Corte em, rente ao disposto no *Textus*, distinguir lei federal de enunciado de súmula<sup>318</sup>, conforme revelam os próprios precedentes que originaram o verbete 518 da sua Súmula<sup>319</sup>. Entretanto, impulsionado pelo novo Código de Processo Civil, foi editado o enunciado nº 568 do STJ, segundo o qual “[o] relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Agora e aqui, o *standard* decisório deixa de ser a lei e passa a ser a jurisprudência, autorizando-se o juiz preparador da decisão em nome do tribunal a decidir sozinho a

---

<sup>317</sup>AgRg no Recurso Especial nº 1.346.588-DF. Corte Especial. Julgamento em: 18/12/13. Dje 17/03/14. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30570553&num\\_registro=201202047150&data=20140317&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30570553&num_registro=201202047150&data=20140317&tipo=91&formato=PDF). Acesso em: 24/04/2016.

<sup>318</sup> Na interposição do recurso especial com base na alínea a e também na c do permissivo constitucional é imperiosa a indicação do dispositivo federal violado ou sobre o qual recai a suposta divergência jurisprudencial, o que não ocorreu no caso em tela. Assim, não pode ser conhecido o presente recurso especial, nos termos da Súmula 284/STF, que dispõe: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.” (...) Com efeito, a parte recorrente não procedeu ao necessário cotejo analítico entre os julgados, deixando de evidenciar o ponto em que os acórdãos confrontados, diante da mesma base fática, teriam adotado a alegada solução jurídica diversa. (...). AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 159.972 – SP, Relator Ministro Sérgio Kukina. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30189347&num\\_registro=201200600719&data=20130905&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30189347&num_registro=201200600719&data=20130905&tipo=51&formato=PDF) Acesso em: 24/04/16.

<sup>319</sup> Confira-se o elenco de precedentes informados pelo Superior Tribunal de Justiça, nas suas “Súmulas Anotadas”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0> Acesso em: 24/04/16.

sorte do recurso, seja acolhendo-o ou mesmo para rejeitá-lo, isto é, em linguagem técnica, examinar o mérito recursal. Nas palavras do próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>320</sup>:

O STJ ampliou os poderes do relator para dar mais agilidade às decisões monocráticas. A partir de agora, o relator pode decidir monocraticamente sempre que houver jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do STJ. Anteriormente, o relator só atuava individualmente em casos específicos, como em matérias sumuladas ou consolidadas pelo rito dos recursos repetitivos. Com relação ao tema, o STJ publicou a súmula 568: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

A leitura dos precedentes identificados como genéticos do novel enunciado<sup>321</sup>, revela que o Superior Tribunal de Justiça já vinha apoiando-se na jurisprudência em seus decisórios, assim, por exemplo, como fundamentado no recurso especial em que determinado contribuinte insurgia-se contra a utilização de informações bancárias anteriores à Lei Complementar (LC) 105/2001 para fins de exação<sup>322</sup>, sendo que, como diversas decisões reconheciam o caráter procedimental das normas aplicáveis e, portanto, sua retroatividade, o relator<sup>323</sup>, negou provimento ao recurso.

Identicamente, em caso envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, diante do reconhecimento pelo órgão *a quo* de determinado benefício assistencial, haja vista a demonstração de miserabilidade do beneficiário comprovada por meios de prova que não os tarifados, em caso no qual a renda *per capita* do núcleo familiar era superior a 1/4 do salário mínimo<sup>324</sup>, o relator fez consignar em seu voto que

<sup>320</sup>

Disponível

em:

[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicação/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-sai-na-frente-e-adequa-regimento-interno-ao-novo-Código-de-Processo-Civil](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-sai-na-frente-e-adequa-regimento-interno-ao-novo-Código-de-Processo-Civil) Acesso em: 24/04/16.

<sup>321</sup> Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0> Acesso em: 24/04/16.

<sup>322</sup> Recurso Especial 503701/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 18/10/2004, p. 220. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(\('RESP'.clas.+@num='503701'\)+ou+\('RESP'+adj+'503701'.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((('RESP'.clas.+@num='503701')+ou+('RESP'+adj+'503701'.suce.))&thesaurus=JURIDICO) Acesso em: 24/04/2004.

<sup>323</sup> Confira-se excerto apontado no voto condutor do acórdão: “Na mesma esteira, quando do julgamento de precedente análogo aos presentes autos (REsp 506.232/PR, Relator Min. Luiz Fux, DJU 16/02/2004), restou decidido que ‘a interpretação do art. 144, §1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, leva a concluir que podem os arts. 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ser aplicados ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito não esteja alcançada pela decadência.’ (...) O acórdão referiu-se, ainda, a diversos outros julgados do próprio STJ no mesmo sentido. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1304864&num\\_registro=200300250002&data=20041018&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1304864&num_registro=200300250002&data=20041018&tipo=91&formato=PDF). Acesso em: 24/04/16.

<sup>324</sup> Trata-se do Recurso Especial nº 1.563.610- PI. Segunda Turma. Julgado em 24/11/2015. DJE 04/02/2016. Disponível em:

o acórdão recorrido mantinha sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merecia prosperar a irresignação, a incidir, na hipótese, o princípio estabelecido no verbete 83 da Súmula do STJ<sup>325</sup>.

O próprio cotejo dos Enunciados 83 e 568, ambos da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, revelam a mudança da Corte no trato da matéria. É que, como se sabe, não se confunde juízo de admissibilidade com juízo de mérito dos recursos. Barbosa Moreira trabalhou superiormente o tema:

Todo ato postulatório sujeita-se a exame por dois ângulos distintos: uma primeira operação destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que o órgão possa apreciar o conteúdo da postulação; outra, subsequente, a perscrutar-lhe o fundamento, para acolhê-la, se fundada, ou rejeitá-la, no caso contrário. Embora a segunda se revista, em perspectiva global, de maior importância, constituindo o alvo normal a que tende a atividade do órgão, a primeira tem prioridade lógica, pois tal atividade só se há de desenvolver plenamente se concorrerem os requisitos indispensáveis para tornar legítimo o seu exercício. (MOREIRA, 1998, p. 258)

Neste contexto, no juízo de admissibilidade, o órgão *ad quem* tão somente examina se estão presentes os requisitos de admissibilidade e, verificados referidos pressupostos, admite ou não o recurso; admitido que seja, questão preliminar que é, passa-se ao mérito do recurso e, neste caso, se fundado, se lhe dá provimento, sendo certo que, caso contrário, faltando-lhe fundamentos, o provimento deve ser negado. Dessarte, não é de boa técnica passar-se ao mérito sem conhecer do recurso; tampouco é correto declarar inadmissível o recurso por falta de fundamento já que, para chegar-se a esta conclusão, necessariamente ingressou-se no próprio mérito, examinando-o.

O verbete nº 83, do Superior Tribunal de Justiça, embora prescreva o não conhecimento do recurso na hipótese da decisão atacada conformar-se com a orientação da Corte, estava servindo, efetivamente, como supedâneo para o julgamento do próprio mérito, razão pela qual, sintomaticamente, em todos os seus precedentes originários, apontando-se embora o entendimento sumular, negou-se provimento aos recursos, não se limitando ao seu não conhecimento<sup>326</sup>.

---

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(\('RESP'.clas.+e+@num='1563610'\)+ou+\('RESP'+adj+'1563610'.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((('RESP'.clas.+e+@num='1563610')+ou+('RESP'+adj+'1563610'.suce.))&thesaurus=JURIDICO) Acesso em: 24/04/16.

<sup>325</sup> Súmula 83 do STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em 24/04/16.

<sup>326</sup> Consta, respectivamente, das ementas: REsp 503701 - RS, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 18/10/2004, p. 220: "*recurso especial improvido*"; REsp 732939 - RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Quinta Turma, julgado em 27/03/2008, DJe 02/06/2008: "*recurso especial conhecido e improvido*"; REsp 1084943 - MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Quinta Turma, julgado em 18/02/2010, DJe 15/03/2010: "*recurso especial conhecido e improvido*"; REsp 1107977 - RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 04/08/2014:

O CPC/1973, reformado, já conferia amplos poderes ao relator<sup>327</sup>, autorizando-o tanto a negar seguimento, fazendo o juízo de admissibilidade, como também a dar provimento a recurso, tendo como parâmetro a jurisprudência<sup>328</sup>. Relativamente ao art.557, CPC/1973, Nelson Nery Junior asseverou (NERY JUNIOR, 2010, p. 1001):

Na verdade, a norma *dixit minus quam voluit*. O sistema permite ao relator, como juiz preparador do recurso de competência do colegiado, que decida como entender necessário, de acordo com o seu livre convencimento motivado (CPC 131). O que a norma reformada quer é a economia processual, com a facilitação do trâmite do recurso no tribunal. O relator pode decidir tudo, desde a admissibilidade do recurso até o seu próprio mérito, sempre sob o controle do colegiado a que pertence, órgão competente para decidir, de modo definitivo, sobre admissibilidade e mérito do recurso. (*omissis*)

O Supremo Tribunal Federal, chamado a decidir acerca da outorga ao relator da atribuição para julgar monocraticamente recurso<sup>329</sup>, condicionou a higidez desta sistemática à existência de mecanismo capaz de levar a decisão solitária ao escrutínio do órgão colegiado, como se verifica no acórdão assim ementado<sup>330</sup>:

Constitucional. Mandado de Injunção. Seguimento negado pelo relator.

---

“recurso especial desprovido”; REsp 1290933 - SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 17/03/2015, DJe 24/04/2015: “recurso especial parcialmente conhecido e desprovido”; REsp 1346836 - BA, Rel. Ministra Nancy Andrigui, Terceira Turma, julgado em 09/10/2012, DJe 16/10/2012: “recurso especial não provido”; REsp 1501205 - RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 30/06/2015: “recurso especial não provido” e REsp 1563610 - PI, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 04/02/2016: “recurso especial não provido”.

<sup>327</sup> CPC/73: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.”

<sup>328</sup> Vide nota suso: para ter negado o seu seguimento, o recurso havia de ser manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal superior; ao passo que para ser provido, os paradigmas apontados pelo legislador consistiam na Súmula ou na jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior. O art.38, da Lei nº 8.038/1990, revogado pelo CPC/2015, dispunha: “Art. 38 - O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.”

<sup>329</sup> À moda do que fizeram o art.557, CPC/73 e o art. 932, CPC/15.

<sup>330</sup> MI 375 AgR/PR. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. STF: Tribunal Pleno, Julgamento: 19/12/1991. Publicação DJ 15-05-1992. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28375%2E+OU+375%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/psmj8jt>. Acesso em: 24/04/16.

Competência do relator (RI/STF, art. 21, par 1.; Lei n. 8.038, de 1.990, art. 38): Constitucionalidade. Pressupostos do mandado de injunção. Legitimidade ativa. I. É legítima, sob o ponto de vista constitucional, a atribuição conferida ao Relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência (RI/STF, art. 21, par 1.; Lei n. 8.038/90, art. 38), desde que, mediante recurso -- agravo regimental -- possam as decisões ser submetidas ao controle do colegiado. II. A existência de um direito ou liberdade constitucional, ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora, constitui pressuposto do mandado de injunção. III. Somente tem legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente a nacionalidade, a soberania e a cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora. IV. Inocorrência, no caso, do pressuposto de inviabilização de exercício de prerrogativa constitucional. V. Agravo regimental improvido.

O enunciado 568, já referido, registra, pois, a um só tempo, diversos movimentos, igualmente significativos. Em uma primeira visada, autoriza o relator a decidir monocraticamente, mitigando o princípio da colegialidade e, em um segundo tento, permite que se julgue o mérito recursal, dando-lhe ou não provimento, à vista do entendimento dominante acerca do tema. Coroa-se, pois, a jurisprudência com a aptidão para replicar-se, já que o relator não estará jungido ao exame da admissibilidade, mas sim, conforme expressa previsão sumular, poderá adentrar na análise meritória, dando ou negando provimento ao remédio voluntário. Outro aspecto que também exsurge deste enunciado é a sua área de aplicação mais angusta *vis-à-vis* a do que lhe antecedeu, haja vista que a redação daquele parece autorizar a sua aplicação a todos os permissivos constitucionais para o recurso especial<sup>331</sup>, enquanto este, diante da menção à “divergência”, tende a cingir-se às situações em que se dá à lei federal, interpretação divergente da que lhe tenha conferido outro tribunal<sup>332</sup>.

Trata-se, à evidência, de mecanismo que, buscando a celeridade processual, enfileira-se ao “direito jurisprudencial”, ainda que com o sacrifício de uma melhor técnica decisória nos tribunais. Lembrando lição do sempre abalizado Pontes de Miranda:

A regra, para os recursos, é a *colegialidade das decisões*. Quer dizer: a pluralidade de julgadores, com o fim político de assegurar diversos exames *ao mesmo tempo*, além do duplo ou múltiplo exame, *no tempo*, pelo juiz do primeiro grau e os demais juízes superiores. A ciência ensina-nos, hoje, que a assembleia não nos veio da reflexão; foi a reflexão que veio da assembleia. Portanto, o homem é que é produto da assembleia. Essa *prioridade* do exame múltiplo ao mesmo tempo, em relação ao exame de um só, se transforma em

<sup>331</sup> Art.105, III, da Constituição da República de 1988.

<sup>332</sup> Art.105, III, letra “c”, da Constituição da República de 1988.

*superioridade* sempre que desejamos maior certeza. A colegialidade para a decisão dos recursos obedece a esse pendor íntimo do homem quando se deseja guiar pela “razão”. (MIRANDA, 1975a, p. 11)

Entretanto, considerando que a técnica do uso da jurisprudência como norte a ser seguido pelo relator é tributária do consenso colegiado, e não dos escaninhos solitários dos membros dos tribunais, já que o que se estará fazendo é honorificar o modelo de solução já estabelecido para os casos idênticos pelos órgãos compostos, tudo na fiel conformidade com o figurino legal e regimental, não se tem por configurado um atentado ao princípio da colegialidade. Antes, pelo contrário, a ritualística hodierna prevê a elaboração decisional batizada pela participação social, através dos mecanismos abertos à sociedade de intérpretes, que existem e são manejados. De fato, colhe-se em excelente pesquisa levada a efeito por Alexandre de Castro Catharina:

Nesse contexto, o Poder Judiciário, muitas vezes criticado como instituição conservadora, se transmuda em um espaço público de debates sobre desigualdades sociais e fortalecimento mesmo de novas formas de sociabilidade. Evidente que a instituição permanece, ainda, com forte matiz conservador, mas a possibilidade de tematizar questões sociais nesse espaço público tem refletido positivamente na atuação dos movimentos sociais, seja para possibilitar novas estratégias de atuação e articulação de seus interesses, seja para criar novas formas de sociabilidade. (CATHARINA, 2015, p. 77).

Assim, por exemplo, a presença de *amicus curiae* nos julgamentos é uma realidade que, queira ou não o próprio Poder Judiciário, vem lhe sendo imposta através da lei, e cada vez mais mostra-se como instrumento legitimador das decisões que servirão de padrão decisório. Eis o porquê de a Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal fazer constar na Exposição de Motivos<sup>333</sup>:

Por outro lado, e ainda levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país.

Louvável, pois, a oportunidade de construir-se o precedente de forma participativa. Sendo as decisões jurisprudenciais paradigmáticas, influenciando ou mesmo determinando a solução a ser dada a casos idênticos ou nos quais presente uma *eadem ratio*, integrando o “direito jurisprudencial”, é através da abertura ao debate, à participação, ao contraditório efetivo que se atenua o déficit democrático, placitando o

---

<sup>333</sup> BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015ivos do Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015, p.20.

Poder Judiciário como ente e agente capaz de exercer o papel de elaborador da justa norma do caso concreto.

#### 4.3- Conflito de competência

Como uma das primeiras manifestações explícitas do legislador em prestígio da jurisprudência, o Código de Processo Civil de 1973 passou a autorizar, em sede de conflito de competência, que o relator resolvesse monocraticamente o incidente, em havendo jurisprudência dominante no tribunal<sup>334</sup>. Note-se que o dispositivo serviu de fissura a um só tempo na estrutura de dois dogmas processuais de então, o de que era a lei e não a jurisprudência o padrão decisório, e ao princípio da colegialidade, tão cara nos julgamentos dos tribunais.

