



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS DE JACAREZINHO - PR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

EMMANUEL GUSTAVO HADDAD

**A SISTEMATIZAÇÃO DO PRECEDENTE DE ACORDO COM O
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**JACAREZINHO – PR
2017**



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS DE JACAREZINHO - PR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

EMMANUEL GUSTAVO HADDAD

**A SISTEMATIZAÇÃO DO PRECEDENTE DE ACORDO COM O
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do
Paraná, como requisito parcial de conclusão de curso.
Orientador: Professor Dr. Jaime Domingues Brito.

**JACAREZINHO – PR
2017**



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS DE JACAREZINHO - PR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

EMMANUEL GUSTAVO HADDAD

**A SISTEMATIZAÇÃO DO PRECEDENTE DE ACORDO COM O
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do
Paraná, como requisito parcial de conclusão de curso.
Orientador: Professor Dr. Jaime Domingues Brito.

COMISSÃO EXAMINADORA:

DR. JAIME DOMINGUES BRITO – UENP

DR. JORGE SOBRAL DA SILVA MAIA

DR^a. VIVIANNE RIGOLDI

Jacarezinho, ___ de _____ de 2017.

Não sei quantas almas tenho.
Cada momento mudei.
Continuamente me estranho.
Nunca me vi nem achei.
De tanto ser, só tenho alma.
Quem tem alma não tem calma.
Quem vê é só o que vê,
Quem sente não é quem é,

Atento ao que sou e vejo,
Torno-me eles e não eu.
Cada meu sonho ou desejo
É do que nasce e não meu.
Sou minha própria paisagem;
Assisto à minha passagem,
Diverso, móbil e só,
Não sei sentir-me onde estou.

Por isso, alheio, vou lendo
Como páginas, meu ser.
O que segue não prevendo,
O que passou a esquecer.
Noto à margem do que li
O que julguei que senti.
Releio e digo: "Fui eu?"
Deus sabe, porque o escreveu.

(Fernando Pessoa)

DEDICATÓRIA

Aos meus pais Anuar e Cleide pela dádiva
de terem me concebido e me ensinado a
enfrentar os percalços da vida.

À minha filha Yasmim, que me ensina que
para se amar não há distância.

À minha amada esposa, que me guia nos
momentos difíceis.

Ao “Filipinho” pelo qual nutro amor
incondicional e que mantém viva a criança que
existe em mim.

A Deus.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Jaime Domingues Brito que, com sua dedicação e paciência, muito me ensinou e contribuiu para o meu crescimento científico e intelectual, para a realização deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Fernando de Brito Alves, amigo querido, precursor e responsável por esta trajetória.

Ao Prof. Dr. Renato Bernardi que me conferiu o ministério do magistério superior e sempre confiou no meu trabalho.

Às FIO – Faculdades Integradas de Ourinhos, instituição da qual tenho orgulho de fazer parte e ao corpo docente.

À UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, pelas oportunidades que me foram dadas e pela competência, que lhe é peculiar, em matéria de ensino, nas pessoas dos professores do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP.

Aos membros da banca Prof. Jorge e Prof^a Vivianne pelos apontamentos precisos para o enriquecimento do trabalho.

Ao meu amigo Daniel, pelas quatro décadas de amizade.

HADDAD, Emmanuel Gustavo. **A sistematização do precedente de acordo com o Novo Código de Processo Civil**. 2017. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

A realização da presente pesquisa tem por escopo enfatizar os conceitos e aspectos que envolvem os precedentes judiciais de acordo com a previsão do Novo Código de Processo Civil (NCPC). Objetiva-se, em linhas gerais, demonstrar a importância da técnica de sistematização de precedente judicial, na aplicação das decisões judiciais, para obtenção de resoluções de conflitos mais céleres e com maior segurança jurídica. De igual forma, este trabalho buscou perscrutar e elucidar os conceitos e fundamentos, que compõem essa forma dinâmica de aplicação do direito, tão comumente utilizada no direito estrangeiro, almejando mostrar as vantagens das perspectivas temporais nas resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, já foi resolvida em instância singela, colegiada ou em um tribunal, noutro caso, não apenas em relação às questões de direito ou se limitar a afirmar a letra fria da lei, mas também à análise das principais qualidades externas pertinentes às questões envolvidas. Destarte, a pesquisa foi desenvolvida para demonstrar que para que haja uma concreta, efetiva e prática democratizada do Direito e dos processos, os quais devem atender aos anseios dos interesses, às necessidades de modo célere e aos propósitos mais nobres de uma coletividade, homenageando a segurança jurídica das decisões. O objetivo específico, portanto, tem o intuito de contribuir para que haja uma real, segura e previsível decisão, uma vez que houve enorme valorização do sistema de precedente no ordenamento jurídico, o qual para se operacionalizar necessita ser seguido, pela modificação da cultura jurídica brasileira. A pesquisa elegeu como método, tanto o dedutivo como o indutivo, ressaltando que nesta última hipótese buscou-se trazer três casos concretos, por intermédio dos quais foi possível a análise a partir dos fundamentos determinantes das decisões e da aplicabilidade do precedente no ordenamento jurídico do Brasil.

Palavras – chave: segurança jurídica; previsibilidade; celeridade processual; jurisprudência; precedentes judiciais.

HADDAD, Emmanuel Gustavo. **A sistematização do precedente de acordo com o Novo Código de Processo Civil**. 2017. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ABSTRACT

The purpose of this research is to emphasize the concepts and aspects that involve judicial precedents in accordance with the provisions of the New Code of Civil Procedure (NCPC). The main objective is to demonstrate the importance of the technique of systematizing judicial precedents in the application of judicial decisions, in order to obtain faster conflict resolution and greater legal certainty. In the same way, this work sought to explore and elucidate the concepts and foundations that make up this dynamic form of law application, so commonly used in foreign law, aiming to show the advantages of temporal perspectives in resolutions where the same legal question, which has to be decided again, has already been resolved in a single instance, collegiate or in a court, in another case, not only in relation to questions of law or simply to affirm the cold letter of the law, but also to the analysis of the main external qualities Questions of law. Thus, the research was developed so that there is a real, concrete, effective and democratized practice of the Law and the processes, which must meet the interests' needs, the needs in a fast way and the most noble purposes of a collectivity, honoring the security of decisions. The specific objective, therefore, is to analyze the general objectives as of CPC / 2015, in which there was an enormous appreciation of the system of precedents in the legal system, which to be operationalized needs to be followed, by the modification of the Brazilian legal culture. The research chose as a method, both the deductive and the inductive, emphasizing that in this last hypothesis we tried to bring three concrete cases, through which it was possible to analyze from the fundamentals determinants of decisions and the applicability of precedent in the legal order of the Brazil.

KEYWORDS: Legal certainty; Predictability; Procedural speed; jurisprudence; Judicial precedents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. BASES PRINCÍPIOLÓGICAS CAPAZES DE FUNDAMENTAR O PENSAMENTO PARA A SISTEMATIZAÇÃO DE PRECEDENTES NO BRASIL	12
1.1 Breve relato histórico em torno do surgimento dos precedentes do <i>common law</i> e da <i>civil law</i>	12
1.2 O princípio constitucional de acesso à justiça e a efetividade do processo.....	21
1.3 O princípio da legalidade e da anterioridade da lei	23
1.4 O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.....	25
1.5 O princípio da cooperação.....	26
1.6 O princípio da boa-fé objetiva	31
1.7 O princípio da proteção à confiança.....	34
1.8 O princípio da isonomia	36
1.9 O princípio da congruência	36
1.10 O princípio da colegialidade.....	37
1.11 O princípio da motivação, do contraditório e da publicidade.....	37
2. A MODIFICAÇÃO DO PENSAMENTO QUE PRESTIGIA A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	42
2.1 Jurisprudência.....	42
2.2 As acepções jurídicas de jurisprudência no direito brasileiro	45
2.3 A jurisprudência defensiva	48
2.4 A quebra dos entraves e pretextos previstos na jurisprudência defensiva.....	49
2.5 O rompimento da inadmissibilidade dos recursos por meras irregularidades, com vistas à formação do precedente.....	54
2.6 Exemplo/Decisão.....	61
2.7 Súmula.....	62
2.8 Precedente.....	64
3. A TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL E OS ELEMENTOS: STARE DECISIS, RATIO DECIDENDI E OBTER DICTA	66

3.1 A força do precedente	70
3.2 O precedente como fonte jurídica.....	73
3.3 O precedente como modelo <i>Common Law</i>	78
3.4 O efeito vinculante do precedente e as correntes restritiva, restritiva mitigada e ampliativa	79
3.5 Os valores fundamentais para concretização de uma argumentação jurídica racional: a previsibilidade jurídica, a igualdade jurídica e a imparcialidade.....	86
3.6 Efeito vinculante e feito <i>erga omnes</i>	88
3.7 Efeito dos precedentes	89
3.8 A estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência pelos Tribunais.....	90
3.9 A qualidade da decisão judicial	92
4. O PRECEDENTE JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	94
4.1 Controle concentrado de constitucionalidade	95
4.2 Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça	97
4.3 Incidente de resolução de demandas repetitivas.....	97
4.4 Recurso Extraordinário repetitivo	100
4.5 Recurso Especial repetitivo	101
4.6 Precedentes Vinculantes do Plenário ou do Órgão Especial	102
4.7 Distinção e superação dos precedentes.....	102
4.8 A dinâmica do sistema de precedentes Recurso Especial repetitivo	108
4.9 Análise dos fundamentos determinantes de casos julgados pelo STF	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	130
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132

INTRODUÇÃO

O direito brasileiro é marcado pela presença de julgamentos contraditórios, o que torna o sistema jurídico frágil, pela insegurança e pela falta de previsibilidade das decisões, em relação aos jurisdicionados.

Diante disso, o presente estudo revelou a importância dos precedentes judiciais. Assim, abordou-se as bases principiológicas capazes de fundamentar o sistema de precedente brasileiro, demonstrando um breve relato histórico em torno do surgimento dos precedentes e os sistemas *common law* e *civil law* e seus efeitos vinculantes.

Mostrou-se, na linha do tempo, antes de sua previsão legal, que os precedentes sempre estiveram presentes no direito brasileiro, por meio da legislação, de súmulas, do sistema de uniformização de jurisprudência, dos poderes do relator, do juízo de admissibilidade dos recursos, da remessa necessária, do julgamento liminar de mérito, dos recursos repetitivos, da ação declaratória de constitucionalidade e pela súmula vinculante.

Houve a necessidade de traçar um parâmetro entre a segurança jurídica, os princípios e os elementos de previsibilidade e estabilidade, que caracterizam o sistema de precedentes, inclusive para traçar uma distinção entre os conceitos de norma, princípios e regras.

Como o Novo Código de Processo Civil instituiu expressamente a previsão das normas fundamentais, do processo civil, que possui previsão expressa de normas fundamentais. Foram também estudados os princípios processuais, os quais se diretamente se relacionam com a segurança jurídica e com os precedentes, tais como: o princípio constitucional de acesso à justiça e a efetividade processual, o princípio da legalidade, da anterioridade das leis, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da boa-fé objetiva, da proteção à confiança, da isonomia, da congruência, da colegialidade, da motivação, do contraditório, da publicidade. Com isso, demonstrou-se a quebra de diversos entraves e pretextos previstos na jurisprudência das Cortes Superiores para o conhecimento dos recursos interpostos, ante a possibilidade de vício sanável.