A alteração de 1998 previu que o próprio relator decidisse o conflito de competência, prestigiando a jurisprudência do seu tribunal, e, caso a parte não concordasse com o resultado, poderia provocar o colegiado através do recurso do agravo para que outros julgadores do órgão recursal correspondente decidissem sobre o acerto ou não da decisão monocrática. Deveras, mais do que decisões do tribunal a que pertença, estaria autorizado o julgador a honorificar a jurisprudência dos tribunais superiores, em conformidade com o que anotou doutrina:

A norma autoriza o relator a decidir de plano, monocraticamente, o conflito de competência pelo mérito, quando a tese já estiver pacificada no tribunal, constituindo jurisprudência dominante. Nada impede que o relator possa, também, julgar o mérito do conflito quanto à tese já firmada em jurisprudência dominante no STF e no STJ, em atenção ao princípio da economia processual. (NERY JUNIOR, 2010, p. 399).

A Lei nº 9.756/98, vale mencionar, além de permitir, conforme acima apontado, decisão monocrática do conflito de competência, em caso de jurisprudência dominante no tribunal a que pertença<sup>335</sup>, autorizou, também, o relator a singularmente *negar seguimento* a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, além de *dar provimento* ao recurso, se a decisão recorrida estiver em *manifesto* confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior<sup>336</sup>, dando mais um passo na direção de conceder maior peso à jurisprudência.

---

<sup>334</sup> Conforme art. 120, p. ú., do CPC/73, com redação dada pela Lei nº 9.756/98.

<sup>335</sup> Art. 120, p. ú., CPC/1973.

<sup>336</sup> Art. 557, *caput* e §1º-A, CPC/1973.

O CPC de 2015, na mesma toada e em sede de conflito de competência, possibilita o relator a julgar de plano o incidente quando sua decisão fundar-se em súmula do próprio tribunal, mas agora deferindo-lhe, ainda, idêntica solução quando escorar-se em enunciado tanto do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça, em tese firmada em julgamento de casos repetitivos e em incidente de assunção de competência<sup>337</sup>, em mais uma demonstração do relevo que ganhou a jurisprudência no novo *Codex*. Igualmente possível, nesses casos, o contraditório, através da interposição de recurso<sup>338</sup> da decisão singular do relator, o qual será julgado pelo mesmo órgão competente para julgar o conflito de competência, agora de forma colegiada.

#### 4.4) Súmula Vinculante

A súmula é um repertório de entendimentos, um breve resumo de casos e suas respectivas soluções, como forma de organizar, compilar, propiciar seja dada a mesma solução a casos idênticos e evitada, assim, a dispersão nos julgamentos. Trata-se, pois, de método de trabalho organizado<sup>339</sup>.

Somente a partir da década dos 1963, por emenda ao Regimento publicada em 30 de agosto de 1963, entrou em vigor, no início do ano judiciário de 1964, com as suas primeiras 370 ementas, aprovadas na sessão plenária de 13 de dezembro do ano anterior<sup>340</sup>, a súmula de jurisprudência predominante Supremo Tribunal Federal<sup>341</sup>.

A criação da Súmula do STF deveu-se ao Ministro Victor Nunes Leal que, ao assumir a toga naquela Corte, percebeu que os demais juízes se reportavam à própria memória para indicar aos pares a jurisprudência do Tribunal. Dizendo-se novato e não

---

<sup>337</sup> Art. 955, p. ú., CPC/2015.

<sup>338</sup> Trata-se de agravo interno, nos termos do art. 1.021, CPC/2015.

<sup>339</sup> O Glossário Jurídico do Supremo Tribunal Federal descreve no verbete súmula: “Palavra originária do latim SUMMULA, que significa sumário, restrito, resumo. É uma síntese de todos os casos, parecidos, decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara. A súmula não possui caráter cogente, servindo apenas de orientação para futuras decisões.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=S&id=382> Acesso em: 15/05/16.

<sup>340</sup> Conforme o próprio Victor Nunes Leal em discurso proferido no Instituto dos Advogados de Santa Catarina, em 4 de setembro de 1981. (LEAL, 1981). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43387/42051>. Acesso em: 09/04/2016.

<sup>341</sup> Segundo Fernando Dias Menezes de Almeida, “[i]ntegrando a Comissão de Jurisprudência do Tribunal, juntamente com os Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, o Ministro Victor Nunes apresentou a ideia e foi o Relator da emenda regimental que criou a Súmula. Foi ainda, por ocasião da introdução da Súmula, o Relator de seus primeiros 370 enunciados. Note-se que, na terminologia original e ainda na terminologia regimental, a expressão ‘Súmula’ se referia ao conjunto dos ‘enunciados’, publicada e atualizada periodicamente; a prática posterior consagrou também o uso de ‘Súmula’ significando cada enunciado.” (ALMEIDA, 2006, p. 32).

confiando na sua própria capacidade de retenção de informações, pôs-se a anotar o resumo de cada caso e a posição do colegiado a respeito de diversos temas, de forma que se lançou na empreitada de criar uma “súmula do Supremo Tribunal Federal” foi um desenlace natural. Nas palavras do próprio Victor Nunes Leal<sup>342</sup>:

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 a sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente na Corte. Juiz calouro, com o agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante sessões de julgamento.

Ainda que não obrigatórias, os enunciados constantes da Súmula passaram a ser seguidos, racionalizando e otimizando os trabalhos dos ministros, máxime quando o entendimento do Supremo Tribunal Federal produzia consequências práticas consideráveis. Ademais, ao julgar o Mandado de Segurança 9.137, no qual abordou a função daquele tribunal como intérprete último da Constituição e aspectos de função legislativa na sua atuação, registrou o Ministro Victor Nunes Leal que, “(...) [n]o uso de tal prerrogativa, esta Corte, em certos casos, procede mais ou menos como legislador, porque, pela reiteração de seus julgados, cria normas onde a lei é omissa, obscura ou confusa.” (ALMEIDA, 2006, p. 43).

O Código de Processo Civil de 1939, fiel à ideia de que a lei é a mais importante fonte de direito e disciplinando a atuação do juiz, prescreveu:<sup>343</sup>

---

<sup>342</sup> Conferência proferida por Victor Nunes Leal, em 1981, no Instituto dos Advogados de Santa Catarina, em 4 de setembro de 1981. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43387/42051>. Acesso em: 09/04/2016. Em discurso do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, em 14 de Agosto de 1985, homenageando no plenário do Supremo Tribunal Federal o Ministro Victor Nunes, falecido em 17 de Maio do mesmo ano, foi citado o seguinte excerto da conferência indicada: “A Súmula significou, ao mesmo tempo, melhoria qualitativa (dadas a estabilização, sem petrificação, da jurisprudência e a conseqüente equanimização das decisões) e racionalização quantitativa dos trabalhos da Corte (funcionando, ele o diria, como ‘princípio da relevância às avessas’). Só ela bastaria para singularizar, na passagem de Victor Nunes pelo Supremo Tribunal, esta combinação incomum de um jurista de brilho intelectual invulgar com um organizador extraordinário”. (ALMEIDA, 2006, p. 33).

<sup>343</sup> A Constituição de Weimar, entendendo que o ato de julgar pertence à consciência, previa: “Art.102. O Poder Judiciário é exercido por tribunais independentes, apenas submetidos à lei”. Tradução livre da versão em inglês: “Article 102. Judges are independent and subject only to the law”. Disponível em [http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php). Acesso em: 08/04/16. Nas lições de Jorge Miranda: “A Constituição do *Reich* alemão, aprovada em 11 de agosto de 1919 na cidade de Weimar, pode considerar-se o mais importante texto nessa altura concebido e espelha bem toda a mudança no modo de encarar os problemas políticos, sociais e econômicos do século XIX para o século XX. O seu interesse é múltiplo, quer no plano sistemático quer no da experimentação constitucional; e por isso, ficaria registrada na história e no direito comparado.” (MIRANDA, 2003, p. 125).

Art. 113. O juiz não poderá, sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, eximir-se de proferir despachos ou sentenças.<sup>344</sup>

O dispositivo, como se vê, dispõe expressamente acerca de “lei” e mereceu de Pontes de Miranda o seguinte comentário:

Toda injustiça de resolução é injusta aplicação da lei (F. Stein, *Das private Wissen*, 109), ou porque não incidiu, ou porque não se respeitou toda a abrangência da que incidiu, ou se dilatou tal abrangência. Os erros do juiz ou são de observação ou de subsunção. Aqueles se ligam ao perceber, ao intuir e ao sentir (sentimento); esses ao desconhecimento do direito que deveria ser aplicado, à interpretação incorreta, à aplicação de regra de direito ou de máxima de experiência que não incidiu. (MIRANDA, 1947, p. 411).

Como um “método” de trabalho voltado a dar maior racionalidade e eficiência à tarefa judicante, e a partir do exemplo da corte sobranceira do país, a Súmula foi sendo paulatinamente disseminada. Já em 1966, a lei que organizou a justiça federal de primeira instância, previu a sua elaboração no Tribunal Federal de Recursos, para a orientação dos juízes e interessados<sup>345</sup>. O “Código Buzaid”, de 1973, tratou, como era de esperar-se, do “direito jurisprudencial”<sup>346</sup>, precisamente no ambiente do incidente da uniformização da jurisprudência<sup>347</sup>, que parece ser seu *habitat* natural, ainda que o mesmo diploma legal dispusesse:

Art.126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá a analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Segundo verifica-se, o legislador de 1973 reconheceu na lei a principal fonte de direito, dotada de imperatividade, e que deveria ser aplicada pelo juiz, ainda que não a

---

<sup>344</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm). Acesso em 08/04/2016.

<sup>345</sup> Lei nº 5.010/66: “Art. 63. O Tribunal Federal de Recursos organizará, para orientação da Justiça Federal de Primeira Instância, e dos interessados, Súmulas de sua jurisprudência, aprovadas pelo seu plenário, fazendo-as publicar, regularmente, no ‘Diário da Justiça’ da União e nos Boletins da Justiça Federal das Seções.

§ 1º Poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes do Tribunal, num caso, ou por maioria qualificada, em dois julgamentos concordantes, pelo menos.

§ 2º Os enunciados da Súmula prevalecem e serão revistos, no que couber, segundo a forma estabelecida no Regimento do Supremo Tribunal Federal.

<sup>346</sup> Adota-se, nesta pesquisa, a expressão “direito jurisprudencial”, como utilizada por Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 283).

<sup>347</sup> Arts. 476 a 479, do CPC/1973. Confira-se, especialmente: “Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.”

considerasse a melhor opção ou tese a ser adotada. Celso Agrícola Barbi asseverou, em comentário ao dispositivo em tela:

Havendo norma legal acerca do assunto submetido ao juiz, não poderá ele deixar de aplicá-la e recorrer a outras fontes de direito. Não existindo norma daquela categoria, o artigo dispõe que o juiz recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. (BARBI, 1999, 389).

Igualmente é a opinião de José Carlos Barbosa Moreira, ao tratar da constituição de precedente na uniformização da jurisprudência, registrando que “[p]or outro lado, as proposições constantes da *Súmula* não tem obrigatoriedade assimilável à da lei, não vinculam os outros tribunais do país, nem os juízos de primeiro grau.” (MOREIRA, 1998, p.26). Por seu turno, Pontes de Miranda, a par de concordar que a *súmula* é apenas um “precedente”, sem ter força de lei, reconheceu:

Não se trata de *assentos* com “força de lei”, que o Anteprojeto inserira no seu texto; porém não retiremos aos textos de 1973 a criação de dever dos juízes das turmas, das câmaras e dos grupos de câmaras, de respeitar as decisões das maiorias absolutas, postas em *súmula*. A expressão “precedente” na uniformização da jurisprudência de modo nenhum pode ser entendida como simples ocorrência sem eficácia. Outra expressão, “predominante”, que adjetiva a jurisprudência inserta em *súmula*, conforme o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, revela que há eficácia, contra a qual só se há de advertir fundamentação tal que leve a mudança de atitude por parte da nova maioria absoluta. O Código de 1973 tenta, com acerto, começar já de baixo a uniformização da jurisprudência, que irá até a função magna do Supremo Tribunal Federal. (MIRANDA, 1974, p.40).

Entretanto, a semente das *súmulas* já havia sido lançada e tal e tamanha a força de seu germen que se pôs a espriar-se também para o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal de Alçada de São Paulo, além de servir de inspiração para sistemas aparentados no Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP)<sup>348</sup>, na Receita Federal, através de seus “pareceres normativos” e na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro<sup>349</sup>. Assim, também a Lei nº 8.038/90, que instituiu normas procedimentais para processos e recursos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, previu expressamente a *Súmula* destes tribunais<sup>350</sup>.

Em 1992, como forma de conceder efeitos *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade dadas pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto, foi apresentada Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 130, de autoria do Deputado

---

<sup>348</sup> Departamento Administrativo do Serviço Público (D.A.S.P.), criado pelo Decreto-lei nº 579, de 30 de julho de 1938.

<sup>349</sup> No sentido do texto, confira-se as lições de Victor Nunes Leal. (LEAL, 1981, p. 1).

<sup>350</sup> Art.38, da Lei nº 8.038/90.

Roberto Campos<sup>351</sup>. Tal intento objetivou, conforme consta das justificativas de seu autor:

Além de conferir *eficácia erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no Direito brasileiro o conceito de *efeito vinculante* em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos ou motivos determinantes* (tragende Gründe).

Ainda que todo o projetado na PEC 130 não tenha vingado, foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) nº3, em 1993, que alterou o art. 102, da Constituição da República de 1988, tratando da competência do Supremo Tribunal Federal, para criar no nosso ordenamento constitucional a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), conforme se segue:

Art. 102. ....

I - .....

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A EC nº 3/93, realmente, ficou aquém do que desejava a PEC 130 já que, nesta, previa-se a exclusão da vetusta “cláusula do Senado”, através da supressão do art.52, X, da Constituição da República de 1988, passando todas as decisões em controle de constitucionalidade, tanto o concentrado como o difuso, a produzirem efeitos contra todos, sem a necessidade de ter-se uma resolução senatorial para tanto.

A primeira constituição republicana, inspirada no modelo norte-americano, adotou a doutrina do *judicial review*, cometendo ao Poder Judiciário a competência para deixar de aplicar as leis e atos normativos que estivessem em discordância com o texto constitucional. O controle ocorria apenas diante dos casos em concreto, produzindo efeitos *inter partes*. Conforme registra Fábio Carvalho Leite, cuidando da competência do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1891 (art.59, § 1º):

---

<sup>351</sup> Publicada no Diário do Congresso Nacional (Seção I), em 23 de setembro de 1992, p.21693. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23SET1992.pdf#page=19>. Acesso em: 08/04/2016.

Como se pode verificar, a Constituição não apenas atribuía competência ao Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como ainda estabelecia competência recursal ao Supremo Tribunal Federal, que, portanto, assumiria papel primordial no exercício deste controle. Deste modo, se por um lado caberia ao Congresso, nos termos do art. 35, §1º, velar na guarda da Constituição, ainda que não privativamente, por outro caberia ao Poder Judiciário, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, rever e eventualmente anular os atos aprovados pelo Congresso, a partir justamente da verificação do (des)respeito à Constituição. O STF assumiria uma posição privilegiada, pois a esta Corte caberia rever as decisões das instâncias inferiores e, portanto, a manifestação inapelável a respeito da validade das leis e atos normativos em vigor no País. (LEITE, 2003, pp.156-157).

Se a República trouxe o controle de constitucionalidade, não adotou o modelo do *stare decisis*; assim, uma lei, embora invalidada em um caso concreto, não era retirada do ordenamento jurídico, continuando a produzir efeitos para os que não foram alcançados pelos limites subjetivos da coisa julgada. A Constituição de 1934, contudo, alçando o Senado Federal ao papel de coordenação, cometeu-lhe, dentre outras, a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”(sic)<sup>352</sup>. Tal competência do Senado (“cláusula do Senado”) foi repetida nas demais Constituições brasileiras, exceto na de 1937, levando Pedro Calmon a anotar acerca desta Carta:

Não é, pois, o Senado, no atual sistema, a segunda casa do Congresso, ou a Camara Alta, como no de 1891. Tem a categoria de colaborador do Legislativo (art.22), mas, o que lhe define a índole de Poder Coordenador, outras funções de grande transcendência no mecanismo do regimen, proprias de um organismo de fiscalização e ‘contrôle’ do governo federal e da sua articulação com os Estados, cuja autonomia o Senado diretamente representa. (sic) (CALMON, 1937, p. 202).

Tal estado de coisas, fez Roberto Campos registrar em seu projeto<sup>353</sup>:

O precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso no entanto não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista embora aí mais formalizado.

Acrescentando, ainda, o referido congressista:

---

<sup>352</sup> Constituição da República de 1934, do art. 91, IV.

<sup>353</sup> Publicada no Diário do Congresso Nacional (Seção I), em 23 de setembro de 1992, p.21695. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23SET1992.pdf#page=19>. Acesso em: 08/04/2016.

É de se registrar a ocorrência de precedente vinculativo nos assentos da velha Casa de Suplicação de Portugal por força de regras das Ordenações Manuelinas de 1521 (Liv. V. Tít. 58. § 1º) continuadas nas Ordenações Filipinas (Liv. I, Tít. 5, § 5º) com regulação minuciosa na Lei da Boa Razão, de 1769, e persistência no Direito hodierno, haja vista a disposição do Código Civil de 1966; art. 2º, no sentido de que: "Nos casos declarados em lei, podem os tribunais fixar, por meio de assuntos, doutrina (sic) com força obrigatória geral ..." (cf. Nelson Sampaio, op.cit.).

Porém, mesmo não logrando acabar com os efeitos *inter partes* do controle incidental de constitucionalidade<sup>354</sup>, o constituinte derivado de 1993 reforçou a jurisdição constitucional ao expandir os efeitos da declaração de constitucionalidade, vinculativamente, aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Criou-se, pois, hipótese curiosa já que um juiz pode e deve deixar de cumprir uma lei que entenda inconstitucional, decisão essa que, como curial, está sujeita a recurso; porém, deixando-se de aplicar norma que já tenha sido batizada de constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e cuja observância, neste quadro, deve ser incontestada, desafia o manejo da reclamação constitucional<sup>355</sup> diretamente ao Tribunal de cúpula. A lei declarada constitucional pelo STF passa, pois, a ser uma revestida de um *plus*, a qual não se deve deixar de cumprir.

Destaque-se, por importante, nas palavras do Ministro Cezar Peluso<sup>356</sup>:

(...) só se torna lícito falar em afronta à eficácia vinculante da *ratio decidendi* de decisão proferida por esta Corte, no bojo de ADI ou ADC, nos casos em

<sup>354</sup> Tal competência do Senado ("cláusula do Senado") foi repetida nas demais Constituições brasileiras, exceto na de 1937.

<sup>355</sup> CR/88: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. (...)". Insuperável a lição do Ministro Celso de Mello acerca da natureza jurídica do instituto da reclamação: "A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê – ação (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, *RTJ* 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, *O Poder Judiciário e a Nova Constituição*, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orozimbo Nonato, *apud* Cordeiro de Mello, *O processo no Supremo Tribunal Federal*, vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, *A Correição Parcial*, p. 110, 1969), medida de direito processual constitucional (José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 3o, 2a parte, p. 199, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Ministro Djaci Falcão, *RTJ* 112/518-522) –, configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (*RTJ* 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do STF (CF, art. 102, I, *l*) e do STJ (CF, art. 105, I, *f*).” (Rcl 336, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-12-1990, Plenário, *DJ* de 15-3-1991.) No mesmo sentido: Rcl 7.759, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 26-2-2009, *DJE* de 4-3-2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>. Acesso em: 08/05/16.

<sup>356</sup> Rcl 8.662, rel. min. Cezar Peluso, decisão monocrática, julgamento em 31-8-2009, *DJE* de 13-10-2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacaoArtigo.asp?item=347&termo=28>. Acesso em: 08/05/2016.

que o provimento jurisdicional ou administrativo impugnado verse a mesma questão jurídica, decidida em sentido contraditório ao teor do aresto invocado como paradigma. Torna-se necessário que a matéria de direito debatida no pronunciamento, cuja autoridade se alega ofendida, seja em tudo semelhante, senão idêntica, àquela sobre a qual se funda a decisão que teria desembocado em conclusão oposta. De outra forma, distintas as situações, não se justifica nem legitima a imposição da eficácia vinculante para além dos limites objetivos e subjetivos da ação em que se exerceu controle concentrado de constitucionalidade.

Já as súmulas vinculantes ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Emenda Constitucional 45, de 2004, como ainda mais outro passo na direção de abalizar-se a jurisprudência, ao introduzir o art. 103-A, da Constituição da República, *in verbis*:

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.

Após a edição da EC/45, de 2004, veio a lume a Lei nº 11.417/2006<sup>357</sup>, que, regulamentando o instituto da súmula vinculante<sup>358</sup>, prescreveu que seu enunciado envolverá a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, objeto de

---

<sup>357</sup> A Lei nº 11.417/2006 é assim ementada: “Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.”

<sup>358</sup> Colhe-se na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal: “Súmulas vinculantes. Natureza constitucional específica (art. 103-A, § 3o, da CF) que as distingue das demais súmulas da Corte (art. 8o da EC 45/2004). Súmulas 634 e 635 do STF. Natureza simplesmente processual, não constitucional. Ausência de vinculação ou subordinação por parte do STJ.” (Rcl 3.979-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, julgamento em 3-5-2006, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: Rcl 10.707-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 20-10-2010, DJE de 4-11-2010; Rcl 3.284-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 1º-7-2009, Plenário, DJE de 28-8-2009.” *In Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF)*, 2011, p.1418.

controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que, além de atual, seja apta a acarretar insegurança jurídica de monta e avolumar o número processos sobre idêntica questão.<sup>359</sup> O Supremo Tribunal Federal passou a contar, assim, com mecanismo que lhe confere a função atípica de editar fonte normativa, já que fixará enunciado contendo verdadeiro comando a ser obedecido, por todas as demais instâncias judiciárias, assim como pelo Poder Executivo, de todas as esferas, ficando alforriado desta vinculação apenas o Poder Legislativo. Realmente, o próprio STF registra acerca deste instituto:

Trata-se de verbete editado pelo Supremo Tribunal Federal, apoiado em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O enunciado tem 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. Para a edição de súmula vinculante é necessário que pelo menos dois terços dos membros do Tribunal concordem com sua aprovação. Tal instituto foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário).<sup>360</sup>

A arquitetura da súmula vinculante, embora possa ser trabalhada na teoria das fontes, não tem o condão de subordinar a lei à jurisprudência, por mais alto coturno que essa ostente<sup>361</sup>. A soberania popular, cristalizada através dos seus representantes, permanece cimeira, tanto que “revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”<sup>362</sup>. Porém, não se está a emascular, sejam os demais juízes e tribunais, seja a própria Administração Pública, considerando que tais órgãos poderão não aplicar a súmula em questão, desde

---

<sup>359</sup> Nos termos do art.2º, § 1º, da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

<sup>360</sup> Nos termos indicados no glossário do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbetes.asp?letra=S&id=581>. Acesso em: 15/05/2016.

<sup>361</sup> Confira-se o seguinte excerto: “O efeito vinculante e a eficácia contra todos (“erga omnes”), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF. Doutrina. Precedentes. Inadequação, em tal contexto, da utilização do instrumento processual da reclamação.” STF, Rcl 5442 MC/PE, Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo477.htm>. Acesso em: 16/05/16.

<sup>362</sup> Nos termos do art. 5º, da Lei nº 11.417/2006.

que se desincumbindo do ônus majorado de demonstrar fundamentadamente a sua impertinência ao caso concreto.

A súmula vinculante materializa-se em um texto e, portanto, tal como ocorre com a lei, a norma jurídica por ela veiculada é a resultante da sua interpretação, diante do caso concreto. Considerando este seu caráter normativo e abstrato é que parte da doutrina lança a crítica de que:

(...) a formação do precedente deve basear-se pelos seus fundamentos, enquanto *rationes decidendis*, ligados ao caso e suas circunstâncias e não em fórmulas abstratas (problema de nossa concepção calcada na questão de Direito), sendo necessária a observância ao princípio legal necessário para se chegar à decisão (elemento vinculativo do caso). (WELSCH, 2016, p. 118)

Vale destacar que a discussão acerca do peso da jurisprudência não é nova, conforme atesta exemplo, envolvendo o Ministro Hahnemann Guimarães, e que retrocede ao ano de 1947, no Supremo Tribunal Federal<sup>363</sup>:

O Ministro Hahnemann Guimarães tinha a perspectiva de que o Direito não era algo estático. Ele próprio mudou de opinião em questões importantes, algumas vezes alinhando-se aos seus pares, outras fazendo que os demais Ministros se alinhassem à sua posição, ainda que em um momento futuro. Paradigmática a expressão do seu pensamento no julgamento do RE 9.002/DF, de 6-5-1947, manifestando-se da seguinte forma: “Por maior que seja a *auctoritas rerum similiter iudicatarum*, nunca se pode, em nosso direito, admitir que a jurisprudência não possa ser alterada (...)”. O sistema jurídico brasileiro, com origem no sistema romano- germânico, não tem por base *case law*. Porém, a estabilidade das decisões, e mesmo as decisões como fonte da lei em si, como sucede no sistema do *common law*, pode ser analisada sob a perspectiva positivista como o fez John Austin, na verdade, anteriormente a Hans Kelsen, sendo que este desenvolveu suas idéias a partir do ponto de vista do sistema romano-germânico. Ressalte-se que, mesmo no sistema romano- germânico, a jurisprudência é reconhecida como fonte mediata do Direito. (VALADÃO, 2010, p. 233).

Conforme visto, caso o juiz não aplique a Súmula, por entender que seus motivos determinantes, os seus fatos materiais, estão divorciados daqueles a envolverem o caso sob julgamento, renderá ensejo ao instituto da reclamação<sup>364</sup> ao

---

<sup>363</sup> O Supremo Tribunal Federal editou a coleção “Memória Jurisprudencial” que, através da biografia e relato do ofício judicante de seus ministros, segundo a apresentação da obra feita pelo Ministro Nelson Jobim, “[c]ontribuirá para o aprofundamento dos estudos de teoria constitucional no Brasil.” (HORBACH, 2007).

<sup>364</sup> Nos termos do Glossário do STF, “(Rcl) A Reclamação é um processo sobre preservação de competência do Supremo Tribunal Federal (STF). Está prevista na Constituição Federal de 1988, artigo 102, inciso I, letra “I”, e regulamentada pelos artigos 156 e seguintes, do Regimento Interno do STF. Sua finalidade é preservar ou garantir a autoridade das decisões da Corte Constitucional perante os demais tribunais. Além dos requisitos gerais comuns a todos os recursos, deve ser instruída com prova documental que mostre a violação da decisão do Supremo.” Disponível em:

Supremo Tribunal Federal o que, por si só, revela que a jurisprudência não engessa o julgador, senão que se trata de um mecanismo de racionalização sistêmica, já que, afinal, cabendo a medida em questão, essa poderá ser procedente ou não<sup>365</sup>: caso o juiz tenha corretamente afastado o entendimento sumulado, o tribunal não acolherá o pedido, placitando a decisão impugnada; ao revés, julgada procedente, acarretará a anulação do ato administrativo ou da decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida. Registra, no ponto, Luís Roberto Barroso:

A fim de evitar o esvaziamento do instituto por eventual insubordinação dos órgãos que deveriam aplicar as súmulas, o §3º do art. 103-A previu o cabimento de reclamação contra a decisão judicial ou ato administrativo que deixar de aplicar súmula vinculante pertinente ou aplicá-la de forma indevida. Essa é a forma de levar os casos de aparente descumprimento diretamente ao STF, que poderá cassar o ato impugnado e determinar a sua substituição por outro que esteja em consonância com o entendimento sumulado. A despeito da importância da reclamação na hipótese, a verdade é que o mecanismo pressupõe a observância espontânea das súmulas na generalidade dos casos. Sem isso, o STF logo se veria soterrado sob um novo tipo de avalanche, agora composta por milhares de reclamações. (BARROSO, 2009, p.87).

A entronização da súmula vinculante foi mais um movimento na direção do “direito jurisprudencial”, especialmente à mingua de uma prática à moda do *stare decisis* que, nas lições de Edward Re:

(...) A doutrina, cuja formulação é *stare decisis et non quita movere* (mantenha-se a decisão e não se distorça o que foi decidido) tem raízes na orientação do *common law*, segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira. (RE, 1994, p. 282)

Realmente, diante do organograma constitucional do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal é o órgão com competência para interpretar a Constituição, fixando-lhe o sentido e o alcance. Não se mostra lógico, nem processualmente econômico e eficiente que, cumprida a missão que lhe confere expressamente a Constituição, os juízes e tribunais, que estão subordinados ao “tribunal constitucional”, não guardem acatamento com o que decidido, comprometendo a harmonia do sistema. Exatamente por isso, ao editar, revisar ou cancelar a súmula vinculante, dever-se-á pluralizar o debate constitucional, através da manifestação de terceiros<sup>366</sup>, além da

---

<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=204>. Acesso em: 15/05/16. O Código de Processo Civil de 2015 disciplina o instituto nos artigos 988 a 993.

<sup>365</sup> CPC/2015: “Art. 992. Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.”

<sup>366</sup> Segundo art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006.

participação de todos os que são legitimados para deflagrar o procedimento, em um rol ainda mais amplo ao autorizado a deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade<sup>367</sup>. De fato, conforme o contributo de Peter Häberle para uma interpretação pluralista da constituição:

O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública (Öffentlichkeit) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e a longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (Öffentlichkeit) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição.” (HABERLE, 1997, p. 27).

Consoante anota Gisele Mazzoni Welsch:

O STF, ao editar uma súmula vinculante, atribui a uma decisão proferida em sede de recurso extraordinário uma eficácia típica das decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, o que fez com que parte da doutrina afirmasse que a súmula vinculante seria mais um fenômeno da chamada objetivação do recurso extraordinário. (WELSCH, 2016, p.115).

Vale notar, que o caminho rumo ao “direito jurisprudencial” deve ser palmeado com cerimônia e cuidado, tanto que o constituinte derivado de 2004 estabeleceu, naquele momento histórico, que as súmulas (simples) do Supremo Tribunal Federal “somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”<sup>368</sup>. Tal disposição, entretanto, não parece infirmar a possibilidade de uma lei que proveja sobre processo, e que discipline a atividade dos juízes e tribunais<sup>369</sup>, venha a determinar que neste exercício, as Súmulas

---

<sup>367</sup> Comparar art.103, da Constituição da República e o art. 3º, da Lei nº 11.417/2006. A revisão, cancelamento ou edição de súmula vinculante também pode ocorrer por provocação dos 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, segundo a norma em destaque.

<sup>368</sup> Emenda Constitucional nº 45, de 2004: “Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.”

<sup>369</sup> Constituição da República de 1988: “art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...), XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes (...)” e “art. 24. Compete à União,

devam ser observadas. Afinal, trata a jurisdição de uma atividade estatal e, portanto, submetida aos ditames da lei, inexistindo princípios absolutos e nem sendo de admitir-se uma independência de seus integrantes tão ampla, capaz de quebrar o sistema no qual e são inseridos. A independência do juiz está vocacionada para proteger a sua consciência e garantir-lhe imparcialidade, porém não alberga o capricho, o arbítrio e muito menos a insubordinação aos ditames constitucionais que franquearam, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, a tarefa de interpretar, respectivamente, a Constituição e as leis infraconstitucionais federais<sup>370</sup>. Merece, pois, registro a lição, sempre atual, de Karl Larenz:

Os tribunais resolvem casos concretos. (...) Indirectamente, qualquer resolução judicial pode, por isso, actuar mediante o conteúdo da sua fundamentação, para além do caso concreto decidido. Com efeito, na medida em que responde à pretensão nela suscitada, representa um paradigma, um modelo para futuras resoluções que se refiram a casos semelhantes, nos quais tenha relevância a mesma questão jurídica. De facto, os tribunais, especialmente os tribunais superiores, procuram orientar-se em grande medida por tais resoluções paradigmáticas – pelos precedentes –, o que é útil à uniformidade e à continuidade da jurisprudência e, ao mesmo tempo, sobretudo, a segurança jurídica. (LARENZ, 1997, pp.610 e 611)

Realmente, assumindo o modelo constitucional de processo como resultado da passagem de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional, o processo civil há de deixar de ser o espaço no qual são resolvidos litígios concretos e passar a ser a arena privilegiada para a promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes. Conforme destaca Daniel Mitidiero:

Essa finalidade responde a dois fundamentos bem evidentes do Estado Constitucional – a *dignidade da pessoa humana* e a *segurança jurídica*. E é justamente levando em consideração esses dois elementos que é possível visualizar esses *dois importantes discursos* que o processo civil deve ser capaz de empreender na nossa ordem jurídica a fim de que essa se consubstancie em uma *ordem* realmente idônea para *tutela dos direitos*. Somente a partir dessa *dupla perspectiva* é que se mostra possível distribuir adequadamente as competências entre as cortes judiciárias no Estado Constitucional. (MITIDIERO, 2014, p. 18).