Em seguida, passou-se a discorrer sobre a modificação do pensamento que prestigia a jurisprudência defensiva (verdadeiro precedente) no processo civil brasileiro, para alcançar um processo justo e em conformidade com o direito, ao expelir o excesso de formalismo.

Conceituou-se a expressão jurisprudência e seus sentidos na esfera jurídica brasileira, além de se definir as principais diferenças das expressões exemplo/decisão, súmula e precedente.

O estudo trouxe um levantamento dos dispositivos do Novo Código de Processo Civil (art. 1.029, §3º; art. 926, §§ 1º e 2º; art. 982, §2º; inciso I e II, do §2º, do art. 76; §4º, do art. 218; art. 317, art. 932, art. 938 e seus parágrafos; §7º, do art. 1007; §3º, do art. 1017; §4º, do art. 1024; art. 1025; §3º, do art. 1.029; art. 1.032; art. 1.033; §2º e art. 1.041; os quais buscam um processo cooperativo, baseado na boa-fé e na lealdade processual.

Para demonstrar a evolução do Novo Código de Processo Civil, traçou-se um pequeno comparativo entre a norma vigente e a revogada, em prol do acesso ao duplo grau de jurisdição.

No tópico seguinte, o presente trabalho conceitua os elementos do precedente judicial: *stare decisis*, *ratio decidendi* e *obiter dicta* e mostra como se dá o desenvolvimento do precedente pela *ratio decidendi*, no qual resulta na sua formação, ante a presença da coerência fática existente ao caso concreto, de modo a proporcionar a segurança jurídica e a igualdade, para utilização em casos futuros.

Discorreu-se sobre a força dos precedentes ao indicar o grau (hierarquia judicial), sua direção (vertical e horizontal) e sua intensidade, na aplicação dos casos sucessivos e futuros, bem como, se os precedentes possuem o *status* de fonte jurídica do direito.

A partir daí se estudou o modelo do sistema *common law* de precedente.

Foram trabalhados os efeitos vinculantes dos precedentes no direito brasileiro, por meio das correntes restritiva, restritiva mitigada e ampliativa, com o fito de concretizar os valores fundamentais em busca da segurança jurídica por intermédio de uma argumentação jurídica racional, com previsibilidade jurídica, igualdade jurídica e imparcialidade das decisões prolatadas em casos sucessivos e futuros.

Foram investigados os efeitos vinculantes do precedente e se possui força *erga omnes*.

Também foi demonstrada a necessidade de os Tribunais manterem uma jurisprudência estável, íntegra e coerente para a formação do precedente judicial, com base em uma decisão de qualidade.

Existiu a obrigação de distinguir a presença de dois grupos de precedentes no Novo CPC; um, formado pelo controle de constitucionalidade, previsto no inciso I, do artigo 927; e as súmulas e as decisões proferidas em incidentes de resolução de demanda repetitiva e de assunção de competência, que não integram o gênero de precedentes.

Foram estabelecidas a distinção e a superação, parcial e total dos precedentes, e a sua dinâmica de aplicação. Foram também examinados o *overruling* e *overriding*, com aprofundamento no tema, destacando os Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

E por fim, foi ressaltado que o ordenamento jurídico passou a ter um sistema legítimo de precedentes, previsto expressamente no diploma processual, o que acarreta a importância da segurança jurídica, da isonomia, da previsibilidade e coerência na resolução do caso concreto, em relação aos efeitos vinculantes das decisões, sem substituir a legislação vigente e inibir a interpretação dos fundamentos de cada questão posta em julgamento.

No presente estudo, não houve pretensão de expurgar o tema na sua integralidade, mas sim impulsionar um estudo voltado para uma análise do precedente, impondo reflexões para induzir o debate, por se tratar de um novo instituto no sistema processual, do qual ainda necessita do entendimento do jurista brasileiro para a formação e criação do precedente.

Ao final, foram apresentadas as conclusões do autor acerca dos temas abordados na pesquisa científica.

Como procedimento metodológico, foi amplamente utilizada a análise de artigos, livros, legislação, jurisprudência, bem como, o método dedutivo e indutivo, para se demonstrar a razão de decidir de três importantes precedentes judiciais brasileiros.

1. BASES PRINCIPIOLÓGICAS CAPAZES DE FUNDAMENTAR O PENSAMENTO PARA A SISTEMATIZAÇÃO DE PRECEDENTES NO BRASIL

Em vista da vigência do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, o qual trouxe a previsão, legítima, de um sistema de precedentes, necessário se faz percorrer o caminho de seu surgimento e de suas bases principiológicas para demonstrar a necessidade de se modificar a conduta e posicionamento, da cultura jurídica, com vista a operacionalização do referido instrumento.

1.1 Breve relato histórico em torno do surgimento dos precedentes do *common law* e da *civil law*

Inicialmente, há a necessidade de trazer o significado da palavra precedente.

Como adjetivo de dois gêneros, traduz aquilo o que precede; antecede, e, como substantivo masculino, define-se como o procedimento que serve de critério ou pretexto das práticas posteriormente semelhantes¹.

Juridicamente, definem-se os precedentes no sistema *Common Law*, para designar o direito comum, oposto aos costumes locais próprios de cada região. A partir do Século XIII, este é tido como um direito jurisprudencial, elaborado por juízes e mantido pela sua aplicação, cuja lei não possui qualquer papel na sua evolução. O *Common Law* teve seu início na Inglaterra, no século XIII, desenvolvendo através dos *writs*, o que se denominava como ações judiciais sob a ordem do rei. A partir de seu desenvolvimento, na Inglaterra, difundiu aos Estados Unidos, Canadá, Austrália, dentre outros².

Nesse sentido é importante trazer que:

Se o *Common law* é sobretudo um direito jurisprudencial, a obrigação para o juiz de decidir segundo a regras estabelecidas pelos precedentes judiciais – o que se designa princípio de *stare decisis* – não foi no entanto imposta por via legislativa senão em 1875. Mas é inegável que a autoridade do precedente foi sempre mais considerável em Inglaterra que na Europa Continental. O precedente judicial não é no entanto uma verdadeira fonte de direito porque o juiz que proferiu a primeira decisão numa dada matéria teve de encontrar algures os elementos da sua solução, sobretudo do domínio das regras de fundo, chamadas *substantive law*. Segundo a concepção dominante na história jurídica da Inglaterra, cabe ao juiz declarar <dizer o direito>, declarar o que é

¹ Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda, **Minidicionário Aurélio Língua Portuguesa Edição Histórica 100 anos**. São Paulo: Positivo Livros, 2014.

² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 208.

de direito [...] o juiz não cria o direito, constata que ele existe; é o seu oráculo vivo, julgando em consciência, segundo a razão³.

É possível constatar que o sistema do *Common law* baseia sua aplicação voltado ao costume e aos precedentes, como na Inglaterra, que é um país sem constituição escrita e sem códigos.

O *civil law*, por outro lado, consolidou-se como um sistema em que o direito não nasce das decisões judiciais, mas da lei, dos códigos, bastando a interpretação do texto legal, para definir a norma jurídica a ser seguida em sua aplicação. Teve seu desenvolvimento após o declínio do Império Romano no século V; e, com o advento do feudalismo, os territórios passaram a disciplinar sistematicamente as relações privadas, o que incentivou o estudo do Direito Romano nas universidades a partir do século XI, vindo a influenciar na construção do ordenamento jurídico, dos países da Europa no século XIII. Tornou-se fonte inspiradora de um novo sistema jurídico apartado dos valores religiosos e condizente com o ideal humanista⁴.

Nas palavras de René David dá-se a exata dimensão do prestígio que o Direito romano possuía naqueles tempos, entre os estudiosos:

A hesitação era tanto menos possível quanto era certo que, face à diversidade e à barbárie dos costumes locais, um direito se oferecia ao estudo e à admiração de todos, tanto professores como estudantes. Este direito era o direito romano. 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. O direito romano fora o de uma civilização brilhante, que se estendera do Mediterrâneo até o Mar do Norte, de Bizâncio à Bretanha, e que evocava no espírito dos contemporâneos, com nostalgia, a unidade perdida da Cristandade⁵.

Elemento marcante no *Civil law* é o surgimento dos Códigos, caracterizando-o como um sistema de normas que estão na lei e não nas decisões judiciais, bastando sua afirmação nos pronunciamentos judiciais. Referido sistema prevalece na maior parte dos países, sendo adotado na maioria dos países da Europa, da Ásia, da África e em toda a América Latina⁶.

Atualmente, para se buscar uma tutela jurisdicional há uma tendência de convergência dos institutos. Veja-se que:

³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 212.

⁴ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 24.

⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 33.

⁶ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica**. Op. cit., p. 28.

De vários anos a esta parte, ocorreu efetivamente poderoso movimento de recíproco avizinhamiento entre duas famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se igualmente sobre o plano do ordenamento jurídico e do direito jurisprudencial⁷.

Essa convergência dos institutos se deve à globalização e à necessidade de solucionar as deficiências de um sistema jurídico, para resolver de maneira eficiente os seus problemas práticos, sem, contudo, modificar seu sistema original.

No Brasil, os precedentes judiciais são matéria de difícil assimilação, inicialmente porque há o pensamento de tratar do instituto típico do sistema do *common law* e ainda pela falta de destreza em sua utilização, afastando-o, na prática.

Podemos dizer que:

Somos um país enraizado na cultura do *civil law* e que muito pouco, ou nada, sabe acerca da *common law*. Em razão desse desconhecimento, não conseguimos compreender corretamente o fenômeno da vinculação dos precedentes. A maior prova de que nossa tradição jurídica prestigia a lei escrita é a narrativa [...] acerca dos mecanismos de que dispomos para obter uma jurisprudência mais uniforme: são diversos instrumentos, inseridos por leis distintas que não guardam harmonia entre si, enquanto que na Inglaterra e nos Estados Unidos, [...], o respeito ao precedente é cultural, visto que enraizado na história dos dois países, não havendo um dispositivo legal que diga que os precedentes são vinculantes, embora sejam. É cultural, e não imposição legal.⁸

O atual Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/2015, mostrou que a aplicação e manejo dos precedentes deixou de ser uma opção e passou a ser uma necessidade.

Desde a época do império, o Brasil faz uso de precedentes judiciais. Como exemplo tem-se que:

O Dec. 6.142, de 10.03.1876, instituiu um procedimento segundo o qual as minutas de assentos poderiam ser indicadas por qualquer Ministro do Supremo Tribunal de Justiça; propostas por alguma das Relações do Império, ou por qualquer juiz de 1.^a instância; ou requeridas pelo Instituto da Ordem dos Advogados. As indicações, propostas e requerimentos deveriam ser acompanhadas de um relatório circunstanciado dos julgamentos divergentes, ‘e das dúvidas ocorridas sobre a inteligência da lei ou do direito em tese, bem como de certidão verbo *ad verbum* (certidão da íntegra) dos julgamentos

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 124.

⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. ***Stare decises et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro.*** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 220.

divergentes (art. 5º, I e II)⁹.