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, já na oportunidade de discutir o sistema processual ora ab-rogado, lançou lição que ainda se aplica, em palestra proferida sob os auspícios da Escola Judicial de Minas Gerais:

Se o estudo detalhado dos dispositivos se faz necessário, se o conhecimento pormenorizado do seu texto se encomenda, sobretudo a nós juízes, é de

---

aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XI - procedimentos em matéria processual (...).”

<sup>370</sup> Constituição da República de 1988, arts. 102 e 105.

convir-se, porém, que muito maior relevância tem a compreensão da sua sistemática e de seus institutos fundamentais, a percepção dos princípios que o informam, pois ‘toda lei processual, todo texto particular que regula um trâmite do processo, é, em primeiro lugar, o desenvolvimento de um princípio processual’. (TEIXEIRA, 1977, p.3).

Neste sentido, perceber que o “sistema constitucional de processo”, inaugurado a partir de 1988, e completado por uma série de reformas, muitas das quais passando pelo bojo de importantes “Pactos” entre os “Poderes da República” a culminarem com a edição de um novo *Codex*, impõe um olhar sistematizado das normas processuais. Por certo, não se encontrará o Santo Graal<sup>371</sup> apenas com a mudança da lei, mas muito mais especialmente, com o câmbio das práticas. O advento do CPC de 2015 não importará, necessariamente, em uma redenção da crise que vive o processo. Concorde-se, pois, com a advertência de Joel Dias Figueira Júnior, feita ainda na fase de elaboração do Projeto do novo CPC, para quem:

Ademais, a obra humana sabidamente nunca atinge a perfeição; por isso, não pode ser a alegada imperfeição de conteúdo ou sistêmica do atual Código Instrumental o mote para a edição de um novo CPC, pois, se assim não for, em breve haveremos de editar outro diploma e, assim dar início ao ‘jogo do sem-fim’. Infelizmente herdamos a tradição romano-canônica decadente agravada pela cultura lusitana no sentido de que as novas, boas e milagrosas leis possam resolver os nossos problemas cotidianos, não raramente graves, complexos e inçados de múltiplas dificuldades. Bem-vinda a antiga e sempre atual lição de Montesquieu: *Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda parte.* (FIGUEIRA JÚNIOR, 2014, p. 132)

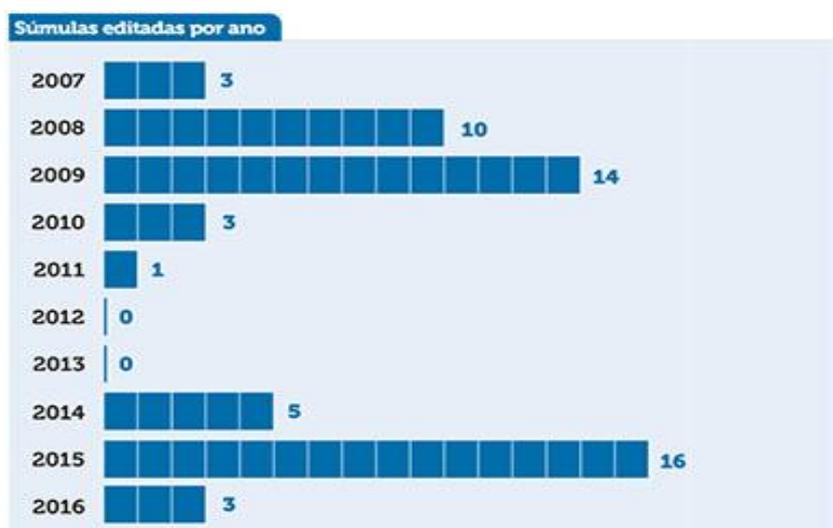
Muitas críticas poderiam ser elaboradas, outras ao menos lembradas ou registradas, certo que se reconhece não se navegar em águas plácidas e os implantes de institutos vitoriosos alhures são sempre passíveis de rejeição. Gisele Welsch, por exemplo, tratando do instituto da súmula vinculante e sua experiência no Brasil, registra corretamente que “ainda hoje se discute na doutrina se em função dos graves defeitos que assolam o Poder Legislativo brasileiro é legítimo deslocar a solução de questões democráticas/parlamentares para a esfera de decisão do Judiciário.” (WELSCH, 2016, p.119). A solução dos problemas da Justiça não se resume em alterar a lei, ainda que radicalmente, haja vista a elaboração mesma de um novo Código, mas também a discussão da própria formação dos “operadores do Direito” nas academias e o estado em que se encontra a estrutura judiciária, carecedora de capacidade de resolver o

---

<sup>371</sup> O graal, na acepção emprestada ao texto, seria o “cálice de que Jesus Cristo se teria servido na última ceia com os discípulos e no qual José de Arimateia teria recolhido o sangue e a água dimanados das chagas do Salvador na cruz”. (HAUAISS e VILLAR, 2009, p. 981).

número sempre crescente de demandas, e a falta de políticas públicas e institucionais bem alicerçadas e comprometidas com o uso das boas técnicas que as ciências, máxime a cibernética e a estatística, poderiam fornecer. Contudo, e isto por si só é muito relevante, se a solução não está garantida, a discussão está posta e viva. Pior do que se aprestar em algo que talvez não dê certo, seria manter-se inerte diante de um quadro que sabidamente está dando errado<sup>372</sup>.

Abaixo, quadro ilustrativo do número de súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal desde a criação do instituto, revelando que esta Corte vem exercendo muito parcimoniosamente a autorização constitucional que lhe foi outorgada:<sup>373</sup>



#### 4.5 – Do recurso extraordinário

<sup>372</sup> Dados do Conselho Nacional de Justiça, constantes do “Relatório Justiça em Números 2015” apontam: “Em 2014, o Poder Judiciário iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos, que tende a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior ao de ingressados (Índice de Atendimento à Demanda - IAD de 98,7%). Estima-se, portanto, que ao final de 2014 o estoque cresça em meio ponto percentual, ultrapassando, assim, 71,2 milhões de processos pendentes. Apesar deste cenário, desfavorável, houve aumento de 1,4% no total de processos baixados e que representa cerca de 28,5 milhões de processos em 2014. Já o número de casos novos aumentou em 1,1%, atingindo quase 28,9 milhões de processos ingressados durante o ano de 2014 (Gráfico 3.14). Como consequência do aumento do quantitativo de casos novos e de pendentes, a Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário foi de 71,4% no ano de 2014, com aumento de 0,8 pontos percentuais em relação ao ano anterior.” Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 09/05/16.

<sup>373</sup> Fonte: Sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320837>. Acesso em: 14/07/16.

Até o advento da República não havia controle de constitucionalidade no Brasil. A Constituição Imperial, prevendo o exercício do Poder Moderador<sup>374</sup>, trazia um mecanismo, enclausurado nas mãos do Imperador, destinado a buscar a “manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos”, mas em nada semelhante com qualquer modelo de controle de constitucionalidade como o atualmente praticado no Brasil, afirmando-se acerca daquela Carta que “[e]ra a consagração de dogma da soberania do Parlamento” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 983).

Naufragada a monarquia e instaurada uma nova ordem constitucional, surgiu, por influência de Rui Barbosa e inspirado no direito norte-americano, o controle difuso de constitucionalidade<sup>375</sup>. A Constituição da “República dos Estados Unidos do Brasil”, de 24 de fevereiro de 1891, dispunha:

Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

(...)

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º- Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a *jurisprudência* dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a *jurisprudência* dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.<sup>376</sup> (grifou-se).

A primeira constituição republicana, trouxe para o direito brasileiro um controle da validade das leis à moda do sistema estadunidense, é dizer, todo juiz que é

---

<sup>374</sup> Constituição de 25 de Março de 1824: Art.98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. (*sic*)” Para uma abordagem histórica da instituição do Poder Moderador na Constituição de 1824, veja-se, Aurelino Leal *in* História Constitucional do Brasil (LEAL, 2014, p.187).

<sup>375</sup> O Dec. nº 848, de 24/10/1890, organizando a Justiça Federal, já dispunha acerca da competência do Supremo Tribunal Federal para, *in verbis*: “Art. 9º. Compete ao Tribunal: (...) Paragrapho unico. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunales e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula. (*sic*)”.

<sup>376</sup> De se notar que o art.59, § 2º, da Constituição de 1891, dispunha expressamente acerca do acatamento que se deveria dar à jurisprudência, seja a dos Tribunais dos Estados, como também a dos Tribunais Federais.

competente para julgar uma causa, o é também para decidir, no caso concreto, acerca da compatibilidade da lei ou ato normativo, aplicável à espécie, com a Constituição. A inconstitucionalidade é, pois, a causa de pedir, não o pedido, produzindo a sua declaração efeitos *inter partes*. Lêda Boechat Rodrigues, tratando do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis no período que vai de 1891 a 1898, registra:

Foi definitivamente incorporada entre as atribuições do Poder Judiciário em todos os seus graus, a de exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, em face de casos concretos. Apenas em face de casos concretos, repita-se, e não em tese. Declarou o Tribunal que incidia na censura de direito uma sentença que infirmara em tese, por inconstitucional, um decreto emanado do Executivo, ‘porquanto aos juízes e tribunais só é facultado o deixar de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e a Constituição’ (...). (RODRIGUES, 1991, p.144).

Em sede legislativa, o recurso somente recebeu o batismo de “extraordinário” na Lei nº 221/1894<sup>377</sup>, *in verbis*:

Art. 24. O Supremo Tribunal Federal julgará os recursos extraordinarios das sentenças dos tribunaes dos Estados ou do Districto Federal nos casos expressos nos arts. 59 § 1º e 61 da Constituição e no art. 9º paragrapho unico, letra (c) do decreto nº 848 de 1890, pelo modo estabelecido nos arts. 99 a 102 do seu regimento interno, mas em todo caso a sentença do tribunal, quer confirme, quer reforme a decisão recorrida, será restricta á questão federal controvertida no recurso sem estender-se a qualquer outra, por ventura, compreendida no julgado. A simples interpretação ou applicação do direito civil, commercial ou penal, embora obrigue em toda a Republica como leis geraes do Congresso Nacional, não basta para legitimar a interposição do recurso, que é limitado aos casos taxativamente determinados no art. 9º paragrapho unico, letra (c) do citado decreto nº 848. (*sic*)

O Dec. nº 3.084/1898<sup>378</sup>, ao aprovar a Consolidação das leis referentes à Justiça Federal, disciplinou o recurso extraordinário, conforme abaixo:

Art. 744. Os recursos extraordinarios só poderão ser interpostos das sentenças definitivas ou que tiverem força de definitiva proferidas em ultima instancia pelas justiças dos Estados ou do Districto Federal nos casos expressos no art. 13, I a, e II, a e b da parte I desta Consolidação.<sup>379</sup>

<sup>377</sup> O primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal já conhecia do recurso chamado de “extraordinário” (MOREIRA, 1998, p. 564). Ver art.33, § 4º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, organizado de acordo com o Dec. nº 848/1890 e Dec. nº 1/1891. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/RegimentoInterno/RI1891/1891.pdf>. Acesso em: 21/04/16.

<sup>378</sup> O Dec. nº 3.084, de 05 de novembro de 1894. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=61849&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 20/05/16.

<sup>379</sup> Dec. nº 3.084/1894: “Art. 13. Com relação às causas da competência das justiças dos Estados e do Districto Federal, conhece dos seguintes recursos:

I. Os recursos interpostos:

a) das sentenças definitivas, ou com força de definitivas, proferidas sobre espólio de estrangeiro, quando a especie não estiver prevista em convenção ou tratado;

A Constituição de 1934, por seu turno, previu:

Art 76 - A Corte Suprema compete:

(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

(...)

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;

d) quando ocorrer *diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal*;<sup>380</sup> (grifou-se).

Seguida pela Constituição de 1937, nos seguintes termos:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:

(...)

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;

d) *quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa*.<sup>381</sup> (grifou-se).

O Código de Processo Civil de 1939, dispunha que “[n]as decisões proferidas em única ou última instância caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal, nos casos

---

(...)

II. Os recursos interpostos das sentenças das justiças dos Estados e do Distrito Federal proferidas em última instância:

a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal local for contra ella;

b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos Governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federaes e a decisão do tribunal local considerar validos esses actos ou essas leis impugnadas.

(sic)”

<sup>380</sup> Merece destaque a preocupação do constituinte de 1934 em ensejar o recurso extraordinário para a hipótese da divergência jurisprudencial.

<sup>381</sup> A Constituição de 1937 continuou a dar ensanchas ao apelo extremo em caso de divergência jurisprudencial, como já o fazia a Constituição que lhe antecedeu.

previstos no art. 101, nº III, letras a a d, da Constituição<sup>382</sup>, tendo sido este dispositivo revogado<sup>383</sup>, passando a legislação processual a prever o cabimento de recurso extraordinário para o STF das decisões proferidas, em única ou última instância, pelos Tribunais e Juízes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, nos casos previstos na Constituição Federal<sup>384</sup>.

Verifica-se da leitura dos *Textus*, tanto de 1934 como o de 1937, que o constituinte já se preocupava com a jurisprudência e com a hermenêutica dada pelos tribunais, abrindo campo para interporsição de recurso para o Supremo Tribunal Federal quando a interpretação de lei federal não fosse coincidente.

Pontes de Miranda, comentando o Código de Processo Civil de 1939, anotou superiormente:

O princípio de que o juiz está sujeito à lei é, ainda onde o meteram nas Constituições, algo de “guia de viajantes”, de itinerário, que muito serve, porém não sempre. Equivale inserirem-se nos regulamentos de fábrica princípios de física, a que se devem subordinar as máquinas: a alteração há de ser nas máquinas. Se entendemos que a palavra “lei” substitui a que lá devera estar, “direito”, já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. Esse o *verdadeiro conteúdo* do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a “letra” legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar. Seria a perfeição em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mas anti-social e – como a lei e a jurisdição servem à sociedade – absurda. Além disso, violaria, eventualmente, todos os processos de adaptação da própria vida social, porque só a eles, fosse a Ética, fosse a Ciência, fosse a Religião, respeitaria, se *coincidissem* com o papel escrito. (MIRANDA, 1961, p. 199)

A Constituição de 1946, deu o seguinte tratamento ao recurso extraordinário:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

(...)

d) *quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.*<sup>385</sup> (grifou-se).

<sup>382</sup> Nos termos do art. 863, do CPC/1939. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm). Acesso em: 20/05/16.

<sup>383</sup> Conforme Lei nº. 3.396/1958.

<sup>384</sup> Art.1º, da Lei nº. 3.396/1958.

<sup>385</sup> A letra “d” do art. 101 em testilha mantém a preocupação com a desinteligência entre decisões dos tribunais.

Em comentário à Constituição de 1946, Carlos Maximiliano, também destacando o papel da jurisprudência, asseverou:

Com efeito, a unidade de legislação substantiva pressupõe logicamente a *unidade de jurisprudência*; o Direito é constituído para disciplinar a vida real; de nada valeria, portanto, ser ele teoricamente uno, se na prática fora múltiplo. Por isso, à uniformidade de fundo, da essência, do texto, deve corresponder a *uniformidade na aplicação*. (MAXIMILIANO, 1948, p. 369). (grifou-se)

O recurso extraordinário na Constituição de 1967 recebeu as seguintes prescrições:

Art.114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais ou juízes, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

(...)

d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal

A Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1967, assim disciplinou o recurso extremo para o Supremo Tribunal Federal:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

*Parágrafo único.* As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.

O Código de Processo Civil de 1973<sup>386</sup>, ao regular o recurso extraordinário, mereceu de Pontes de Miranda a nota de que interpretar a lei federal de forma diferente do que tenha feito outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal dava ensejo ao apelo extremo, embora não houvesse vinculação do julgador ao que decidido por outro órgão do Poder Judiciário. Conforme o autor alagoano:

---

<sup>386</sup> Nos termos dos artigos 541 e ss., CPC/1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm) Acesso em: 20/05/16.

Em suma: o juiz ou tribunal não está adstrito à interpretação que outro juiz ou tribunal haja firmado, pelo fato de se tratar de regra jurídica que é feita pela entidade estatal a que pertence esse juiz ou esse tribunal. Ainda mesmo que a jurisprudência seja do Supremo Tribunal Federal, não há o *princípio da subordinação à exegese que se adotou*. Para se chegar à uniformidade da interpretação, à integridade lógica do sistema jurídico, o caminho é o exercício da pretensão recursal fundada no art.119, III, d), se outro pressuposto não se compõe. (...). (MIRANDA, 1975, p. 132).

A Constituição de 1988 deu ao recurso em questão a seguinte disciplina<sup>387</sup>:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal

Verifica-se, pois, do cotejo dos dispositivos acima, que a fisionomia do recurso extraordinário nas diversas Constituições brasileiras manteve-se muito semelhante<sup>388</sup>, somente tendo sido alterada a partir da Constituição da República de 1988<sup>389</sup> que, para além de criar Superior Tribunal de Justiça<sup>390</sup>, cindiu o recurso extraordinário, destinando ao recurso especial<sup>391</sup> parcela de competência que antes lhe cabia, buscando o figurino de uma Corte Constitucional, embora não tivesse alcançado tamanho grau de pureza já que o Supremo Tribunal Federal continuou a ter também outras

---

<sup>387</sup> Redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20/05/2016.

<sup>388</sup> Anota Barbosa Moreira que “[i]novação interessante, mas de curta duração, foi a do Dec. nº 23.055, de 9.8.1933, art. 1º, que contemplou a figura do recurso extraordinário *ex officio*, já agora *obrigatório*, a ser interposto, em determinados casos, pelo Presidente do Tribunal local ou Câmara julgadora. Na esteira da reforma de 1926, a Constituição de 1934, art. 76, parágrafo único, permitia a interposição do recurso também pelo Presidente do Tribunal local ou pelo Ministério Público, quando o fundamento fosse diversidade de interpretação da lei federal entre as Justiças estaduais, ou entre alguma delas e a Corte Suprema ou outro tribunal federal. As Cartas posteriores não reproduziram a norma” (MOREIRA, 1998, p. 565),

<sup>389</sup> A Lei nº 8.038/1990 instituiu normas procedimentais perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, tendo os dispositivos atinentes aos recursos extraordinários em sentido amplo sido revogados pelo CPC/2015.

<sup>390</sup> A 05 de Abril de 1988 o plenário da Assembléia Constituinte aprovou a criação do Superior Tribunal de Justiça. Na conformidade do noticiado à época, “[o] novo tribunal substituiu o atual Tribunal Federal de Recursos (TFR), que foi excluído dos órgãos do Poder Judiciário. Não houve controvérsia entre os constituintes para a aprovação do STJ. A proposta constava tanto do texto da Comissão de Sistematização quanto do projeto substitutivo do Centrão. Ao aprovar o texto do Centrão para o capítulo "Do Poder Judiciário", o plenário criou o STJ. Disponível em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/108050/1988\\_01%20a%2009%20de%20Abril\\_101c.pdf?sequence=3](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/108050/1988_01%20a%2009%20de%20Abril_101c.pdf?sequence=3). Acesso em: 23/04/2016.

<sup>391</sup> Conforme art. 102, III e art.105, III, ambos da Constituição da República de 1988.

competências<sup>392</sup>, constituindo-se em um “múltiplo Supremo”, conforme excelente trabalho de pesquisa levada a efeito pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro e que objetivou, através de abordagem qualitativa, orientar, de forma quantitativa e forte nos instrumentais matemáticos e estatísticos, as discussões sobre a natureza, a função e o impacto da atuação do Supremo Tribunal Federal na rotina institucional brasileira, máxime no contexto da sua democracia. Com efeito, dados coletados no bojo do projeto “Supremo em Números” apontam que, entre 1988 e 2009, 91,69% dos processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal estavam relacionados à atividade recursal, 7,80% de seu processamento envolvia a competência de uma corte ordinária e somente 0,51% dos processos estavam conectados com as atividades de corte constitucional, levando-se à afirmação de que, no órgão de cúpula do nosso sistema judicial, coexistem, na realidade, três tribunais superpostos: o constitucional, o ordinário e o recursal. Conforme estas três *personas*, pode-se concluir que, “[q]uantitativamente, portanto, o Supremo não é uma `corte constitucional` no sentido original em que esse tipo de instituição foi pensada. Em números absolutos, está muito mais próximo de uma `corte recursal suprema`.”<sup>393</sup>

Como se sabe, o recurso extraordinário é o meio de impugnação voluntário das decisões judiciais através do qual, em caso de decisão diretamente ofensiva ao texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal é chamado a controlar a aplicação e a interpretação da Constituição da República<sup>394</sup>, tendo a sua admissibilidade condicionada ao esgotamento das vias recursais ordinárias além da demonstração de que a questão constitucional discutida no recurso oferece relevância sob o prisma econômico, político, social ou jurídico. Trata-se, em suma, de revelar que o recurso interposto ostenta a chamada repercussão geral<sup>395</sup>.

---

<sup>392</sup> As competências previstas na Constituição da República são taxativas, *in casu*, as do art.102, da CR/88.

<sup>393</sup> I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo, - Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio, 2011, p.21. Disponível em: [http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i\\_relatorio\\_do\\_supremo\\_em\\_numeros\\_0.pdf](http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf). Acesso em: 09/06/16.

<sup>394</sup> Fala-se em prequestionamento da questão constitucional, já que a Constituição da República expressamente prevê acerca das “causas decididas”, cf. art. 102, III, da Constituição da República. A respeito do prequestionamento, confirmam-se os seguintes enunciados da Súmula do STF: “Súmula 282 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “Súmula 356 O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 11/05/16.

<sup>395</sup> Art.102, §3º, da Constituição da República de 1988 e Art. 1035, CPC/15.

#### 4.6 - Repercussão geral como preliminar de Recurso Extraordinário

Um dos problemas a afligir sensivelmente o Poder Judiciário brasileiro é o excesso de julgamentos a que o Supremo Tribunal Federal é obrigado a apreciar. As inúmeras competências que lhe são cometidas, somando-se ao caráter analítico<sup>396</sup> da Constituição de 1988, abrem possibilidades quase ilimitadas para que os feitos acudam ao órgão máximo do Poder Judiciário, através, senão originariamente, pela via recursal, constituindo, assim, campo fértil para recursos protelatórios ou interpostos por litigantes mal intencionados. Diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América em que a Suprema Corte, através do *writ of certiorari*<sup>397</sup>, faz uma seleção das causas que pode ou deseja julgar, levando em consideração a realidade e o interesse intrínseco de cada feito, no Brasil não existia um filtro a impedir que causas de menor coturno chegassem à cúspide do Poder Judiciário. Sintomaticamente, dados compilados pela Fundação Getúlio Vargas e apresentados no “I Relatório Supremo em Números”<sup>398</sup> apontam as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais e Estaduais como a origem de cerca de 8% dos processos existentes no Supremo Tribunal Federal, constituindo o terceiro volume de recursos naquela Corte, ainda que os juizados especiais sejam, por expressa disposição constitucional, órgãos talhados para as causas de menor complexidade ou de menor potencial ofensivo<sup>399</sup>.

---

<sup>396</sup> Conforme Luís Roberto Barroso, quanto à forma, as Constituições podem ser sintéticas ou analíticas, essas “quando desenvolvem em maior extensão o conteúdo dos princípios que adotam, resultando em um aumento do seu texto e em redução do espaço de conformação dos Poderes constituídos. Exemplos desse formato são as Constituições da Espanha, de Portugal, da Índia. Também é o caso da Constituição brasileira, que, sem embargo de suas múltiplas virtudes reais e simbólicas, é, - mais do que analítica - casuística no tratamento de diversos temas, regulando-os em pormenor.” (BARROSO, 2015, p.107)

<sup>397</sup> Em 1925, o Congresso americano, alterou a lei orgânica do Judiciário, através do chamado *Judges’ Bill*, de 13 de fevereiro de 1925, e alargou o poder discricionário da Suprema Corte para conhecer de recurso, passando a estabelecer, desde então, como um dos seus requisitos, que a controvérsia envolvida fosse relevante para todo o país. Disponível em: [http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/landmark\\_15\\_txt.html](http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/landmark_15_txt.html). Acesso em: 24/04/16. Adhemar Ferreira Maciel registrou: “A Suprema Corte, a princípio, seleciona os milhares de casos que ali aparecem anualmente, sobretudo com pedidos de *certiorari* e os admite ou não para julgamento. Em 1982, houve uma recusa de 93%. As apelações, que são poucas (10% das causas julgadas), fazem parte dos *mandatory cases*, isto é, devem ser obrigatoriamente examinadas pela Corte.” (MACIEL, 1994, p. 45).

<sup>398</sup> Disponível em: [http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i\\_relatorio\\_do\\_supremo\\_em\\_numeros\\_0.pdf](http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf). Acesso em: 08/05/16.

<sup>399</sup> Constituição da República de 1988, art. 98, I.

Por opção do constituinte derivado<sup>400</sup>, o recurso extraordinário, embora instrumento embutido no controle difuso de constitucionalidade<sup>401</sup>, passou a ter sua porta de ingresso no Supremo Tribunal Federal condicionada à demonstração de que aquilo que será discutido e decidido ostenta repercussão geral, nos termos do art.102, §3º, da Constituição da República:

Art. 102. ....  
(...)  
§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Em 2006, a lei reclamada pela Emenda Constitucional nº 45 foi editada e passou a surtir efeitos a partir de 2007<sup>402</sup>. Dessarte, dotou-se o Supremo Tribunal Federal<sup>403</sup> de um mecanismo de racionalização e otimização de seus trabalhos, já que o recorrente deve demonstrar, como preliminar formal, que o recurso merece, sob o ponto de vista econômico, social, político ou jurídico, a atenção da mais alta Corte de Justiça do país<sup>404</sup>, somente podendo ser recusado pela manifestação de dois terços de seus membros. Considera-se, para efeitos de identificação da repercussão geral, a presença de questões relevantes que ultrapassem os interesses subjetivos do processo, o que deve ser demonstrado na sua interposição, para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que o relator possa admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do

---

<sup>400</sup> Emenda Constitucional 45/2004.

<sup>401</sup> O controle difuso de constitucionalidade é aquele no qual a incompatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição não é o pedido, mas sim a causa de pedir. Veja-se, por todos, BARROSO, 2009, p. 89.

<sup>402</sup> Lei nº 11.418/2006, que acrescentou, dentre outros, o art.543-A e o art.543-B, ambos no CPC/73. Ver art. 1.035, CPC/2015.

<sup>403</sup> Conforme estatística divulgada em 15 de Julho de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, “desde 2007, o STF julgou 284 temas com repercussão geral. Entre agosto de 2014 e junho de 2016, na gestão do ministro Ricardo Lewandowski na Presidência da Corte, foram analisados 83 deles, o que corresponde a 30% do total. Os 83 casos julgados liberaram, pelo menos, 76.213 processos que estavam sobrestados no Poder Judiciário aguardando a decisão do Supremo sobre tema de natureza constitucional. Os números atestam a prioridade conferida pelo ministro em pautar para julgamento recursos dessa natureza, uma vez que possibilitam a pacificação da matéria, que deve ser aplicada pelas demais instâncias.

A repercussão geral é um instituto criado pela Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário) e implantado em 2007 a partir de normas regimentais. Ele permite ao Supremo julgar questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. O tema é discutido em recursos extraordinários que tratam de casos concretos, porém que são usados como paradigmas (ou leading cases) para que a Corte examine a matéria de fundo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=321023>. Acesso em: 16/07/16.

<sup>404</sup> Confira-se Emenda Regimental nº 21, do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 23 de março de 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/EmendaReg.pdf>. Acesso em: 24/04/16.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>405</sup>, com o fito de democratizar e pluralizar o debate acerca da Lei Maior, fato que procura suprir o *deficit* democrático inerente às decisões dos tribunais superiores mas que ostentam galardão para tornarem-se precedentes.

Realmente, como a decisão acerca da existência ou não de repercussão geral, no que é pertinente à tese jurídica ventilada no recurso extraordinário poderá tornar-se paradigmática, é permitida a manifestação de terceiros, conforme decisão irrecorrível do relator. Trata-se da figura do *amicus curiae*<sup>406</sup> que, ao levar argumentos e informações para colaborar com a corte, muito além de defender um interesse institucional, concede legitimidade à decisão-quadro (NERY JUNIOR, 2015, p.2.179) para os demais casos a serem decididos.

Reconhecida a repercussão geral e presentes os demais requisitos de admissibilidade, o mérito do recurso será julgado. Nesses casos, a rigor, o julgamento em relação ao pedido do recorrente perde em importância na mesma medida em que ganha relevo a decisão sobre determinado tema, especialmente porque já se teve por demonstrado, na própria preliminar em tela, em que consiste e em que transcende o direito individual discutido. Diante desta “objetivação” do procedimento, já que patenteado que o recurso ultrapassa os interesses subjetivos do processo, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, sejam individuais ou coletivos, que discutam a questão e tramitem no território nacional, podendo, eventualmente, o interessado requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que o exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente, neste caso, o prazo de 5 (cinco) dias para manifestação.

---

<sup>405</sup> O fundamento legal da repercussão geral são o artigo 102, §3º, da Constituição da República de 1988, acrescido pela Emenda Constitucional no 45/2004; o art. 1.035 do CPC/15 (artigos 543-A e 543-B, acrescidos pela Lei no 11.418/2006 ao CPC/73); os artigos 322-A e 328, com a redação da Emenda Regimental no 21/2007; artigo 328-A, com a redação da Emenda Regimental no 23/2008 e da Emenda Regimental no 27/2008; o artigo 13, com a redação da Emenda Regimental n° 2 4/2008 e da Emenda Regimental no 29/2009; artigo 324, com a redação da Emenda Regimental no 31/2009, todos do Regimento do Supremo Tribunal Federal e a Portaria no 138/2009 da Presidência do STF. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/RelatorioRG\\_Mar2010.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/RelatorioRG_Mar2010.pdf). Acesso em 17/05/16.

<sup>406</sup> Art.138, CPC/15. Acerca da figura do *amicus curiae*, veja-se, por todos, a excepcional obra de Cassio Scarpinella Bueno: *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. (BUENO, 2012, *passim*).

Ausente a repercussão geral, ao contrário, o tribunal *a quo* negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que envolvam matéria idêntica, enquanto aquele no qual esta preliminar tiver sido reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano, ostentando preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

Após o julgamento de mérito de tema com repercussão geral reconhecida, na hipótese do acórdão recorrido ser contrário ao entendimento adotado pelo STF, o tribunal do qual se recorre deverá reexaminar o processo ou, caso o acórdão recorrido esteja consonante com o entendimento adotado, negar seguimento ao recurso<sup>407</sup>.