O Brasil, com sua independência, via a legislação escrita e a jurisprudência como fonte de interpretação para aplicar o direito satisfatoriamente a cada caso concreto e isso se confirma desde que:

As Ordenações Filipinas, já em vigor por mais de dois séculos, permaneceram em seu lugar mesmo após o Brasil ter-se tornado sede da monarquia portuguesa, mesmo após ter-se desligado da pátria mãe, proclamando a sua independência (1822). Apenas lentamente, e um pouco por vez, vieram substituídas por leis novas. As Ordenações, portanto, mantiveram-se em vigor por um tempo excessivamente longo e é porventura nesse ponto que se deve procurar a explicação para o comportamento que tiveram e têm a doutrina e a jurisprudência brasileira frente à legislação escrita: vale dizer, um menor apego ao texto legislativo em comparação aos juristas europeus, e uma mais desprezada interpretação das suas disposições, num esforço de encontrar uma solução satisfatória para cada caso concreto, com largo recurso ao direito comparado e à doutrina estrangeira. Uma mais aguçada sensibilidade para o justo substitui frequentemente a menor inclinação à construção dogmática.¹⁰

A aplicação dos precedentes no Brasil sempre teve relevância no nosso direito, segundo Cruz e Tucci, “[...] não há dúvida de que, ao longo da história, a atividade judicial sempre desempenhou importantíssimo papel, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio aperfeiçoamento dogmático de institutos jurídicos”¹¹.

E é o que sempre ocorreu. Veja-se o artigo 861, do Código de Processo Civil, de 1939, que trazia:

A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.

A simples leitura do dispositivo demonstra que àquela época havia um instituto de pronunciamento prévio dos julgadores de Segunda Instância, para unificar o entendimento das normas jurídicas a serem aplicadas pelas Câmaras ou turmas julgadoras, ou seja, uniformizar a jurisprudência dos Tribunais.

⁹ DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876**. Revista de Processo - REPRO, n. 220, junho/2013, p. 407.

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Institutos do direito comum no processo civil brasileiro**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n. ° 21. Salvador, 2010, p. 289.

¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 257.

A Súmula nº 1¹², do Supremo Tribunal Federal, atualmente não superada, mas que deve ser repensada diante do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988¹³ e da Súmula 421,¹⁴ do Supremo Tribunal Federal, editada em dezembro de 1963, apesar de não possuir efeito vinculante, seu enunciado trouxe obrigatoriedade na sua aplicação em casos análogos.

É sabido que as súmulas, e aqui se trata das súmulas não vinculantes, foram criadas para que sejam evitados julgamentos contraditórios sobre o mesmo assunto, com o intuito de prevenir e impedir decisões contraditórias, e somente com o tempo tornaram-se um importante mecanismo de precedentes do nosso ordenamento jurídico.

Sobre o nascimento da súmula, já se escreveu doutrinariamente que:

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 convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos que era tal ou qual as jurisprudências assentes da Corte. Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, teve que tomar, nos primeiros, anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento. Daí surgiu a ideia de Súmula, [...].¹⁵

Com o advento do Código de Processo Civil, de 1973, que apresentava natureza liberal, patrimonialista e individualista, e que se tornou opaco e obsoleto¹⁶ frente às inúmeras reformas, para tentar suprir a litigiosidade exacerbada, causada pela democratização do acesso à justiça, após a queda do regime ditatorial, voltada para a estabilização do direito, vez que “nos últimos anos, tem-se verificado a saudável tendência, no direito brasileiro dos precedentes judiciais,” com a atitude positiva de observância da jurisprudência, para promover valores relevantes como segurança jurídica isonomia e eficiência¹⁷. Assim, instituiu-se no CPC/73, o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 a 479), demonstrando ao

¹² Súmula nº 1: É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna.

¹³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. [...]

¹⁴ Súmula nº 421: Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.

¹⁵ LEAL, Victor Nunes. “Passado e futuro da súmula do STF”. Revista de Direito Administrativo, n. 145, 1981, p. 14.

¹⁶ CÁRCOVA, Carlos Maria, **A opacidade do direito**, São Paulo: LTR, 1998. p.14.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 77.

legislador a intenção de suprir as divergências jurisprudenciais.

A sistematização de precedentes continuou a evoluir e, com a Emenda Constitucional 03/93, que criou o controle concentrado de constitucionalidade, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade, e, com ela, o efeito vinculante, resultou no impedimento da interpretação diversa pelos outros tribunais do país, em obediência ao Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional¹⁸.

Com a regulamentação da Emenda Constitucional 45/04, positivou-se a súmula vinculante¹⁹ na tentativa de atribuir seus efeitos às decisões judiciais com base na *ratio decidendi* dos precedentes.

A necessidade de uma obrigatoriedade mais acirrada relativa às decisões ligadas a temas infraconstitucionais gerou diversas técnicas processuais, tais como o recurso especial repetitivo (art. 543-C), o julgamento monocrático dos recursos (art. 557), a repercussão geral para admissão de recurso extraordinário (art. 543-A e 543-B), a súmula impeditiva de recurso extraordinário (art. 518, §1º), a sentença liminar de improcedência (art. 285-A) e a dispensa da reserva de plenário (art. 481, parágrafo único)²⁰.

Os dispositivos elencados demonstram o crescimento e a evolução da legislação constitucional e processual do sistema jurídico para fortalecer o instituto dos precedentes judiciais, em busca da preservação dos direitos fundamentais, da segurança jurídica e da isonomia, com o propósito de se colocar em prática o exercício de um direito, através da jurisdição, os quais culminaram para o desenvolvimento do Novo Código de Processo Civil, que sistematizou os precedentes judiciais no Brasil, buscando a promoção da segurança jurídica, a proteção da igualdade e da dignidade de pessoa humana.

O sistema jurídico brasileiro foi gerado com o objetivo expresso de evitar surpresas e arbitrariedades, com o intuito de garantir segurança aos jurisdicionados.

Nesse contexto, não se pode falar em precedentes sem correlacioná-los com os conceitos de segurança jurídica, que nos traz a ideia de confiança e regras a serem seguidas em sociedade. “Somente a confiança na continuidade das instituições estatais e na vinculação das regras cria

¹⁸LIMA, Tiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: **Novas tendências do processo civil**. Vol. 3. Organização de Alexandre Freire et al. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 737.

¹⁹CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. **Súmulas Vinculantes**. Revista de Processo, nº 168, ano 34, fev/2009, p. 143-160.

²⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2009. p. 145.

a base para o desenvolvimento da liberdade humana”²¹.

Confiança é o fundamento do relacionamento humano, assim também do Direito. Quem deseja aprender algo de outro, fazer alguma coisa com ele ou se orientar no seu modelo, deve confirmar nesse homem. Por isso é a confiabilidade do ordenamento jurídico uma condição fundamental de uma constituição libertária. O homem só confia num Direito que lhe dá confiança²².

Todavia, importante visualizar os vários conceitos de segurança jurídica como elemento definitório, como fato, como valor ou como norma-princípio, além de estabelecer a diferença entre norma, princípios e regras.

Como elemento definitório ou de definição do direito, a segurança jurídica possui o sentido de condição estrutural de qualquer elemento jurídico, destinada a afastar o arbítrio e a garantir igualdade, como elemento integrante de uma definição.

Nessa concepção, a segurança jurídica é uma qualidade “sem a qual não poderia haver direito, nem bom, nem mau, nem de nenhuma espécie”²³.

Sob esta perspectiva, a segurança jurídica é considerada um conceito e não uma norma²⁴.

Já como fato, a segurança jurídica refere-se a uma determinada realidade fática e concreta, que prevê antecipadamente aquilo que de forma concreta irá acontecer²⁵.

A segurança jurídica como valor denota um estado digno de ser buscado por razões sociais, culturais ou econômicas sem a imposição da lei, no sentido de ser bom existir, de acordo com determinados valores.

Temos que “um ordenamento previsível é muito melhor para o desenvolvimento econômico que um imprevisível”²⁶, demonstrando ser a segurança jurídica um valor essencial para a vida em sociedade.

Como valor, a segurança jurídica busca aproximar os ordenamentos jurídicos aos ideais de justiça.

Ainda, a segurança jurídica pode unir-se a uma norma jurídica, estabelecendo permissões, proibições ou obrigações, seja de forma direta ou indireta, numa concepção

²¹ BIRK, apud, ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 113

²² KIRCHHOF, apud, ÁVILA, Humberto. *Ibidem*, p. 113.

²³ L., Recaséns Siches, apud, ÁVILA, Humberto. *Ibidem*, p. 121.

²⁴ ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, p. 121.

²⁵ *Ibidem*, p. 122.

²⁶ ENTERRÍA, apud, ÁVILA, Humberto. *Ibidem*, p. 123.

juspositivista argumentativa, a qual define critérios para a sua aplicação e sanções para o seu desrespeito. “A segurança jurídica como norma é a prescrição para adoção de comportamentos destinados a assegurar a realização de uma situação de fato de maior ou menor difusão e a extensão da capacidade de prever as consequências jurídicas dos comportamentos”²⁷.

Assim, como norma princípio, a segurança jurídica tem o condão de demonstrar os efeitos jurídicos futuros de atos presentes, cujos elementos para a sua concretização são: estabilidade, previsibilidade, calculabilidade e uniformidade²⁸.

A garantia de uma ordem jurídica vem calcada no direito, que é:

... por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é quem assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras são as pessoas que têm certeza de que o direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam²⁹.

Dessa maneira, conclui-se que a segurança jurídica é a base do Direito, que, no Direito positivo brasileiro, sua força normativa é extraída do princípio constitucional do Estado Democrático, segundo o qual os governantes e governados se submetem à norma jurídica, permitindo ao cidadão calcular antecipadamente o que acontecerá no futuro quanto à aplicação do direito.

Nos estudos acerca dos precedentes é fundamental definir no que consiste um princípio jurídico, uma regra jurídica e no que incide a distinção entre texto de lei e norma, o que nada mais é do que a interpretação jurídica dos textos legais.

Alguns critérios para a distinção entre regras e princípio são sugeridos por J.J. Gomes Canotilho:

a) *Grau de abstracção*: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa. c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema

²⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 124.

²⁸ SILVA, Celso de Albuquerque. **Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10.

²⁹ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiro, 2011, p. 180-181.

das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). d) *Proximidade da idéia de direito*: os princípios são “standards” juridicamente radicados nas idéias de justiça (Dworkin) ou na “idéia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. e) *Natureza normogénética*: os princípios são fundamentos de regras, isto é, que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénética fundamentante.³⁰

Na concepção de Robert Alexy³¹, a base do argumento dos princípios está constituída pela distinção entre regras e princípios. As regras são normas que, quando se atende um tipo de direitos, ordenam uma consequência jurídica definitiva; quer dizer, quando se atende determinadas condições, uma ordem, uma proibição, uma permissão ou autorização para se fazer alguma coisa, são chamados de “mandatos definitivos”. Sua forma de aplicação é caracterizada pela subsunção. Oposto a isso, os princípios são considerados comandos ou mandatos de otimização. E, como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Isto significa que podem ser realizadas em diferentes graus e que a extensão de sua realização não depende apenas do fato, mas também da lei. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio estão determinadas essencialmente mais do que as regras; são chamados os princípios opostos, ou seja, dependem e exigem ponderação, que é uma forma de aplicação dos princípios.

Conclui-se que as regras válidas são normas aplicadas pela subsunção, exatamente da forma exigida, enquanto os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível.

A aplicação de um princípio não demanda o uso de critérios fixos, vez que entre eles não há hierarquia, devendo apenas existir a ideia de balanceamento de “peso”, aplicação de um princípio ou outro, em relação a determinado caso concreto; contudo, sem liberdade de julgamento e invenção de novos direitos, objetivando o dever de conceber os direitos da parte invocados³².

Segundo Ronald Dworkin:

Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um

³⁰ J.J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 1160-1661.

³¹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 75.

³² DWORKIN, Ronald. **A bondade da Justiça**. In: *Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 13, p. 125-134, 1999.

direito individual: os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos³³.

Assim, o papel da teoria dos princípios é determinante para restringir os limites das decisões judiciais ao caso concreto, conferindo coerência e integridade ao sistema jurídico, para seja proferida uma decisão adequada.

Não há uma uniformidade entre os conceitos de princípios e regras, que é considerada produto da interpretação, e aqueles conferem coerência, harmonia e integridade para esta interpretação.

De grande importância a análise dos princípios, uma vez que são informadores do sistema de precedentes no direito brasileiro, “visto serem eles o caminho para alcançar o estado de coisas ideal visado na aplicação do conjunto de normas analisado”³⁴.

Atualmente, os princípios possuem *status* de norma de Direito, mesmo que não positivados, tendo eficácia e vinculando todo o ordenamento jurídico, para a aplicação das normas jurídicas.

Nesse sentido:

Nas ciências jurídicas, os princípios têm a grande responsabilidade de organizar o sistema e atuar como elo de ligação de todo o conhecimento jurídico com finalidade de atingir resultados eleitos; por isso, são também normas jurídicas, mas de natureza anterior e hierarquicamente superior as ‘normas comuns’ (ou de ‘normas não principais’)³⁵.

Com efeito, os princípios são instrumentos que atribuem coerência, lógica, ordem e coesão ao ordenamento normativo, à construção de um sistema jurídico e à sistematização dos precedentes. Por isso, a necessidade do estudo dos princípios jurídicos do processo civil, com vistas à formação do precedente judicial, visando garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados.

1.2 O princípio constitucional de acesso à justiça e a efetividade do processo

O princípio constitucional de acesso à justiça é amplamente conhecido na esfera

³³ DWORCKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso e Direito Processual Civil, Vol. 1**. 56. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 43.

³⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento partidário das partes. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 92.

jurídica, esta expressamente insculpido na Constituição Federal de 1988, no inciso XXXV do art. 5º³⁶.

Atualmente sabemos que o acesso ao Poder Judiciário tem se tornado, em várias situações, o remédio do qual se tem utilizado, como última alternativa de solução de problemas econômicos, sociais, religiosos, como por exemplo a obtenção de medicamentos e ou tratamento de saúde, dentre outros. Com esse viés, o Novo CPC aponta que o juiz deixará de ser mero representante do órgão do Judiciário, isso no momento em que flexibiliza os procedimentos e as decisões e possibilita maior acesso à ordem jurídica, para que o jurisdicionado possa receber a tutela jurisdicional de modo mais eficaz.

É o acesso à justiça um direito fundamental, pelo qual se consegue exercer os demais direitos fundamentais; é por meio dele que se busca a concretização dos demais direitos pelo Poder Judiciário.

O processualista Kazuo Watanabe destaca que o acesso à justiça significa o acesso justo a uma ordem de valores e direitos fundamentais do homem:

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti. (...) São seus elementos constitutivos: a) o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características³⁷.

Esposa o mesmo entendimento Ada Pellegrini Grinover ao dizer que o acesso à justiça

³⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito. [...]

³⁷ WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

é um direito amplo, com o intuito de resolver de forma justa o conflito de interesses resistidos, por intermédio de uma decisão justa e capaz de produzir seus efeitos, consoante a ordem de valores identificada no ordenamento jurídico.

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 individuais e socialmente justos³⁸.

A garantia de acesso à justiça está intrinsecamente ligada à efetividade processual, que se traduz em um processo célere e eficaz, sob pena de ferir os princípios constitucionais, que constituem os fundamentos do sistema processual.

Dessa maneira confirmamos que a:

Efetividade da tutela jurisdicional significa a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material. Ou seja, a parte somente necessita pedir a intervenção estatal se não houver satisfação voluntária do direito. (...) Ineficácia ou inefetividade da tutela jurisdicional representa verdadeira denegação dessa mesma tutela, pois não confere ao titular do direito a proteção a que se propôs o Estado, ao estabelecer o monopólio da jurisdição. Direito à tutela jurisdicional, como garantia constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXV), significa direito à tutela efetiva, o que somente se torna possível se houver instrumentos adequados para alcançar esse resultado³⁹.

Assim, se o Estado-Juiz, através da tutela jurisdicional, acolhe a pretensão formulada, deve também efetivá-la com instrumentos suficientes à sua satisfação, por isso os conceitos de acesso à justiça e efetividade do processo se entrelaçam.

1.3 O princípio da legalidade e da anterioridade das leis

Com raízes na Carta Magna do Rei João Sem Terra, de 1215, o princípio da legalidade foi a reação dos burgueses contra as imposições de impostos sem motivos ou previsões do poder do Rei; o que veio a marcar o constitucionalismo inglês, a independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 235.

³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25.

Axiologicamente, o princípio da legalidade tem como escopo a ideia de segurança jurídica, ou seja, há uma previsibilidade no sistema, pois “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Com exceção da Constituição Federal de 1937, as demais Constituições de nosso ordenamento jurídico possuíam a norma de que “nenhum cidadão (ninguém) podia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei”.

Vemos com maior ênfase o princípio da legalidade na Constituição Federal para aplicação nas esferas penal e tributária.

No âmbito penal, o princípio tem previsão no art. 5º, XXXIX, que dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, assegurando que somente haverá crime e penas no Brasil se existir lei que os defina.

Na área tributária, tem fulcro no art. 150, inciso I, da Constituição Federal⁴⁰, o qual proíbe a criação e o aumento de tributos senão em virtude de lei. Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica tem o condão de prever o aumento do tributo através de lei para proteção patrimonial do cidadão, se houver arbitrariedade na sua edição.

O princípio da legalidade confere a segurança jurídica aos cidadãos, tanto pessoal como patrimonial, se não houver previsão legal.

Também voltado para a segurança jurídica, o princípio da anterioridade tem a finalidade de proteção pessoal e patrimonial sem que haja previsão em lei anterior, no sentido de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A lei esta é instituída previamente para que o cidadão possa a ela conhecer e a ela se amoldar para viver em um Estado de Direito.

Vê-se, portanto, que os princípios da legalidade e o da anterioridade se complementam ante a previsibilidade da existência de uma lei, garantindo aos cidadãos seu prévio conhecimento para adaptarem-se às novas condutas.

Na esfera penal, o princípio da anterioridade possui a previsibilidade da existência prévia e anterior de uma lei fundamentada no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

No âmbito tributário, o objetivo do princípio da anterioridade é impedir o Poder Público de criar novos tributos sem conhecimento prévio do contribuinte, para proteção de seu patrimônio, vedando a tributação surpresa.

Anteriormente, na Constituição de 1988, o art. 150, III, “b”, previa: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal

⁴⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

e aos Municípios: III - cobrar tributos: [...] b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”. Fundamentado no princípio da anterioridade anual, tinha como meta proteger os cidadãos da criação de tributos no mesmo ano.

Dispositivo de aplicação frágil, posto que o Poder Público, cumprindo a imposição constitucional, tinha a possibilidade de criar leis tributárias no último dia do ano, porém, sem o respeito à segurança jurídica aos jurisdicionados, quanto ao conhecimento e conduta a serem seguidas. Com a finalidade de garantir a efetividade da segurança jurídica aos cidadãos, foi instituído, no texto constitucional, o princípio da anterioridade nonagesimal⁴¹, o qual determina que, independentemente da criação da lei, há ainda a necessidade de 90 (noventa) dias para a sua aplicação, cuja finalidade seria evitar restrições individuais e patrimoniais repentinas.

1.4 O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

É sabido que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são corolários do princípio do devido processo legal, que é o postulado fundamental do ordenamento jurídico, pois tutela a vida, a liberdade e o patrimônio.

Assevera Carlos Alberto Álvaro de Oliveira que o devido processo legal se desdobra nas seguintes garantias:

a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou pré-constituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso de tempo razoável⁴².

Nelson Nery Jr. diz que a Constituição Federal não necessita da infinidade de princípios que compõem o seu texto, sendo suficiente a previsão do princípio do devido processo legal, para que daí sobrevenham as consequências e garantias processuais obrigatórias no Estado Democrático. Trata-se de expressão que traduz o mais amplo acesso da parte à justiça, “deduzindo pretensão e defendendo-se de modo mais amplo possível”⁴³.

Dessa maneira, tem-se que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

⁴¹ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - cobrar tributos: (...) c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b.”

⁴² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Garantia do Contraditório. In: Garantias Constitucionais do Processo Civil. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci.** São Paulo: RT, 1999, p. 259-260.

⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p 85.

relacionam-se com a solução do caso concreto, flexibilizando a rigidez das disposições normativas abstratas, bem como concretizando o devido processo legal.

Ao dimensionar tais princípios, é possível observar que a proporcionalidade seria o princípio dos princípios, assentando-se nos seguintes elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, enquanto que a razoabilidade se materializaria e se esgotaria num mero princípio.

A propósito, Paula Sarno Braga mostra que:

[...] Na verdade, a ideia central dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade – cujos sentidos são convergentes – é, em suma, a proibição dos excessos no exercício do Poder Estatal. Os atos estatais devem ser: *i) substancialmente adequados* para alcançar o resultado pretendido, considerando-se que os meios escolhidos devem ser aptos a conduzir o fim almejado; *ii) realmente necessários* para obter tal fim, aferindo-se se não haveria outros meios menos gravosos para o cidadão; *iii) e* enfim, estritamente proporcionais, ou seja, ponderados os valores em jogo, não se pode malferir aquele de maior valia; as vantagens com a prática do ato estatal devem superar as desvantagens⁴⁴.

O Novo Código de Processo Civil buscou dar ênfase ao princípio do devido processo legal, especialmente nos seus corolários – proporcionalidade e razoabilidade – ao prever dispositivos que afastam decisões desproporcionais, arbitrárias, irrazoáveis, garantindo a aplicação de uma tutela jurisdicional justa, de forma racional e adequada entre os fins e os meios.

1.5 O princípio da cooperação

O novel Código de Processo Civil busca o dever de cooperação entre os sujeitos processuais, por imposição da lealdade e boa-fé processual, expresso em seu artigo 6º, ao afirmar que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Logo, para haver um processo justo e em conformidade com o direito, aquele deve ser conduzido em cooperação. Trata-se do mandamento constitucional implícito extraído da cláusula geral do devido processo legal.

O NCPC estabelece como se deve distribuir corretamente a condução de um processo, no sentido de produção de provas, interposição de recursos, julgamentos, contestação etc., e a

⁴⁴ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 192.

doutrina processual costuma identificar a existência de dois grandes modelos clássicos de processo:

a) modelo/princípio dispositivo (liberal, adversarial, acusatório), em que o juiz é mero espectador do processo, porque as partes protagonizam o processo, conduzindo-o, cabendo ao Estado-Juiz apenas a tarefa de decidir, não intervindo. É o modelo processual liberal, que se relaciona com o garantismo processual;

b) modelo/princípio inquisitivo (inquisitorial), no qual, diferentemente do anterior, o Estado-Juiz é que tem o poder de conduzir, gerir e decidir o processo. É o modelo chamado de ativismo judicial processual.

Tais modelos não mais se adequam à expectativa da sociedade para o processo civil.

O Novo CPC mescla os estereótipos, por não existir um modelo puro de processo, com maior predominância de um ou outro.

Há traços do modelo inquisitivo quando o juiz agir e produzir prova de ofício, e há a presença do modelo dispositivo no qual o processo só começa pela iniciativa das partes e o juiz fica adstrito ao que foi pedido.