Ainda que exista no ordenamento jurídico o instituto da repercussão geral, ao comentar que “o Supremo Tribunal Federal está sendo usado como um Supremo das Pequenas Causas” (FALCÃO, 2015, p. 206), diante de julgamentos de casos envolvendo verdadeiras bagatelas<sup>408</sup>, afirma Joaquim Falcão:

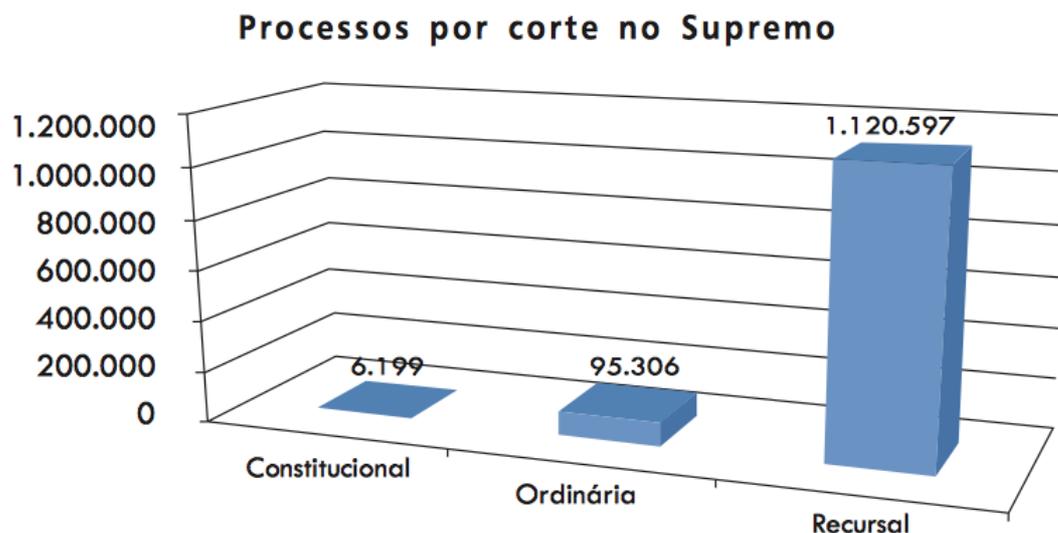
Os Ministros do STF precisam começar a usar de forma mais intensa o mecanismo de filtragem que o legislador lhes deu em 2007. Não podem, como disse também o Ministro Zavascki, julgar causas que não sejam relevantes para o país. Não podem analisar problemas que afetam apenas um brasileiro em uma pequena compra cotidiana, nem decidir milhares de vezes a mesma questão relacionada a uma empresa, obrigando seus consumidores a aguardar até o último recurso. (FALCÃO, 2015, p. 207).

---

<sup>407</sup> Art. 1040, CPC/15.

<sup>408</sup> Veja-se o paradigmático caso a envolver a compra de um saco de pães de queijo mofados, no valor de R\$5, 69 (cinco reais e sessenta e nove centavos), no qual o consumidor agravou da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário interposto. Na decisão em que negou provimento ao referido agravo, o Ministro Teori Zavascki consignou: “(...) 7. Não há como deixar de registrar, finalmente, que, inobstante o desiderato constitucional de reservar ao STF apenas recursos envolvendo questões constitucionais com manifesta “repercussão geral”, ainda se propiciam caminhos processuais que permitem a chegada, aqui, de causas como a presente. O que a parte recorrente busca ver assegurado é, unicamente, o direito de obter, além da devolução (já assegurada em primeira instância), do preço pago pela mercadoria (R\$-5,69), uma reparação moral pela “grande frustração” pessoal de não ter podido consumir imediatamente alguns pães de queijo, que estavam mofados quando foram adquiridos. Por mais honestas e sérias que pretensões como essas se apresentem, não se compreende como, em nosso País, não haja a solução por mecanismos extrajudiciais, e que, depois de judicializadas, não possam ser definitivamente resolvidas no âmbito dos juizados especiais. Só admitindo a falência desses Juizados e dos demais juízos e tribunais estaduais e federais que compõem as instâncias ordinárias é que se poderia admitir a submissão de causas como essas à apreciação do Supremo, obrigando que a mais alta Corte Judiciária do Brasil sobre ela se debruce, ainda que para afirmar que o recurso não deveria ter sido interposto. Sem falar nos custos financeiros que isso representa aos cofres da Nação (milhares de vezes superiores ao valor econômico da causa) e do gasto de tempo que impõe aos serviços judiciários, a insistência em recorrer, em situações da espécie, revela que não basta haver leis no País filtrando o acesso às instâncias extraordinárias. É preciso que haja também uma mudança de cultura, uma séria tomada de consciência, inclusive pelos representantes judiciais das partes – defensores públicos, advogados públicos e privados, ministério público -, de que a universalização de acesso ao STF, antes de garantir justiça, contribuirá ainda mais para a inviabilização do nosso sistema de justiça.” (ARE nº 729.870/RJ, Rel. Ministro Teori Zavascki, julgamento 08/10/13, DJe-203 de 11/10/2013, public. 14/10/2013)

Com efeito, o gráfico abaixo ilustra os “Múltiplos Supremos”<sup>409</sup>:



Em 2015, o Supremo Tribunal Federal, cômico da realidade que impõe limites a sua capacidade de expandir o número de feitos julgados, antes, pelo contrário, indicando a necessidade de drástica redução, decidiu constringer o acolhimento de recursos extraordinários provenientes do sistema dos juizados especiais<sup>410</sup>. Limitar mas não abolir. Parece, contudo, estar-se diante de uma contradição nos próprios termos já que, conforme anotou-se, causas da competência dos juizados especiais parecem ser inconciliáveis com a exigência, também de magna sede, de que o recurso extraordinário só deva merecer a atenção do Supremo Tribunal quando demonstrar que desborda do interesse subjetivo das partes, ostentando envergadura política, social, jurídica ou econômica. Aqui, talvez fosse mesmo o caso desta mais alta Corte, revendo sua jurisprudência sumulada, justificando na inconsistência sistêmica, máxime diante da promessa constitucional a ser concretizada de uma razoável duração do processo<sup>411</sup>,

<sup>409</sup> Conforme I Relatório Supremo em Números, FGV, 2011, p. 21.

<sup>410</sup> “O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) definiu que os recursos extraordinários contra decisões de juizados especiais cíveis estaduais só devem ser admitidos em situações extremamente excepcionais, nas quais o requisito da repercussão geral estiver justificado com indicação detalhada das circunstâncias concretas e dos dados objetivos que evidenciem a relevância econômica, política, social ou jurídica da matéria em discussão. O entendimento foi firmado no exame de três recursos extraordinários com agravo (AREs) da relatoria do ministro Teori Zavascki, relativos a controvérsias que envolvem responsabilidade pelo inadimplemento de obrigação em contrato privado (ARE 835833), revisão contratual (ARE 837318) e indenização decorrente de acidente de trânsito (ARE 836819), que tiveram repercussão geral negada pelo STF.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288307>. Acesso em: 14/04/16.

<sup>411</sup> Art.5º, LXXVIII, Constituição da República de 1988.

cancelar o enunciado n. 640 da sua Súmula<sup>412</sup>, situação em que referido precedente seria superado, ou no jargão da experiência do *common law*, *overruled*<sup>413</sup>.

Segundo Patrícia Perrone Campos Mello existem basicamente dois motivos para o *overruling*: a incongruência social, que é aquele fundado na dissonância entre as normas jurídicas e os padrões sociais, assemelhando-se à ideia de mutação constitucional, e a inconsistência sistêmica, que envolve a falta de sintonia entre institutos dentro do sistema jurídico. É dizer, nas palavras da autora:

Já que a consistência sistêmica designa a ideia de harmonia entre as diversas regras que compõem um mesmo ordenamento jurídico. Se o direito possui uma unidade, os preceitos que o compõem devem ser compatíveis entre si e, por isso, interferem reciprocamente em seus conteúdos. (MELLO, 2008, p. 237)

Procedendo ao *overruling* do enunciado 640 da sua súmula, o Supremo Tribunal, haja vista a própria veiculação de notícia de que a admissão de recurso extraordinário proveniente do sistema dos juizados só deve ocorrer “em situações extremamente excepcionais”<sup>414</sup>, teria se valido da técnica do *signaling*, que consiste em sinalizar para a comunidade, em prestígio à segurança jurídica e à proteção das legítimas expectativas, que o entendimento até então esposado está a merecer uma revisita. Realmente, fechando a porta de acesso por ele mesmo aberta para o acesso do recurso de turma recursal na magna esfera do Supremo Tribunal Federal, seria, para além de um passo na direção de tornar menos a Corte em “um tribunal de pequenas causas”, uma significativa forma de reduzir o número de processos que lhe engarrafam o cotidiano já que, conforme o gráfico abaixo, as turmas recursais respondem por um sensível número de processos que causam tão grave distorção<sup>415</sup>:

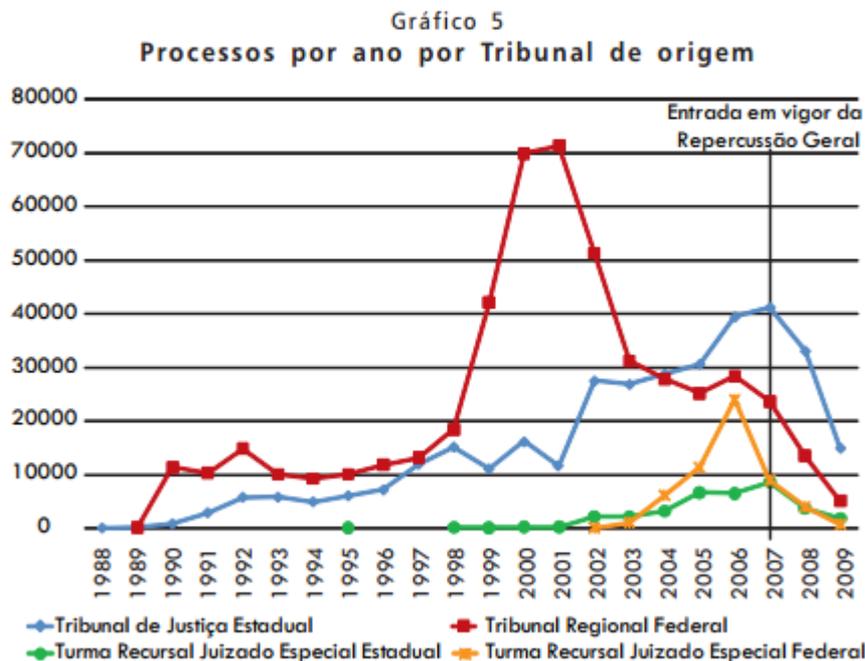
---

<sup>412</sup> Em 24/09/2003, o Plenário do STF editou o Enunciado nº 640. “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=640.NUME.%20NAO%20S.FL.SV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 14/04/16.

<sup>413</sup> Uma das formas de superação de um precedente é o *overruling*, que consiste na sua revogação integral. (MELLO, 2008, p. 235).

<sup>414</sup> Vide nota acima.

<sup>415</sup> Fonte: I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo, FGV, 2011, p. 31. Disponível em: [http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i\\_relatorio\\_do\\_supremo\\_em\\_numeros\\_0.pdf](http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf). Acesso em: 11/06/2016.



Fiel à perspectiva de um “direito jurisprudencial”, o legislador fixou, de logo, dar ensanchas à repercussão geral todo recurso que estiver em divórcio com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal<sup>416</sup>.

Pela sistemática de processamento com repercussão geral, interposto o remédio, o tribunal de origem examina se há multiplicidade de recursos que versam sobre a mesma questão e, delimitando a controvérsia, seleciona um ou mais de que dela constituam boa amostra, suspendendo os demais. Os recursos assim escolhidos, caso não se dê a retratação pelo tribunal de origem<sup>417</sup>, são encaminhados para o Supremo Tribunal Federal, com o destaque de tratarem-se de “representativos”, com a indicação do ponto controvertido a que se referem. Decidida a preliminar acerca da existência ou não de repercussão geral de determinado tema<sup>418</sup> pelo STF, os recursos que não a ostentem são automaticamente não admitidos, enquanto aqueles que dela cuidam terão

<sup>416</sup> Art.1.035, §3º, I, CPC/15.

<sup>417</sup> Art.1.041, do CPC/15.

<sup>418</sup> Conforme o Supremo Tribunal Federal, tema “é categoria processual autônoma, objeto da repercussão geral, que surge com o julgamento da preliminar de repercussão geral. Podem ser consultadas no site do STF todas as informações relativas a temas já existentes, como descrição e processos paradigmas (para o julgamento da preliminar ou do mérito) e relacionados (processos que auxiliam na delimitação do tema).”

Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=entendarg>. Acesso em: 24/04/16.

o mérito julgado, atendidos os demais requisitos recursais, certo que no caso de admissibilidade negativa, abre-se oportunidade de interposição de agravo<sup>419</sup>.

#### 4.7 - Do recurso especial

O Supremo Tribunal Federal foi instituído em 1890<sup>420</sup>, pouco depois da Proclamação da República, prevendo-se como competência recursal:

Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III. Rever os processos findos, nos termos do art. 78.

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;

(...)

É de notar-se que a Constituição Provisória destacava o papel do Supremo Tribunal como corte da federação já que elencava, antes da preservação da norma constitucional, o papel de decidir acerca da validade ou aplicabilidade da lei federal, tratamento que se manteve na Constituição de 1891<sup>421</sup>:

Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

(...)

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

(...)

§ 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

---

<sup>419</sup> Art.1042, *caput*, do CPC.

<sup>420</sup> O Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, estabeleceu a Constituição Provisória e dispôs sobre o Poder Judiciário nos arts. 54 a 61. “Art. 54. O Poder Judiciario da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com séde na capital da Republica e tantos juizes e tribunaes federaes, distribuidos pelo juiz, quantos o Congresso crear.” (*sic*) Disponível em: [http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo\\_norma=DEC&data=18900622&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s). Acesso em: 23/05/16.

<sup>421</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em 23/05/16. Além dos ditames constitucionais de 1891, avultam a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 e o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, a par dos regimentos Internos do STF de 1891 e de 1909 para a fase inaugural daquela Corte.

A respeito da competência do STF no julgamento do recurso extraordinário, comparando-o com o *writ of error* do direito norte-americano, ensinou Pedro Lessa que:

Sendo inerentes ao regime federativo a dualidade de leis, elaboradas e promulgadas umas pela União e outras pelos Estados, e a dualidade de justiças, criada e mantida uma pela União e outra pelos Estados, necessário é, para assegurar a aplicação das leis federais, especialmente a da primeira delas – a Constituição –, em todo território nacional, instituir recurso para a Suprema Corte Federal das decisões dos tribunais locais, em que não forem aplicadas, devendo sê-lo, essas leis federais. (LESSA, 2013, p.100).

Também a Constituição de 1934 cometia ao STF a competência para julgar:

Art 76 - A Corte Suprema compete:

(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

(...)

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;

(...)

Assim como o fazia a Constituição de 1937, *in verbis*:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou últimas instâncias:

a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

(...)

d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.

A Constituição de 1946 mantinha sob a competência do Supremo Tribunal Federal a guarda da lei federal, conforme o abaixo disposto:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

(...)

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

(...)

## Constituição de 1967:

Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal

(...)

III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal;

d) der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Certo que a Constituição da República de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969, dispunha:

Art.119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição *ou negar vigência de tratado ou lei federal*;

(*Omissis*) - Os grifos não estão no original.

A reprodução acima dos dispositivos das diversas constituições que antecederam a atual ordem constitucional é reveladora de que, antes da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal exercia competência tanto como Corte Constitucional, como de órgão incumbido na defesa da legislação infraconstitucional.

Com o advento da ordem constitucional ora em vigor, o papel de interpretação, uniformização e aplicação da lei federal foi cometido ao Superior Tribunal de Justiça, conforme se segue:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

É de notar-se que o novo Código de Processo Civil inova, permitindo que na hipótese do relator no Superior Tribunal de Justiça entender que a matéria tratada no

recurso especial efetivamente envolve questão constitucional, após conceder prazo para a manifestação da parte acerca do tema constitucional e de sua repercussão geral, converta o recurso especial em extraordinário, remetendo-o para o Supremo Tribunal Federal<sup>422</sup>, assim como idêntico redirecionamento, só que com sinal trocado, fará o relator no Supremo Tribunal Federal, caso considere que a ofensa à Constituição apontada no apelo extremo é reflexa, pressupondo a revisão do que interpretado sobre lei federal ou tratado, caso em que o encaminhará para o Superior Tribunal de Justiça<sup>423</sup>. A legislação processual passa, portanto, a permitir que quando a mesma questão de direito possa ser discutida sob os aspectos constitucional e legal, o recorrente, ao invés de interpor ambos os recursos extravagantes<sup>424</sup>, maneje apenas um deles. Deste modo, fica eliminado o risco de, atentando-se contra o princípio da economia processual e em desfavor da coerência, ambos os tribunais julguem a mesma matéria.