Hoje se almeja um sistema processual no qual o magistrado não seja um simples espectador de conflitos entre as partes, mas que contribua para o resultado processual justo e tempestivo, que é o modelo baseado no princípio cooperativo do processo.

Com efeito, neste caso, estaríamos frente a um terceiro modelo, nem dispositivo e nem inquisitivo, pois o processo seria cooperativo, não existindo protagonistas na condução e desenvolvimento do processo.

Não há protagonistas, mas sim harmonia e simetria dotada de equilíbrio na condução do processo pelas partes processuais. O processo é conduzido em diálogo, cooperação entre os sujeitos do processo. O juiz fica ao lado das partes e, com elas, conduz o processo.

Deve se lembrar que, apesar de permanecer a distinção entre o Estado, sociedade e indivíduo a organização é no sentido de possuir “um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa”.⁴⁵

Daí surge o novo princípio do processo, o da cooperação, derivado diretamente do princípio da lealdade ou da boa-fé processual, que atualmente merece realce como um princípio implícito autônomo, visto a observância intensa de um contraditório redimensionado, o qual passa a ser um elemento que permite o seu efetivo aprimoramento. Esse aprimoramento aproxima os sujeitos do processo, incluindo o juiz, porque determina que a conduta das partes

⁴⁵ GRASSO, Eduardo. **La collaborazione nel processo civile**. Rivista di Diritto Processuale, Padova, 1966, p. 587.

processuais seja realizada com lealdade, somando-se à boa-fé subjetiva a sua vertente objetiva.

Nesse terceiro modelo, o processo não estaria regido pelo princípio dispositivo ou pelo princípio inquisitivo, mas sim pelo princípio da cooperação. Das lições de direito civil, a boa-fé gera o dever de cooperação nas relações obrigacionais. Se é assim no direito civil, no direito processual gera-se o dever de cooperação dos sujeitos no processo.

Se um processo dirigido em cooperação é um processo sem protagonistas na condução, em que são buscador o respeito a lealdade e a confiança, o que se garante o contraditório participativo, tendo em contrapartida o direito de participação das partes⁴⁶.

A cooperação, intrinsecamente, relaciona-se com ética e ausência de protagonismo. Diversas são as críticas existentes em relação ao modelo cooperativo, mas já é aplicado e vem expresso em muitos dispositivos do Código de Processo Civil. Sua presença se dá pela apresentação de três elementos:

- a) pelo princípio democrático;
- b) pelo devido processo legal; e,

c) pelo princípio da boa-fé, que se manifesta através dos subprincípios da proteção da confiança (protege a ideia que o sujeito possuía sobre determinada coisa) e da prevalência da materialidade subjacente (regra jurídica aplicada de acordo com as circunstâncias que envolvam o contexto fático), do qual resultam os deveres de cooperação.

Ao delimitar o tema, é admissível que, do ponto de vista processual, cooperar não significa um ajudar o outro, mas obstaculizar condutas que prejudiquem o andamento do processo, como o de criar embaraços, tendo sempre em mente o respeito à boa-fé e à lealdade diante de direitos antagônicos. Aqui se vê que esse modelo consagra a boa-fé como direito fundamental, o devido processo legal e diretamente o princípio da cooperação, porque esta deriva daquela.

No princípio cooperativo, o juiz fica ao lado das partes, tendo o dever de esclarecer os seus pronunciamentos, devendo apontar as falhas processuais e dizer como corrigi-la.

O modelo cooperativo atualmente possui aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e o STJ o tem consagrado ao reconhecer, por exemplo, que o juiz não pode indeferir de plano a inicial, sem dar a chance do autor emendá-la e sem dizer qual seria o defeito da peça preambular. Assim, o dever de consulta proíbe que o juiz decida com base em questão de fato ou de direito, sem dar a oportunidade das partes se manifestarem sobre ela.

⁴⁶ RAATZ, Igor. **Colaboração no processo civil e o projeto do novo código de processo civil**. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 23-36, ago 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/view/274> Acessado em: 15 mai. 2016, p. 23-36.

Previsão expressa do dever de consulta vem descrita no Código de Processo Civil, em seu artigo 10, que traz: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Dessa forma, a decisão de terceira via, como tem sido chamada pela doutrina moderna, que é uma decisão tomada diretamente pelo juízo sem que houvesse sido postulada, ausente da manifestação das partes e de submissão ao contraditório, feriria o princípio da cooperação e violentaria as normas processuais.

Diferentemente da decisão de terceira via e à luz do princípio da cooperação e do dever de consulta, é possível falar em uma interpretação conformada do brocardo *iura novit curia*, o qual confere ao juiz a liberdade de, a partir do contexto fático exposto nos autos pelas partes, eleger a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, independentemente de tal conclusão jurídica ter sido abordada pelas partes.

O princípio da cooperação busca estabelecer um equilíbrio na atuação dos sujeitos processuais, de tal forma que, se por um lado irá fortalecer os poderes das partes, de forma a garantir a elas uma participação e influência efetivas na formação do convencimento do magistrado, por outro lado também o juiz deverá adotar uma postura mais ativa, sempre com cautela para não acabar sendo arbitrário ou parcial.

Por isso, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira ensina que o princípio da cooperação:

[...] vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição⁴⁷.

Importante ressaltar que a liberdade da norma jurídica a ser aplicada não retira do magistrado o seu “poder-dever”, mas estabelece, que antes de ele ser exercido, deve conceder às partes a oportunidade de se manifestarem sobre as conclusões jurídicas extraídas dos autos pelo juiz.

Por esse prisma, o dever de auxílio impõe ao juiz o dever de contribuir para que as partes superem as eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades,

⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Garantia do Contraditório. In: Garantias Constitucionais do Processo Civil. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci.** São Paulo: RT, 1999, p 139-140.

ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais, removendo o obstáculo impeditivo⁴⁸.

No texto consolidado do Projeto de Lei do Senado nº 166, o artigo 5º diz que “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”; o artigo 8º traz “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade a publicidade e a eficiência”.

Com isso, temos, no artigo 5º, a aplicação do princípio da boa-fé, que passa a compor o capítulo relativo aos princípios e garantias fundamentais do processo civil, impondo a sua observância em todo o procedimento.

A olhos nus vislumbra-se, no artigo 5º, um dever de cooperação e, no artigo 8º, um dever de colaboração; e com isso, a adoção do modelo cooperativo para o processo civil brasileiro, representado não só de um dever, mas de uma cláusula geral expressa de cooperação.

Num modelo de Justiça adequado à contemporaneidade, com o fito de assegurar a segurança jurídica no ordenamento, busca-se uma efetiva participação dos envolvidos na realização dos fins estatais para a pacificação dos conflitos, no qual o juiz adota uma postura de intermediação, no sentido de facilitar a comunicação, o diálogo entre as partes, as quais, por sua vez, devem se utilizar do processo para interagir e buscar, conjuntamente, uma solução justa para o conflito.

Adota-se, nesse modelo, um “procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade⁴⁹”, em que o juiz possui o dever de equilibrar a relação processual, utilizando da razoável duração do processo, e sua função social, como condição de desenvolvimento de um procedimento de bases racional, discursiva e valorativa de determinação da Justiça no caso concreto.

Assim, a não observância dos deveres do processo cooperativo têm como consequência a “inconstitucionalidade por afronta ao direito fundamental do processo justo, possibilidade de responsabilização judicial e, especificamente no caso do dever de auxílio, possibilidade de multa punitiva à parte que, indiretamente, frustra a possibilidade de colaboração do juiz para com a parte contrária”⁵⁰.

Nessa esteira, busca-se uma tutela jurídica efetiva, através de um modelo processual

⁴⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 67.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 283.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: críticas e propostas**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

cooperativo, por meio do princípio da boa-fé, o que exige das partes e o do magistrado a reavaliação de muitas das posturas que tomam durante o andamento do processo. Assim, fugir de ações que possam criar obstáculos por intermédio da jurisprudência defensiva, desobstruir sempre que possível os caminhos jurídicos processuais, garantindo-se a plena operacionalização da Constituição Federal na prestação jurisdicional, tudo isso somente trará benefícios e efetividade ao próprio processo.

1.6 O princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé está dividido em boa-fé subjetiva e objetiva.

A boa-fé subjetiva consiste na intenção das partes em não lesar a parte adversa, que, uma vez rompido, invalidará o ato ou o negócio jurídico, pelo vício de vontade. Cristiano Chaves e Nelson Rosendal afirmam que a boa-fé subjetiva não se caracteriza como um princípio, mas um estado psicológico no qual a pessoa possui a confiança de ser titular de um direito, que existe para ela somente na aparência, ignorando a realidade dos fatos e da lesão ao direito alheio⁵¹.

Por sua vez, a boa-fé objetiva independe da manifestação de vontade das partes, consistindo na intenção de praticar o ato ou do negócio jurídico, estabelecendo um padrão ético e leal de conduta nas relações obrigacionais, configurando-se como um modelo de acordo com padrões de honestidade socialmente reconhecidos, de modo a não romper a confiança das partes⁵².

Tem aplicação como princípio geral de direito, como elemento interpretativo e como elemento de integração⁵³. Nesse sentido, Nelson Nery Jr. dita que o princípio da boa-fé objetiva tem aplicação como a) princípio geral de direito; como b) conceito legal indeterminado; e, como c) cláusula geral⁵⁴.

É sabido que o princípio da boa-fé tem origem no direito privado e sua aplicação estende-se também ao direito público⁵⁵, devendo o Poder Público, em todas as suas esferas,

⁵¹FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. v.2.6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.163.

⁵² Ibidem, p.163.

⁵³ PEREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. Madri, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983, p.15.

⁵⁴ NERY JR., Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. Manole: São Paulo, 2008, p. 83.

⁵⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008, p. 82-83.

moderar-se em suas condutas pela boa-fé objetiva, haja vista o Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica, a legalidade e a moralidade administrativa, dos quais decorre o princípio da boa-fé objetiva; são princípios Constitucionais⁵⁶.

Há grande aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações de direito público. A primeira é prevista no art. 5º, do Código de Processo Civil, o qual estabelece que quem participar do processo, da forma que seja, deve proceder de acordo com a boa-fé. Consagrou-se, aqui, de forma expressa entre nós, o princípio da boa-fé objetiva, de forma que todos os sujeitos processuais devem adotar uma conduta no processo em respeito à lealdade e à boa-fé processual. Sendo objetiva, a exigência de conduta de boa-fé independe da existência de boas ou más intenções⁵⁷.

Traz detalhada aplicação, Fredie Didier Jr, pela doutrina alemã do princípio da boa-fé objetiva: a) proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má-fé; b) a proibição do *venire contra factum proprium*; c) proibição de abuso de poderes processuais; d) *Verwirkung* (*supressivo*, de acordo com a sugestão consagrada por Menezes Cordeiro): perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não seria mais exercido.⁵⁸

Como exemplo, podemos trazer o requerimento doloso da citação por edital (CPC, art. 258)⁵⁹, assim como as hipóteses de litigância de má-fé previstas nos incisos I, II e III do art. 80 do CPC⁶⁰.

A proibição de abuso de poderes processuais é observada, por exemplo, nos casos da tutela da evidência fundada no abuso do direito de defesa (CPC, art. 311, I)⁶¹ e também nos casos do abuso do direito de recorrer, como nos embargos declaratórios manifestamente protelatórios (CPC, art. 1.026, §§2º, 3º e 4º)⁶².

⁵⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeitos *ex nunc* e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008, p. 84-85.

⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim, **Novo Código de Processo Civil Comentado**, Salvador: Ed. Juspodvim, 2016, p. 12.

⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1, 17. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2015, p.110-113.

⁵⁹ Art. 258. A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente a ocorrência das circunstâncias autorizadas para sua realização, incorrerá em multa de 5 (cinco) vezes o salário-mínimo. Parágrafo único. A multa reverterá em benefício do citando.

⁶⁰ Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; [...]

⁶¹ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; [...]

⁶² Art. 1.026. [...] § 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa. § 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade

Por sua vez, a *Verwirkung (supressio)* pode ser citada como a impossibilidade do cônjuge/companheiro/descendente/ascendente do executado de adjudicar o bem penhorado que foi arrematado em hasta pública⁶³, ou pela possibilidade de utilização exclusiva de área comum por parte do condômino, em que pese não ser cabível a usucapião, na situação em que a *supressio* é aplicável.

A proibição do *venire contra factum proprium* tem sua aplicação em diversos dispositivos do CPC, dentre eles o art. 1.000 do CPC, que impede a parte de recorrer quando aquiescer, expressa ou tacitamente, com a decisão ou sentença proferida, ocorrendo, desta forma, a preclusão lógica a impedir a admissão do recurso.

A proibição do *venire contra factum proprium* dita que a conduta do Poder Público deve ser coerente, não podendo atuar em desconformidade com a expectativa por ele mesmo criada. Assim, um dos fundamentos é no sentido de assegurar que as modificações jurisprudenciais não atinjam situações já concretizadas, operando a partir do seu nascimento, a fim de manter a previsibilidade de então e a conduta pautada pelo jurisdicionado na anterior orientação. Nelson Nery Jr. discorre:

Do ponto de vista prático, o dever de os poderes públicos – aqui incluídos o Poder Judiciário, cujas decisões são objeto deste estudo – agirem com boa-fé significa que não devem impor aos administrados e jurisdicionados sanções ou desvantagens relativamente a direitos e obrigações, fruto da modificação de seu entendimento a respeito de determinada situação ou relação jurídica. Assim, modificada a jurisprudência do tribunal, seus efeitos têm de ser para o futuro, ainda que a natureza da decisão judicial seja declaratória, como ocorre nas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma⁶⁴.

À cláusula *tu quoque* também se encaixa, como exemplo de aplicação do princípio da boa-fé objetiva, cujo propósito almeja evitar a quebra de confiança pela surpresa ou pelo ineditismo do comportamento.

Assim, não há dúvida que o princípio da boa-fé objetiva, de aplicação no direito público, obstaculiza a surpresa de uma nova decisão judicial ao jurisdicionado divorciada da jurisprudência consolidada, sob pena de ferir o princípio da segurança jurídica.

da justiça, que a recolherão ao final. § 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

⁶³ Nesse sentido: DIDIER, Fredie. Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, §2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 146, p. 178-179.

⁶⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008, p. 87.

1.7 O princípio da proteção à confiança

Tratado doutrinariamente como desmembramento do princípio da segurança jurídica e da boa-fé, Almiro do Couto e Silva expõe:

Por vezes encontramos, em obras contemporâneas de Direito Público, referências a “boa fé”, “segurança jurídica”, “proteção à confiança” como se fossem conceitos intercambiáveis ou expressões sinônimas. Não é assim ou não é mais assim. Por certo, boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança são ideias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras⁶⁵.

O princípio da proteção à confiança deve ser um princípio de conteúdo autônomo, independente da sua ligação com o princípio da segurança jurídica, no seu aspecto subjetivo.

Assim, José Joaquim Gomes Canotilho traz que:

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. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto que a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos⁶⁶.

Não se pode olvidar que os princípios da confiança e da boa-fé objetiva estão conceitualmente unidos, pois representam o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica no que tange a previsibilidade, como garantia do indivíduo e controle estatal, pautada nas condutas que geraram expectativas nos jurisdicionados.

A proteção da confiança versa sobre o direito que tem o indivíduo de que suas

⁶⁵ COUTO e SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abr./mai/jun., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁶⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.256.

expectativas não venham a ser frustradas. Por sua vez, a boa-fé objetiva trata do dever do Estado de se pautar em condutas, sem frustrar as expectativas de seus administrados, as quais legitimamente criou.

O princípio da proteção à confiança tem o condão de manter o *status quo*, para evitar surpresas e modificações de direito ou de condutas do Estado, vez que se editados geram nos cidadãos a expectativa de seu cumprimento. Não desempenha o referido princípio a função de engessar a ordem jurídica vigente, mas tão somente respeitar as situações já consolidadas, sem que haja o rompimento da confiança e das expectativas então geradas. Por oportuno Almiro Couto e Silva conceitua:

É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.⁶⁷

Por este prisma, o que se exige do princípio da proteção à confiança é a garantia das posições já consolidadas, homenageando, assim, a previsibilidade e as condutas praticadas sob o crivo do direito até então existente, que, uma vez modificado pela sua evolução ou novo entendimento, resultem somente em consequências e condutas futuras ao indivíduo, sendo, portanto, indispensável esta estabilidade e continuidade das normas para que seja garantida a segurança jurídica, uma vez que “entre os valores que ele [o Estado de Direito] assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica”⁶⁸, tanto para o Estado como para os jurisdicionados, a fim de delimitar seus comportamentos e ações, com base na “univocidade na qualificação das situações jurídicas”⁶⁹.

No *commow law*, a previsibilidade confere maior segurança jurídica, independentemente do conhecimento da Lei, visto a uniformidade esperada das decisões judiciais, diferentemente do *civil law*, que sujeita o conhecimento e a interpretação da Lei ao

⁶⁷ COUTO e SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abr./mai/jun., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 17 set. 2016. p. 06.

⁶⁸ MacCormick, apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 95-96.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 96.

jugador.

As leis e decisões representam a estabilidade da ordem jurídica, não podendo livremente ser desconsideradas pelo poder judiciário, porque assim “não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais não se veem como integrantes do sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem”⁷⁰.

1.8 O princípio da isonomia

Previsto constitucionalmente no *caput* do artigo 5º e que prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, é ele que inspira o precedente no *common law*, dando tratamento uniforme a casos idênticos, sendo a norma reguladora para aplicação dos precedentes.

Não se deve permitir dissonância na aplicação dos precedentes a um caso idêntico ao seu, ainda mais se houver semelhança de fatos e igualdade de normas, pois deixaria de “*dizer-se, que para certo e determinado caso só há uma decisão correta é, também, a ideia que está por detrás da necessidade de que os precedentes sejam seguidos, principalmente nas hipóteses em que o juiz tenha exercido função visivelmente criativa*”⁷¹, o que acarretaria violação da norma que o prevê e violação ao princípio da igualdade. Assim em “*paridade de situações, ninguém deve ser tratado excepcionalmente. Todavia, evidenciada a desigualdade entre as pessoas – sejam físicas, sejam jurídicas ou formais, deverão ser consideradas as condições desiguais, para que possa haver igualdade*”⁷².

O órgão do Estado deve manter uma postura isonômica frente a situações concretas semelhantes, sem chegar a conclusões distintas.

1.9 O princípio da congruência

Também conhecido como princípio da correlação e da adstrição, tem como premissa que a sentença deve conceder exatamente o que foi requerido pelo autor na exordial, nos termos do artigo 492, do CPC⁷³, decorrente do princípio da inércia, que traduz que o judiciário deverá

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 102.

⁷¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Precedentes e jurisprudência: papel fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. Direito Jurisprudencial**: volume II. São Paulo: RT, 204, p. 178.

⁷² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004, p.126.

⁷³ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em

se manifestar quando invocado.

Disso resulta que os precedentes somente terão aplicação nos casos julgados pelos Tribunais submetidos ao contraditório.

Nessa linha, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o Enunciado nº 2, que dita: “para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.

1.10 O princípio da colegialidade

Princípio o qual decorre do duplo grau de jurisdição, no sentido da decisão prolatada ser revista pelo colegiado do tribunal.

Segundo já ficou dito, o pronunciamento do relator não deve constituir necessariamente a última palavra sobre o assunto. Assiste ao interessado (seja o recorrente, ou o recorrido, ou qualquer outro legitimado) o direito de reclamar que o julgamento se faça pelo colegiado, ao qual o ordenamento dá competência recursal, insuscetível de ser-lhe retirada.⁷⁴

Todavia, o precedente poderá nascer tão somente se vier do resultado da prolação de um julgamento do órgão colegiado do Tribunal, não se considerando precedente a decisão monocrática do relator, por mais que se firme uma tese jurídica sobre um determinado tema, salvo confirmada pelo colegiado, se agravada a decisão.

1.11 O princípio da motivação, do contraditório e da publicidade

Constitucionalmente previsto no artigo 93, inciso IX, da CF, o princípio da motivação estabelece “que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas sob pena de nulidade”. Este princípio foi consagrado pelo Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 11, *caput*, ao prever “que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Inicialmente interpretamos a citada norma como uma condição da fundamentação ao

quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

⁷⁴ MOREIRA, Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. V12. Ed. Rev. e atua. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 668).

caso concreto julgado.

Ligado aos precedentes judiciais, o princípio da motivação cria duas fundamentações para casos idênticos, uma para solucionar o caso concreto e outra para formular a norma; está ligado à exposição de todas as razões de direito levantadas pelas partes, desde que integralmente analisadas pelo judiciário, se pertinentes ao julgamento da questão deduzida⁷⁵.

Configura-se de extrema importância a motivação da decisão para formular a norma que dará origem ao precedente.

A propósito do conteúdo de uma decisão judicial pode-se dizer que:

Não há mais como reputar suficiente a fundamentação de um ato decisório que se limita a repetir os termos postos na lei ou de ementas e excertos jurisprudenciais ou doutrinários. É preciso (e exigível) que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delineie, também de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso (e igualmente exigível) que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento.⁷⁶

É pertinente enfatizar que a motivação da decisão judicial para formulação do precedente deve primeiramente demonstrar integridade, coerência jurisprudencial e viabilidade. Deve ainda ser acompanhada do controle extraprocessual, o qual levou o judiciário a tecer a norma.⁷⁷

Cabe informar que o controle extraprocessual é exercido pelo Poder Legislativo na elaboração das leis, por meio dos parlamentares, os quais representam a vontade do povo. A isonomia do Poder Legislativo ao editar leis divorcia-se da motivação das decisões prolatadas no Poder Judiciário.

Nesse sentido:

Um último princípio dissonante entre os dois processos é o da motivação. No plano jurídico, uma sentença só pode se configurar se motivada, ou seja, sustentada a partir das leis, provas, depoimentos e julgamento envolvidos.

⁷⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 134-135.

⁷⁶ DIDIE JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. V. 2. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p.470.

⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de direito processual: segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 88-91.

No legislativo, a proposta é motivada, acompanhada por uma justificativa, mas esta pode ser simples, voluntariosa e é parcial. Mais afeto à questão seria o veto, que exige uma fundamentação para sua existência, mas também é parcial e não resultado da audiência das partes. Motivações existem em cada caso, mas a da sentença jurídica é a justiça e a da legislativa é a política.⁷⁸

Vale mencionar que a motivação da decisão judicial, para que o precedente seja formado, deve considerar a sua identificação e a sua aplicação, extraíndo-se desse conjunto a tese jurídica, tarefa árdua no direito brasileiro, para solução do caso concreto.