Seguindo a toada do Código de Processo Civil de 1973, o novo diploma processual manteve e aprimorou o regime diferenciado de julgamento de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal<sup>425</sup>. É que, verificando-se uma multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito constitucional ou infraconstitucional, como sói ocorrer com questões de massa a envolverem direitos individuais homogêneos ou mesmo questões de natureza processual de mesmo naipe, buscar-se-á a racionalidade no seu julgamento. Trata-se, com efeito, de julgamento de casos repetitivos<sup>426</sup> e que,

---

<sup>422</sup> Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

<sup>423</sup> Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

<sup>424</sup> Enunciado nº 126, da Súmula do STJ – “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

<sup>425</sup> Conforme arts.1.036 a 1041, todos do CPC/15.

<sup>426</sup> Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

portanto, deve afinar-se com a orientação maior segundo a qual a jurisprudência deve ser uniforme, estável, íntegra e coerente<sup>427</sup>.

Segundo o rito para a decisão dos “recursos repetitivos”, o presidente ou o vice-presidente do tribunal *a quo*, ou ainda o relator no tribunal superior independentemente do ocorrido na instância recorrida, escolherão dois ou mais recursos, que sejam admissíveis, representativos da controvérsia, contenham abrangente discussão e estejam bem aviados acerca da matéria a ser decidida, para efeito de afetação, caso em que serão suspensos, conforme o caso, a tramitação dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no área da respectiva atuação. Sendo de utilizar-se a técnica de julgamento em tela, o relator proferirá decisão de afetação que, identificando a questão a ser julgada, poderá requisitar aos tribunais de justiça ou regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia. Tal providência, conjugada também com a abertura para a participação de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, e a realização de audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com *expertise* no tema, além de inovadora *vis-à-vis* o sistema anterior, é extremamente oportuna já que, ao permitir a pluralidade no debate da matéria, reduz, por certo, o *deficit* democrático na formação do precedente que tem força obrigatória, fato que fica patente haja vista o cabimento de reclamação contra o desrespeito à decisão proferida em recurso repetitivo, após esgotadas, embora, as instâncias ordinárias<sup>428</sup>. Tal estado de coisas, portanto, inclui-se na senda que vem sendo paulatinamente aberta na procura por adotar-se a jurisprudência como norte a ser seguido.

#### 4.8 - Do incidente de assunção de competência

O legislador de 2015, ainda em sintonia com a opção por prestigiar a jurisprudência e, conseqüentemente, dotar o sistema de mecanismos que a torne estável, íntegra e coerente, perseguindo a isonomia perante à jurisdição, assim como sói ocorrer com a lei, realçou o incidente de assunção de competência. Deveras, o destaque agora

---

<sup>427</sup> CPC/15: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (...)”

<sup>428</sup> CPC/15: Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...)

§ 5º - É inadmissível a reclamação:

(...)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

conferido ao instituto ao aquinhoá-lo, para além de um batismo, com *locus* próprio<sup>429</sup>, demonstra cuidar-se de mais uma técnica pensada para evitar a dispersão jurisprudencial.

O Código de 1973 previa um mecanismo semelhante<sup>430</sup>, embora amesquinhado como parágrafo inserido em dispositivo regulando a ordem dos processos nos tribunais, quando, no julgamento de apelação ou agravo, o relator, diante de relevante questão de direito, e para prevenir ou compor divergência de entendimento *intra muros*<sup>431</sup>, poderia propor fosse o recurso julgado pelo colegiado que o regimento indicasse, não sendo, paratanto, legitimada a parte. Tratava-se, ademais, de faculdade do relator e não de uma imposição legal<sup>432</sup>.

Dentro do novo sistema processual, o incidente é passível de ser instaurado, muito mais amplamente que no anterior, quando no julgamento do recurso, da remessa necessária ou de processo da competência originária do próprio tribunal estiver-se a discutir questão de direito relevante, com grande repercussão social, porém sem repetição em múltiplos processos<sup>433</sup>. Nestes casos, o relator, provocado pela parte, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, ou de ofício, proporá que a decisão seja tomada, não por aquele órgão fracionário, mas sim pelo regimentalmente previsto com competência para decidir nesta situação e, em consequência, talhado para fixar a jurisprudência a ser seguida pelo Tribunal como um todo. Acolhida a proposta pelo colegiado menor, a causa será remetida ao maior, a quem caberá, concordando que o caso se conforma ao figurino legal, assumir a competência que lhe fora afetada e julgá-la, além de fixar o entendimento que deverá ser adotado, certo que o acórdão assim proferido – e isso é o mais relevante – será vinculante para todos os juízes e órgãos fracionários, salvo se houver revisão de tese.

É interessante notar que o novo Código de Processo Civil se utilizou, no incidente em questão, do verbo vincular, na forma imperativa, já se tendo notado que este foi o único caso em que o legislador de 2015 valeu-se da expressão “vinculante” ao não mencionar as Súmulas deste naipe<sup>434</sup>. Sem prejuízo das agitações a envolverem

---

<sup>429</sup> Veja-se o art.947, do CPC/15, sob a rubrica “Do Incidente de Assunção de Competência”, em capítulo próprio.

<sup>430</sup> Na conformidade do art.555, §1º, CPC/73, com redação dada pela Lei nº 10.352/2001.

<sup>431</sup> Somente cabível para prevenir ou compor divergência entre órgãos fracionários de um mesmo tribunal, conforme nota acima.

<sup>432</sup> MARINONI, 2011, p. 599.

<sup>433</sup> Casos em que calharia o incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos do art.976 a 987, todos do CPC/15.

<sup>434</sup> No sentido do texto, BUENO, 2015, p. 559.

a questão acerca da possibilidade de o legislador infraconstitucional fixar este efeito sem expressa autorização constitucional, vale lembrar que a Constituição da República prevê que compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos e, observando as normas processuais e as garantias das partes, dispor sobre a “competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”<sup>435</sup>. Caso não seja observado o acórdão proferido em incidente de assunção de competência, que gera “precedente vinculante em sentido forte”<sup>436</sup>, a parte interessada ou o Ministério Público poderá propor reclamação perante o tribunal cuja competência e autoridade devam ser, respectivamente, preservadas e garantidas<sup>437</sup>.

Por derradeiro, vale mencionar que o instituto da assunção de competência encontra guarida nos Regimentos Internos tanto do Supremo Tribunal Federal<sup>438</sup>, como do Superior Tribunal de Justiça<sup>439</sup>, pelo que augura-se, a partir da nova sistemática entabulada, possa ganhar maior rendimento *vis-à-vis* o que se vem verificando até agora, para o que deve-se permitir a participação também de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia e com representatividade adequada<sup>440</sup>, para pluralizar o debate e, dessarte, legitimar a decisão cuja aplicação afinal, deverá estender-se para além dos limites subjetivos daquele caso específico<sup>441</sup>.

---

<sup>435</sup> Art.96, I, alínea a, da Constituição da República de 1988.

<sup>436</sup> WAMBIER, 2016, p.714.

<sup>437</sup> CPC/15, *in verbis*: “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...) IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016).”

<sup>438</sup> Art. 6º- Também compete ao Plenário:

(...)

II

–

julgar:

a) além do disposto no art. 5º, VII, as arguições de inconstitucionalidade suscitadas nos demais processos;

b) os processos remetidos pelas Turmas e os incidentes de execução que, de acordo com o art. 343, lhe forem submetidos; (...). Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 28/05/2016.

<sup>439</sup> Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes:

I - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção;

II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção;

III - nos incidentes de uniformização de jurisprudência (art. 118).

Parágrafo único. A remessa do feito à Seção far-se-á independentemente de acórdão, salvo no caso do item III (art. 118, § 1o). Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/publicacaoconstitucional/index.php/Regimento/article/view/214/2937>. Acesso em 28/05/2016.

<sup>440</sup> Veja-se o regramento envolvendo a figura do *amicus curiae* no art.138, do CPC/15.

<sup>441</sup> Orientação do Forum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): Enunciado 201. (arts. 947, 983 e 984) Aplicam-se ao incidente de assunção de competência as regras previstas nos arts. 983 e 984. (Grupo: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Assunção de Competência). Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf> Acesso em: 28/05/16.

#### 4.9 – Dos poderes do relator nos tribunais

A legislação processual vem, de forma cada vez mais expressiva, incentivando os tribunais a criarem meios para que a jurisprudência seja obedecida e, obviamente, para tal desiderato, é importante que suas decisões sejam uniformes, estáveis, íntegras e coerentes<sup>442</sup>. Deveras, respeitados os precedentes, para além de garantirem-se previsibilidade e segurança jurídica, pode-se estabelecer uma poderosa técnica para aceleração do procedimento consistente no aumento dos “deveres-poderes”<sup>443</sup> do relator na marcha processual.

O novo Código de Processo Civil<sup>444</sup> alarga sobremaneira os poderes do relator, como preparador do julgamento pelo tribunal, em comparação com o *Codex* pretérito<sup>445</sup>, já que, além de outras atribuições que lhe sejam cometidas pelo regimento interno do tribunal a que pertença e de o incumbir da direção e ordenamento do processo no tribunal, o intitula relativamente à produção de prova, homologação de autocomposição das partes, apreciação de pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária, prescrevendo-lhe o não conhecimento de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão impugnada, hipótese essa última que cristaliza orientação já sumulada no Superior Tribunal de Justiça segundo a qual “[é] inviável o agravo do art.545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”<sup>446</sup>. Muito significativamente, no quadrante de um “direito jurisprudencial”, segundo a legislação processual inaugurada em 2015, o relator deve negar provimento a recurso que atente contra as Súmulas<sup>447</sup> e acórdãos proferidos em julgamento de recursos repetitivos<sup>448</sup> do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, além de dar provimento ao recurso, desde que seja facultado o contraditório, caso a decisão combatida seja contrária aos entendimentos obtidos nos mesmos casos antes mencionados. Mesmo no julgamento da apelação este comando há

---

<sup>442</sup> Art.926, do CPC/15.

<sup>443</sup> BUENO, 2015, p. 581.

<sup>444</sup> Art.932, do CPC/15.

<sup>445</sup> Art.557, CPC/73.

<sup>446</sup> Verbete 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn='000000182'> Acesso em: 10/06/16.

<sup>447</sup> Incluindo-se súmula do seu próprio tribunal, de acordo com o art.932, IV, letra “a”, *in fine*, do CPC/15.

<sup>448</sup> O art.928, do CPC/15, considera o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinários repetitivos como casos repetitivos.

de ser respeitado: somente se não for o caso de o relator monocraticamente decidir placitando a jurisprudência dos tribunais é que deverá propiciar a manifestação do órgão colegiado<sup>449</sup>.

Reveladora do novo papel do relator, como aliás da própria estrela guia da legislação processual, é a determinação de que, antes de decidir por inadmissível o recurso, deve-se conceder prazo ao recorrente a fim de que seja sanado vício ou complementada a documentação legalmente exigível, concretizando o princípio do acesso à Justiça e fincando o processo como vero instrumento a serviço de uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva. Novos e alvissareiros tempos que fazem ruir entendimentos como os de que “na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”<sup>450</sup>. Tal controle cabe ao relator, sempre preponderando a busca pelo julgamento do mérito, agora verdadeira e aberta opção do legislador<sup>451</sup>.

#### 4.10 – Da aplicação fundamentada do ordenamento jurídico.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, batismo recente da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>452</sup>, tratando da aplicação da norma jurídica, focaliza na lei a principal fonte do direito objetivo, já que a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito são subsidiárias. Neste sentido, o comentário de Eduardo Espinola de que “tendo de desenvolver, em torno dessas fontes, o seu trabalho de subsunção do caso concreto a um preceito normativo, que lhe dê solução jurídica, o hermenauta há de, naturalmente, voltar-se para a lei, como primeira fonte do direito pátrio” (ESPINOLA, 1999, p. 91).

O Código processual de 2015 atualiza o texto da “Lei de Introdução” à luz dos ditames da Constituição da República de 1988, registrando ser tarefa do juiz não a singela aplicação da lei, mas sim a do ordenamento jurídico, com o consequente

---

<sup>449</sup> CPC/15: “Art. 1.011. Recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator:

I - decidi-lo-á monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a V;

II - se não for o caso de decisão monocrática, elaborará seu voto para julgamento do recurso pelo órgão colegiado.”

<sup>450</sup> Verbete 115 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=115&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=tr> ue Acesso em: 10/06/16.

<sup>451</sup> Veja-se, exemplificativamente, os arts.6º, 282 e 488, todos do CPC/15.

<sup>452</sup> Dec-Lei nº 4.657/42 com alterações posteriores, e Lei nº 12.376/2010.

resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana e utilizando-se dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência.

A legalidade passa, pois, expressamente, a constituir um princípio que deve ser “observado”, em sintonia com a aplicação de ainda outros, presente o método da ponderação de valores, revelando, neste andar, uma complexa teia normativa que não se resume à *norma agendi*. Debruçando-se sobre o novo *Codex*, Nelson Nery Junior registra:

A regra incide na aplicação, pelo juiz, de todo o ordenamento jurídico brasileiro, onde estão contidos os princípios gerais de direito, a lei, a súmula vinculante do STF, a jurisprudência dos tribunais, a analogia e os costumes. O magistrado deverá buscar a aplicação do direito observando os fins sociais e o bem comum, aliado aos princípios constitucionais mencionados no dispositivo comentado. (NERY JUNIOR, 2015, p. 210).

E neste labor, demonstrando a justeza das suas escolhas e o correto resultado do manejo da técnica de ponderação, o juiz deverá fundamentar a sua decisão. Já o comando constitucional o prescreve com toda a clareza<sup>453</sup>, sendo certo que “evidenciar o significado específico da garantia constitucional da motivação não tem simplesmente um valor conceitual ou abstratamente teórico” (TARUFFO, 2015, p. 24). Com efeito, duas ordens de implicações decorrem da opção do constituinte: como uma primeira, a de não poder o legislador ordinário prescindir de estabelecer um dever legal de motivação, como o faz, vale destacar, o de 2015; como uma segunda decorrência, apresenta-se o “*princípio de completude da motivação*”<sup>454</sup>, pelo qual a fundamentação deve inserir argumentos justificativos de todos os pontos importantes da decisão, até para permitir a sindicância externa sobre o seu próprio fundamento.

O princípio do convencimento do juiz não é livre, como não seria, aliás, afinado, de fato, com um Estado Democrático de Direito, senão conforme o que resultar da sua formação de forma processualmente legítima e válida. Sintomática, pois, a redação do Código de Processo Civil de 2015<sup>455</sup> que, diferentemente da sua congênere no de 1973<sup>456</sup>, livrou-se do advérbio “livremente”<sup>457</sup>.

A fundamentação parece ser, de fato, a chave para conferir-se legitimidade às escolhas do Poder Judiciário na tarefa de distribuir justiça, presente as nuances que a

---

<sup>453</sup> Constituição da República de 1988, art.93, IX.

<sup>454</sup> TARUFFO, 2015, p. 24.

<sup>455</sup> Art. 371, do CPC/15.

<sup>456</sup> Art. 131, do CPC/73.

<sup>457</sup> Nelson Nery Junior, comentando o CPC/15, continua aludindo ao “livre convencimento motivado”. (NERY JUNIOR, 2015, p. 992).

interpretação do texto e a própria interação inerente às variadas componentes do ordenamento jurídico proporcionam. Afinal, o processo de argumentação jurídica é um processo de justificação (MACCORMICK, 2009, p. 19).

#### 4.11 - Ação rescisória

Um dos pilares do sistema jurídico é a proteção da segurança jurídica e da confiança, consubstanciada no ato jurídico perfeito, no direito adquirido e na coisa julgada. Em passagem sempre lembrada, as lições de J. J. Gomes Canotilho para quem:

Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a *segurança jurídica* está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a *protecção da confiança* se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial. (CANOTILHO, 1998, p. 252).