Cabe destacar a opinião de Ronaldo Cremer que registrou:

O profissional que lida com o sistema de justiça no Brasil não está acostumado a interpretar a fundamentação do julgamento. Normalmente, seja em petições, seja em decisões, o julgado é citado por sua ementa ou ainda por sua conclusão. Dificilmente buscam-se argumentos da fundamentação para demonstrar determinado entendimento do tribunal. Mesmo na doutrina, é raro encontrar o diálogo com o fundamento do julgado.⁷⁹

Assim, podemos concluir que no sistema brasileiro de precedentes há a necessidade da fundamentação específica de constituição da norma.

Também insculpido constitucionalmente, especificamente no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal⁸⁰, o princípio do contraditório está ligado à igualdade das partes e ao direito de ação inerentes aos litigantes⁸¹, e, pela maioria da doutrina, até o advento do Novo Código de Processo Civil, tem sido utilizado como direito de manifestação⁸².

Com o Novo Código de Processo Civil (NCPC), passou-se a apresentar um contraditório efetivo com um processo justo, cuja previsão está consubstanciada nos artigos 7º, 9º e 10⁸³, e

⁷⁸ LOPES, Fábio Almeida. **Princípio do processo legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica**. Monografia ao Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009, p. 37.

⁷⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 136.

⁸⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9ª ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009, p. 206-207.

⁸² CRAMER, Ronaldo. op. cit., p. 136.

⁸³ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

que atualmente caracteriza-se como o contraditório substancial.

Dessa maneira, para que o acesso à justiça seja pleno e efetivo, há que se garantir às partes o direito de participar ativa e solidamente do processo, a fim de buscar a tutela jurisdicional ao caso concreto.

Em outras palavras, os artigos 7º, 9º e 10 do NCPC permitem o acesso à Justiça de uma forma plena ao garantir às partes o direito de influenciarem o convencimento do magistrado, por meio de suas manifestações em busca da solução efetiva posta em juízo. Influência esta consubstanciada no artigo 489, §1º, inciso IV⁸⁴, que determina que as partes sejam ouvidas antes de qualquer decisão judicial, obrigando que o magistrado enfrente todos os argumentos postos pelos litigantes.

Importante questão é a aplicação e a formação dos precedentes frente ao princípio do contraditório, vez que o precedente somente se efetivará se o caso concreto houver sido submetido ao contraditório pelas partes.

O Enunciado 458 do Fórum de Permanente de Processualistas Civil dita que “Para a aplicação, de ofício de precedente vinculante, o órgão julgador deve intimar previamente as partes para que se manifestem sobre ele”. Isso demonstra que, se vinculante o precedente, este não poderá ser aplicado de ofício sem garantir um contraditório prévio às partes, que é determinante para o resultado da decisão.

Assim, frente ao contraditório efetivo e ao contraditório prévio, via de regra, proibem-se a qualquer custo as decisões surpresas no processo.

Já o princípio da publicidade de exigência constitucional foi clonado pelo Novo Código de Processo Civil, e em seu artigo 11, define que “todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos”, integrando “no direito a discussão das provas, na obrigatoriedade de motivação de sentença e de sua publicação, bem como na faculdade de intervenção das partes e seus advogados em todas as fases do processo”⁸⁵.

Nos precedentes judiciais a mesma publicidade lhe é imposta, visto que sua criação deve ser amplamente exposta e espalhada, para total conhecimento dos jurisdicionados, impedindo-os de, no futuro, alegarem desconhecimento; publicidade esta que deverá ser intensificada nos casos dos precedentes vinculantes.

⁸⁴ Art. 489: São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso e Direito Processual Civil, Vol. 1**. 56. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 94-95.

Esta publicidade dos precedentes está estruturada no §5º, do Artigo 927, do NCPC⁸⁶ e, diante disso, tem sido lentamente seguida pelos Tribunais do país, os quais estampam, em sua página na rede mundial de computadores, uma parte dedicada à divulgação dos precedentes.

Por fim, ressalta-se que os princípios processuais tratados neste tópico são essenciais à constituição de um sistema jurídico de precedente, que visa a segurança jurídica, aos jurisdicionados. Contudo, para que se possa falar em formação de precedente e em segurança jurídica no ordenamento brasileiro, é necessário demonstrar que a aplicação da jurisprudência defensiva, pelos Tribunais, impede a proteção do direito objetivo dos litigantes, o que será analisado no capítulo seguinte.

⁸⁶ Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

2. A MODIFICAÇÃO DO PENSAMENTO QUE PRESTIGIA A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Muito embora o título deste capítulo mencione a expressão jurisprudência defensiva na verdade ela equivale ao verdadeiro precedente.

Mostra-se possível afirmar, com base em elementos históricos, que o direito inglês, por força da criação advinda dos Tribunais de Westminster e pelo Tribunal da Chancelaria, é um direito jurisprudencial não apenas por suas origens remotas. Assim, a jurisprudência, naquele país, tem forte ligação com o sistema da *common law*, o qual foi desenvolvido para ir contra os costumes locais que não eram comuns.

Há diversas acepções da palavra jurisprudência. Entre os dicionaristas, encontramos seu significado como método de interpretar leis”, método de aconselhar matérias de direito, ciência do direito e das leis, conjunto de princípios, entre muitos outros.

No Direito Romano, por sua vez, o termo pode significar direito pretoriano como repositórios.

Todavia, etimologicamente, a Jurisprudência vem do latim *jus*, “justo”, somando com *prudencia*, “prudência”, conceituando-se, assim, como o termo jurídico que designa o conjunto de decisões sobre interpretações das leis, feitas pelos tribunais de uma determinada jurisdição.

Assim, a justiça se diz em dois sentidos: como conformidade ao direito (*jus*, em latim) e como igualdade ou proporção, situando-se inteiramente na legalidade e na igualdade entre os indivíduos.

O presente capítulo visa conceituar jurisprudência e suas acepções no direito brasileiro, analisando se a aplicação da jurisprudência defensiva, que é um verdadeiro precedente, prevista em alguns dispositivos do Novo Código de Processo Civil, fere a segurança jurídica elemento imprescindível para a consecução das finalidades do Estado Democrático de Direito.

Por fim, também se objetivou demonstrar o rompimento da inadmissibilidade dos recursos por meras irregularidades à formação do precedente, além de definir os principais pontos e diferenças das expressões exemplo/decisão, súmula e precedente.

2.1 Jurisprudência

Inicialmente, quando se trata de precedentes é preciso conceituar os institutos das expressões jurisprudência, exemplo, súmula e precedente, bem como os pontos que divergem entre si.

O significado de jurisprudência é definido por Lenio Luiz Streck como a Ciência do Direito; isso no sentido estrito, e, em um sentido lato, o “conjunto de sentenças dos Tribunais” uniformes,⁸⁷

Jurisprudência possui, ao menos, três significações: a uma, noção dada pelo próprio Ulpiano e comum entre os romanos, designa toda a ciência do direito; assim os *juris prudentes* seriam os homens que sabiam o direito aplicável aos casos concretos; nesse sentido ainda se utiliza o termo para designar várias escolas de direito ao redor do mundo; a duas, a partir da etimologia, pode-se afirmar tratar-se do conjunto de pareceres dos juristas sobre problemas jurídicos que lhes foram submetidos; finalmente, em um sentido mais estrito e mais usual, indica o corpo de decisões dos juizes e Tribunais sobre questões jurídicas que lhes foram apresentadas mediante casos concretos⁸⁸.

Assim o uso do conceito de que jurisprudência é o conjunto de decisões uniformes e predominantes de um tribunal, mostra a ideia de pluralidade de decisões, enquanto que para precedentes há a ideia de individualidade. Essa ideia vem realçada por Michele Taruffo, o qual dita que:

A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio do precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade ‘faz precedente’. Ao contrário, nos sistemas – como o nosso – nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas. Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade – frequentemente de difícil superação – de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma.⁸⁹

É nítida, que a jurisprudência possui característica de quantidade e é de difícil superação, uma vez que não realiza a “análise comparativa dos fatos”⁹⁰, haja vista a pluralidade de decisões, enquanto o precedente possui caráter qualitativo, o qual é responsável por uma única decisão aplicada aos casos futuros.

⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 83.

⁸⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 108.

⁸⁹ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Revista de Processo - REPRO, n. 199, junho/2011, p. 141.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 141.

Dessa maneira, temos que a jurisprudência caminha no sentido de indicar e convencer o operador do direito, quanto à aplicação de decisões a casos semelhantes, servindo de fonte do direito, sem qualquer conteúdo vinculante.

Na prática, a jurisprudência é aplicada utilizando-se da síntese da motivação das decisões semelhantes e no cotejamento com o precedente extraem-se da decisão os fatos relevantes e a tese jurídica seguida.

O então Código de Processo Civil de 1973, já revogado, em diversos dispositivos impulsionou a observância da jurisprudência; veja-se:

i) Artigo 557, que permitia ao relator, monocraticamente, negar provimento ao recurso que confrontasse súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior;

ii) Artigo 543-A, §3º, que previa a presunção absoluta de repercussão geral quando o recurso impugnasse decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do STF;

iii) Artigos 543-B, §§ 3º e 4º, que previam a extensão da decisão proferida a outros casos, os quais poderiam ser liminarmente julgados na abrangência do julgamento de recurso especial repetitivo (art. 543-C e §§);

iv) no incidente de uniformização de jurisprudência;

v) a interposição do incidente de uniformização de aplicação de lei, no sistema recursal dos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública, em caso de divergência entre as turmas de diferentes regiões e divergência de aplicação de súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Os dispositivos acima citados conferem a jurisprudência a característica de dominante, da qual resulta nas seguintes espécies: em jurisprudência unânime, cujas decisões contrárias não são suficientes para formar um segundo posicionamento jurisprudencial; em jurisprudências dominante ou majoritária, cujo posicionamento em maior número, predomina sobre as jurisprudências contrárias; em jurisprudência minoritária, cujo posicionamento em menor número colide com a jurisprudência majoritária; e, em jurisprudência não unânime, que mesmo coexistente não se define se majoritária ou minoritária.

Com isso, se vê que a jurisprudência assente em nossos tribunais, consiste em um conjunto de julgados, que orienta as decisões a serem prolatadas, nos casos futuros e sucessivos, servindo como relevante instrumento no sistema de precedentes do Brasil.

2.2 As acepções de jurisprudência no direito brasileiro

Não menos importante é saber a função da jurisprudência e sua ligação com as normas do CPC/73 também acobertadas pelo CPC/2015, que é vista de “forma piramidal”⁹¹, de efeitos *in*cho e *pan*processuais, compreendendo da base para o topo da seguinte forma:⁹²

- i) Na base estariam acórdãos isolados, que seriam marcos regulatórios sobre determinados temas (o autor cita o Resp. 737.000/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, em que se reconheceu a desconsideração da personalidade jurídica);
- ii) Acórdãos em decisões-quadro, como aqueles tirados de recursos extraordinário e especiais repetitivos, bem como decisões plenárias do STF, acórdãos em Questões de Ordem ou em Assunção de Competência;
- iii) Acórdãos reiterados em proferidos em uma linha de tempo considerável e que digam respeito a uma questão específica;
- iv) Sendo aplicada de maneira constante, tem-se a formação da jurisprudência dominante, com efeitos processuais, cabendo a distinção entre esta (com predomínio da orientação apesar de existir outra em sentido contrário) da jurisprudência pacífica, que não tem oposição nenhuma;
- v) As súmulas vinculantes do STF, que impõem o seu cumprimento;
- vi) Considerando a redação do art. 521 do PL da Câmara 8.046/2010, inseriu o autor mais um patamar, que comporia o topo da pirâmide, que seriam os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demanda repetitiva e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.⁹³

Com isso tem-se que o precedente poderá consagrar a jurisprudência confirmando-a ou ainda poderá excluí-la da aplicação a casos concretos, especialmente para garantir a segurança jurídica através da previsibilidade da tutela.