Desde a Constituição Imperial garantiram-se os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, prescrevendo-se, ao propósito, a par da independência do “Poder Judicial”, que “nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas Pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos (*sic*)”<sup>458</sup>, assim como, com redação mais explícita, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>459</sup>, a deitar raízes também Constituição da República de 1988, destacando-se como um dos corifeus das garantias individuais<sup>460</sup>.

Ainda que seja uma protecção constitucionalmente assegurada, em casos excepcionais, e expressamente previstos em lei, admite-se seja a coisa julgada

---

<sup>458</sup> Constituição Política do Império do Brasil, art. 179, XII.

<sup>459</sup> Decreto-Lei nº 4.657/1942: “Aart. 6º - A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

<sup>460</sup> Constituição da República de 1988: art.5º, XXXVI.

desconstituída, em homenagem a valores que, no caso, há de serem colocados em degrau axiológico mais elevado. Situações extravagantes, por certo, e que por situarem-se no campo da teratologia, justificam o remédio extremo da relativização da coisa julgada<sup>461</sup>. Tudo conforme autorizado na Constituição<sup>462</sup> e mediante o procedimento previsto em lei. Surge, pois, neste contexto, a ação rescisória, cuja natureza jurídica é de ação constitutiva negativa, a seguir ritualística especial estampada no Código de Processo Civil.

Sintomaticamente, o novel *Codex*, harmonizando o modelo de “direito jurisprudencial”, prevê como um dos possíveis fundamentos da ação rescisória o fato de a decisão de mérito, transitada em julgado, “violou manifestamente norma jurídica”<sup>463</sup>, enquanto a legislação parelha revogada, dispunha que a rescisão podia dar-se diante de violação literal de “disposição de lei”<sup>464</sup>.

---

<sup>461</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA RECEBIDOS PARA NEGAR PROVIMENTO AO APELO EXTREMO – COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL – INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA – EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS – VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA” – “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT” – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC – MAGISTÉRIO DA DOCTRINA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. – A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc” – como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765) –, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. – O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito. (RE 589513 ED-EDV-AGR / RS – Rel. Min. Celso de Mello). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9115984>. Acesso em: 09/07/16

<sup>462</sup> A Constituição de 1988 não cuida às expressas da relativização ou desconstituição da coisa julgada. Antes, como deve ser em um Estado Democrático de Direito, a protege e erige em direito fundamental. Porém, prevê, ao tratar das competências dos órgãos que compõem o Poder Judiciário, a ação rescisória, v.g., art.102, I, alínea j, Constituição da República de 1988, o que revela a sua compatibilidade com a Carta Maior, tudo conforme o procedimento previsto na lei infraconstitucional, *in casu*, os arts.966 a 975, todos do CPC/15.

<sup>463</sup> CPC/15, art.966, V.

<sup>464</sup> CPC/73, art.485, V.

A mudança redacional demonstra por si só. O legislador alargou o conceito de ordenamento jurídico e, às expensas, liberta a norma jurídica da angusta moldura da lei. E há mais. Em verdadeira interpretação autêntica<sup>465</sup>, explicita que a rescisória pode ser manejada quando a decisão rescindenda basear-se em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento, caso em que o autor da ação deverá demonstrar, sob pena de inépcia da petição inicial, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica<sup>466</sup>.

Tem-se, pois, conectados à ação rescisória, a discussão dos fatos materiais da causa e da sua regra de decisão, refletidos sob a nomenclatura, respectivamente, de hipótese fática distinta e padrão decisório que lhe dá fundamento.

O que o legislador de 2016<sup>467</sup> quer, à evidência, é dar consistência ao “direito jurisprudencial”, deixando claro que são partes integrantes dos precedentes os fatos relevantes da causa, a sua conclusão e a razão de decidir explicitada no julgado, componentes que, amalgamados, compõem a regra jurídica que determina o resultado do caso. Uma vez desatendida a razão de decidir, consubstanciada em um precedente, porque tal integra o hodierno conceito de “ordenamento jurídico”, a decisão, mesmo transitada em julgado pode ser desfeita, à moda como se fazia quando a lei federal era violada.

---

<sup>465</sup> “Denomina-se *autêntica* a interpretação, quando emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara. Portanto, só uma Assembléia Constituinte fornece a exegese obrigatória do estatuto supremo; as Câmaras, a da lei em geral, e o Executivo, dos regulamentos, avisos, instruções e portarias. (...)” (MAXIMILIANO, 2002, p. 71).

<sup>466</sup> Art.966, §§ 5º e 6º, CPC/15.

<sup>467</sup> É importante notar que o novo Código de Processo Civil foi promulgado pela Lei nº 13.105/15. A Lei nº 13.256/16, que entrou em vigor no início da vigência do CPC/15, alterou-lhe a redação, acrescentando os §§ 5º e 6º ao dispositivo que disciplina os motivos ensejadores da ação rescisória, conforme se segue: “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar manifestamente norma jurídica; (...)”

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.”



## CONCLUSÕES

As gêneses dos sistemas de direito ocidental deram-se a partir de uma mesma base. Com o passar do tempo, diversas vicissitudes ligadas à evolução da sociedade e aos processos político e civilizatório, cuidaram por lhes impor signos distintivos, sendo certo que a melhor forma de cumprir a missão de distribuir Justiça permaneceu sendo sempre um fator de comunhão.

Para melhor atender ao desiderado de uma sociedade livre, justa e igual, diante de problemas e dificuldades que são surpreendidos em cada uma das chamadas famílias de direito, soluções foram buscadas, uma na outra, a demonstrar que as áreas de confluência são maiores do que as de repulsa.

Os sistemas forjados sob a técnica romano-germânica optaram por depositar na lei a tarefa de dispor acerca do direito. Ao elaborar-se um texto, o comando dele emergente recairia sobre todos, genérica e abstratamente, de forma a garantir a isonomia. Porém, diversos fatores, como o constitucionalismo, a ascensão da Constituição como estatuto cimeiro do ordenamento jurídico, dotado de força normativa e fonte de validade de todas as demais normas, a possibilidade do Poder Judiciário, erigido como seu guardião, poder controlar a produção legislativa ordinária (*judicial review*), a proeminência conferida aos direitos humanos, encartando-os nas constituições como direitos fundamentais, as técnicas legislativas contempladoras de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e vagueza, a concepção de que a norma é o resultado da interpretação do texto legal e não a sua literalidade, todos esses movimentos subtraíram da lei escrita a sua esperada aptidão de garantir segurança e previsibilidade.

Já a família anglo-saxônica cometeu à jurisprudência a função de, ao mesmo tempo, contribuir para o desenvolvimento do direito e garantir a isonomia, pois que se deve *treat like cases alike*. Para tanto, criou-se um mecanismo que propiciasse que as coisas fossem mantidas como já decididas e, assim, através de uma cadeia de transmissão, o que já posto pelos órgãos competentes, ser replicado, dêis que surpreendido no caso em julgamento os mesmos fatos materiais e a mesma razão de decidir. Tal o sistema do *stare decisis*.

O direito brasileiro vem costeando o alambrado já há muito. No percorrer da história da sua atividade jurisdicional, a utilização da jurisprudência, notadamente com efeitos persuasivos, é notável. Mas a escalada continua, rumo a tornar o persuasivo em

obrigatório. Neste sentido, a opção do legislador de 2015 por estabelecer um sistema brasileiro de precedentes, um verdadeiro direito jurisprudencial, vinculante.

A grita é ampla, porém não parece justa. A par de se constatarem, como em qualquer obra humana, virtudes e defeitos, não parece ter sido exorbitância cometida contra a separação de Poderes e, em consequência, em desfavor da Lei Maior. É que, ao buscar dar uniformidade, integridade e coesão ao sistema, o legislador estabeleceu uma regra de procedimento para dentro do próprio Poder Judiciário, como sói ocorrer com qualquer atividade estatal, máxime a jurisdicional.

O Poder Judiciário é organizado pela própria Constituição de forma una, talhado como um sistema hierarquizado, composto por diversos órgãos, de variadas instâncias, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça ocupam-lhe a cúspide, conforme a competência estabelecida para cada qual, inclusive e especialmente como o guardiões e intérpretes últimos, aquele da Constituição da República, e este da lei federal. Ora, uma vez que cumpram com a tarefa que lhes foi imposta, não há razão para que os demais órgãos lhes sejam desobedientes. Não se trata de arrombar a consciência de ninguém, mas sim de, legitimamente, dotar o sistema de funcionalidade.

Neste sentido, caso o juiz não concorde com o entendimento construído, que deverá ser fundamentado e democraticamente deferente, não fica obrigado a violentar-se, antes, a exigência de motivação das decisões do Poder Judiciário o socorre: para além de poder consignar sua divergência pessoal –com o que contribuirá para o próprio desenvolvimento do direito -, poderá, não encontrando os mesmos fatos versados na decisão anterior, ou em caso de mudanças como no campo social, legal ou econômico, dando suas razões, afastar-se do precedente ou superá-lo. Tudo sem qualquer ofensa à Constituição.

Aliás, como a regra do *stare decisis* não é uma regra constitucional e nem mesmo legal nos demais países que o adota, não parece haver razão para, no Brasil, lançar-lhe a pecha de inconstitucional. Quando o constituinte derivado previu o efeito vinculante na Constituição da República, para certas decisões do Poder Judiciário, o fez de envolta com a mesma disposição para o Poder Executivo: só que para este, o respeito à separação de funções impunha, para aquele, nas circunstâncias de então, se aconselhava.

Nessa ordem de ideias, cabe um registro. O direito brasileiro é rebento da família romano-germânica e nada parece indicar que abandonará suas origens. A

adoção de um sistema de precedentes vinculantes, ainda que possa encurtar a distância com o sistema anglo-saxão, não significa que o Brasil agora é lábaro da bandeira do *common law*. O que tal empreitada demonstra é que o direito brasileiro pertence ao *civil law*, mas empreende permanentemente a busca pela concretização da promessa constitucional de uma justiça tempestiva e efetiva.

De resto, uma nota para quem o título deste trabalho possa ter causado impressão. A rigor não há propriamente uma “revolta” da jurisprudência e nem mesmo uma atitude “contra” a lei: ambas compõem o ordenamento jurídico, ainda que possam, em certa medida, disputar a primazia de uns e de outros. Questão de ponto de vista.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. Série memória jurisprudencial. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.
- ALMEIDA, Marcelo Pereira. *Precedentes judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa*. Curitiba: Juruá, 2014.
- ANDOLINA, Ítalo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1990.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.
- BRASIL – Código de Processo Civil: anteprojeto, Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 09/05/16.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo*. 4 ed. – Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum – ordinário e sumário*. Vol. II, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 1964. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177246/anteprojeto%20de%20codigo%20de%20processo%20civil.pdf?sequence=2>. Acesso em: 24/04/2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: Didier Jr, F. ... (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-360.

CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastas, 1937.

CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil/compilação e atualização, notas, revisão e índices*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. Tradução Silvana Vieira; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Sentença malfundamentada e sentença não-fundamentada. Conceitos. Nulidade*. Revista da AJURIS. n.65 – Novembro de 1995. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/4fe0b/4fe5f/4fe60?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em: 12/07/16.

- CARNELLUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução: Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, Autocomposición Y Autodefensa* (contribución al estudio de los fines del proceso). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- CATHARINA, Alexandre de Castro. *Movimentos Sociais: e a construção dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1969.
- CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú e Christian Forster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 7 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- ESPINOLA, Eduardo. *A lei de introdução ao Código civil brasileiro: (Dec-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores): comentada na ordem de seus artigos*. Vol.I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *Supremo em Números*. I Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: FGV – Direito/Rio, 2011. Disponível em: [http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i\\_relatorio\\_do\\_supremo\\_em\\_numeros\\_0.pdf](http://www.fgv.br/supremoemnumeros/relatorios/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf). Acesso em: 09/05/16.
- FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*. 1 ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Projeto legislativo de novo Código de Processo Civil e a crise da Jurisdição*. Revista da EJUSE, nº 20, 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/76146>. Acesso em: 24/04/16.

FRAGALE FILHO, Roberto. *Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: a ADPF 54 como estudo de caso*. Revista Direito e Práxis, v. 06, n. 12, p. 504-535, 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19230/14049>. Acesso em: 18/07/16.

GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. New York: Oxford University Press, 2011.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GLEZER, Rubens. Supremo em pauta: STF desorientado(r). *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 06 jul. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-em-pauta-stf-desorientador,10000061239>. Acesso em: 06/07/2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil*. 1986. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67069/69679](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67069/69679). Acesso em: 08/07/16.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HARBACH, Carlos Bastide. *Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

HAUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Hauaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutacion de la Constitucion*. Estudo preliminar: Pablo Lucas Verdu. Traducción: Christian Forster. Revisada por: Pablo Lucas Verdu. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* São Paulo: Brasil, 1933. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/ebooks/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>. Acesso em: 06/07/16.

LEAL, Aurelino de Araújo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014.

LEAL, Victor Nunes. *Passado e Futuro da Súmula do STF*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Vol. 145:1-20. Jul/Set 1981.

LEITE, Fábio Carvalho. *1891: A Construção da Matriz Político-Institucional da República no Brasil*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional e Teoria do Estado do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. 2003. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/acessoConteudo.php?nrseqoco=7625>. Acesso em: 17/04/2016.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*: Prefácio de Roberto Rosas. Imprensa: Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, Supremo Tribunal Federal, 2003.

MACEDO, Lucas Buril. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: Didier Jr, F. ... (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-360.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Apontamentos sobre o Judiciário Americano*. Informativo Jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraiva, v.6, n° 1, p.I-70, jan. jul. 1994. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/viewFile/296/261>. Acesso em: 24/04/16.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Precedentes Obrigatórios*. 3 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes, e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. II. 4 ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de Direito Constitucional*. Organizadora: Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República) / Ministro Celso de Mello*. 4. ed. – Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2014.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XII. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1961.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975a.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975b.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Viera Mota. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias para a resolução de conflitos*. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. O processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo. *Temas de Direito Processual*. (Nona Série). Rio de Janeiro: Saraiva, 2007a

\_\_\_\_\_. A revolução processual inglesa. *Temas de Direito Processual*. (Nona Série). Rio de Janeiro: Saraiva, 2007b

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Roberto de Souza. *Dicionário de Expressões Latinas Usuais*: 15.000 adágios, provérbios e máximas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações do Quixote*. Tradução de Gilberto de Mello Kujawski. São Paulo: Editora Iberoamericana, 1967.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da Justiça Federal Comum*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5 ed. anot. Atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RE, Edward D. *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176188>. Acesso em 14/04/16.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Defesas das Liberdades Civis (1891-1898). Vol.I. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. III. 22 ed. rev. e atual. Por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008.

que Editora Lumen Juris, 2000.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. 5 ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SLAPPER, Gary e KELLY, David. *O sistema jurídico inglês*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz em face do Código de Processo Civil*. Palestra proferida em Juiz de Fora, 1977. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24708>. Acesso em: 24/04/16.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *STJ interpretou mal nova regra sobre cumprimento de sentença* Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2007-set-06/stj\\_interpretou\\_mal\\_regra\\_cumprimento\\_sentenca](http://www.conjur.com.br/2007-set-06/stj_interpretou_mal_regra_cumprimento_sentenca). Acesso em: 06/04/2016.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Memória Jurisprudencial: Ministro Hahnemann Guimarães*. 1ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Análise: Decisão de Celso de Mello mostra imprevisibilidade do STF. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 07 jul. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1789247-decisao-de-celso-de-mello-mostra-imprevisibilidade-do-stf.shtml>. Acesso em: 07 jul. 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. I. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues...[et al.]. *Novo CPC urgente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law*. Revista de Processo. Vol. 172, p. 121, 2009. Disponível em:

[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade\\_e\\_adaptabilidade\\_como\\_objetivos\\_do\\_direito\\_civil.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf). Acesso em: 04/07/16.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação democrática do poder judiciário no novo Código de Processo Civil*. (Coleção Liebman / Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2 ed. rev. e atual. – Salvador: JusPODIUM, 2016.