A modulação dos efeitos se dá com a quebra de um entendimento jurisprudencialmente

⁹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de precedentes**. São Paulo: RT, 2014. p. 128.

⁹² *Ibidem*, p. 135.

⁹³ *Ibidem*, p. 143.

pacífico, pela formação em sentido contrário de nova jurisprudência ou de um precedente, garantindo o equilíbrio e a estabilidade aos jurisdicionados, em razão da evolução ou superação do entendimento antes balizado.

Isso se dá em relação à jurisprudência pacificada pelos tribunais e não pela jurisprudência dominante, cercada de instabilidade na sua aplicação, cuja inconstância no entendimento é de conhecimento da parte.

É sabido que jurisprudência serve como fonte do direito e “como meio informativo, pois, quando as decisões sobre um mesmo tema são divergentes, na maioria das vezes não realizará seu papel preponderante, servindo muito mais para ampliar a *insegurança* e estimular a *discussão*”.⁹⁴

Observa-se, dessa forma, que a presença da insegurança direciona para a discussão, resultando na divergência⁹⁵, e a insegurança gerada pela jurisprudência dominante, não estável, provoca a incerteza da previsibilidade.⁹⁶

É claro que o precedente é dotado de unidade de direito e imposto a todos os casos futuros indistintamente, ao contrário da jurisprudência, que traduz sentido de orientação, em seus julgados⁹⁷.

A jurisprudência tem formação através de um conjunto de julgamentos de casos semelhantes, enquanto a jurisprudência vinculante nasce em razão da forma de julgamento, como, o “incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de controle de constitucionalidade”.⁹⁸

Assim, tem-se a existência da jurisprudência vinculante através de uma forma específica que independe de reiteração de julgamentos, mas que passa a ser de aplicação obrigatória.⁹⁹

É necessário trazer que o precedente e as súmulas vinculantes tenham sua formação unicamente nos Tribunais Superiores (STF e STJ) e a jurisprudência vinculante formar-se-ia nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais.¹⁰⁰

Dessa forma, aos Tribunais Superiores compete o exercício de Cortes de Precedentes, para “outorgar uma interpretação retrospectiva e dar unidade ao direito”, e aos Tribunais de

⁹⁴ Súmula vinculante – solução concentrada. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. FISCHER, Octavio Campos. FERREIRA, William Santos. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: RT, 2004, p. 803.

⁹⁵ Ibidem, p. 803.

⁹⁶ NEVES, Castanheira A. **O instituto do <<Assentos>> e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2014.

⁹⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016, p. 109.

⁹⁸ Ibidem, p. 109.

⁹⁹ Ibidem, p. 110.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 110.

Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, a realização do “controle retrospectivo sobre demandas julgadas em primeira instância além de uniformizar a jurisprudência”¹⁰¹, dando unicidade ao direito ali aplicado.

Ao contrário do posicionamento segundo o qual somente os Tribunais Superiores podem formar os precedentes, há casos em que os Tribunais de Justiça e os Federais Regionais, também terão essa competência, a qual resultará da decisão local, com base na legislação local, isto é, na Constituição Estadual, mas desde que não contrarie a Constituição Federal e que com ela não haja correspondência.

Não é excepcional a formação de unidade do Direito entre os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, visto o intuito de dirimir as divergências internas das câmaras, como é o caso do incidente de resolução de demandas repetitivas que “envolvam direitos individuais homogêneos ou questão de direito processual, que sejam também idênticas”¹⁰², pendentes de julgamento no Tribunal.¹⁰³

Dita o art. 976 do CPC: será cabível o incidente quando, simultaneamente, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Com o julgamento do incidente, a questão de direito que resultou na tese jurídica terá aplicação a todos os processos individuais ou coletivos, em trâmites ou futuros, sob a jurisdição dos Tribunais de Justiça do Estado ou dos Tribunais Regionais Federais, inclusive admitindo-se a distinção e a superação da tese, caso não haja coerência fática.

À unidade do Direito, que se busca no incidente, ser-lhe-á atribuída força vinculante à *ratio decidendi*, e em consequência formará um precedente perante o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, a ser aplicado de acordo com a coerência e o entendimento do julgador e a compatibilidade do caso apresentado.

Por esse ângulo, conclui-se que não será admitida a formação de precedente somente nos Tribunais Superiores, mas também nas Cortes de Justiça.

¹⁰¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016, p. 109.

¹⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015. p. 1397. Vide também o Enunciado nº 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual”.

¹⁰³ Enunciado nº 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

2.3 A jurisprudência defensiva

O relevante encargo dos Tribunais Superiores de uniformizar a jurisprudência e de proteger o direito objetivo dos litigantes tem encontrado óbice, haja vista a previsão do sistema recursal insculpido no Código de Processo Civil.

Dessa forma, devido à exorbitante quantidade de processos represados, os Tribunais Superiores têm buscado reduzir o excessivo número de feitos, os quais aguardam julgamento, utilizando-se da criação de entraves e empecilhos para impedir a admissibilidade dos recursos, que resulta na chamada jurisprudência defensiva.

Esse rigor processual e procedimental é criado e tem seu desenvolvimento dentro da margem interpretativa dos Tribunais Superiores, os quais se utilizam, indiscriminadamente, de posições jurisprudenciais sumuladas ou não, portanto, sem previsão legal de restrição recursal, impeditivas ao conhecimento do recurso, contrariando assim as tendências da moderna doutrina processual.

As considerações de José Miguel Medina mostram que:

Os tribunais superiores têm a grande função de apontar o rumo correto a ser seguido na interpretação e aplicação da Constituição e da lei federal. Devem, pois, ser tomados como exemplos do cuidado com que a norma jurídica deve ser interpretada e aplicada. A criação de requisitos recursais à margem da lei definitivamente não corresponde ao papel que deve ser desempenhado pelos tribunais. Esse, a meu ver, é o maior problema da jurisprudência defensiva. Os tribunais — e, no que respeita ao tema, especialmente os tribunais superiores — devem atuar com retidão, ao aplicar a lei. A criação de “entraves e pretextos” não previstos na norma jurídica “para impedir a chegada e o conhecimento de recursos” mancha a imagem daqueles tribunais que deveriam servir de guias na interpretação da própria lei¹⁰⁴.

Muito embora o Poder Judiciário exerça relevante papel operacional do direito, as decisões judiciais deverão ter como lastro o ordenamento jurídico, não podendo o juiz decidir à margem interna do direito.

Nesse sentido, o ensinamento de Luhmann traz que:

Para outra instituição, o papel do juiz tem que ser diferenciado. Ele tem, por outras palavras, de ser eximido da consideração dos outros papéis que o podem motivar para decisões definidas como membro duma determinada família ou camada social, duma igreja ou seita, dum partido, dum clube, dum bairro. Se

¹⁰⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 15 jan. 2015, p. 3-4.

esta isenção for institucionalizada como obrigação para um parecer objetivo e imparcial, com o tratamento de todos os assuntos com igualdade e apartidarismo, então neutralizam-se as relações particulares para a pessoa do decisor¹⁰⁵.

Nessa dicotomia, a criação e a aplicação do direito se tornam locais de interesses particularistas, à margem dos procedimentos, e de desvirtuamento das funções constitucionais, as quais são atribuídas aos Tribunais Superiores.

Ao adotar uma jurisprudência defensiva, que tem a função impeditiva de recursos – considerados óbices jurisprudenciais –, os tribunais abstêm-se da competência institucional e impedem a operacionalização da Constituição Federal, porque não oferecem a prestação jurisdicional, por uma solução condicionada por suas consequências administrativas. Essa é, evidentemente, uma das faces da jurisprudência defensiva e que toma o rumo de criar, principalmente, dificuldades no processamento de recursos. Mas é preciso analisar a outra face da jurisprudência defensiva, ou seja, o seu lado positivo e em favor do jurisdicionado, bem como o cumprimento do princípio do acesso à Justiça.

2.4 A quebra dos entraves e pretextos previstos na jurisprudência defensiva

Com o intuito de combater o entendimento arbitrário das cortes superiores com base em uma opção jurisprudencial defensiva, que trata mera irregularidade como um ato inexistente, cuja postura dá a ideia de que tais recursos não teriam compromisso algum com o valor do justo, servindo somente à preservação da ordem jurídico-positiva do País – e não como instrumento à disposição das partes para a busca do acesso à justiça¹⁰⁶, o texto consolidado pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil, com vistas a uma aplicação com qualidade da prestação jurisdicional justa e equitativa, trouxe a agora já expressa previsão legal, possibilitando sanar vícios e irregularidades que obstarium o conhecimento do recurso, conforme descreve o artigo 1.029, § 3º: “O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

Dessa maneira, a não admissão dos recursos; com base em recurso não assinado, na

¹⁰⁵ LUHMANN, Niklas. **A restituição do décimo segundo carneiro: do sentido de uma análise sociológica do direito.** In ARNAUD, André- Jean. LOPRES JR. Dalmir (org.). Niklas Luhmann: do sistema à sociologia jurídica. Tradução de Dalmir Lopes Jr. Daniele Andrea da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 57.

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno. vol. II.** São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1052.

ausência da certidão que ateste a tempestividade; na ausência de comprovação do feriado local ou de suspensão do prazo na origem; por recurso interposto por advogado irregularmente constituído; por incorreção no preenchimento da guia de custas; por ausência de ratificação de recurso interposto antes do termo inicial; na impossibilidade de conversão de Recurso Especial em Extraordinário e vice-versa, quando o julgamento do recurso não for da competência da corte ao qual foi dirigido; na ausência de prequestionamento expresso do dispositivo violado; na utilização do protocolo integrado; na ausência de peça reputada essencial ao julgamento do agravo, todas essas hipóteses não irão mais gerar o não conhecimento do recurso e sustentar a jurisprudência defensiva, mas sim irão preservar e unificar a ordem jurídica nacional.

A queda da jurisprudência defensiva conduz a uma maior flexibilização à admissão dos recursos, com o intuito de uniformizar a interpretação da legislação federal e da Constituição Federal.

De outro lado, o NCPC, para uniformizar a interpretação da legislação, prevê um fortalecimento da jurisprudência dos tribunais e dos institutos de resolução de demandas repetitivas, ampliando as técnicas de julgamento por amostragem, os quais são suscitados perante o Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional do Trabalho, o que está expresso no artigo 926, parágrafos 1º e 2º¹⁰⁷.

No parágrafo 2º do artigo 982¹⁰⁸, busca o NCPC estimular a relativa prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado; o resultado do julgamento do incidente ao órgão, ao ente ou à agência reguladora, competente para fiscalização da efetiva aplicação dos entes sujeito a regulação, assegura o cumprimento da decisão da tese adotada.

Cabe pontuar os dispositivos previstos no Código de Processo Civil, que de forma clara, eliminam a jurisprudência defensiva do ordenamento jurídico.

- Os incisos I e II, do parágrafo 2º do artigo 76¹⁰⁹, mostram claramente que a norma

¹⁰⁷ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

¹⁰⁸ Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes. § 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. [...].

¹⁰⁹ Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. [...] § 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator: I - não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente; II - determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido.

do artigo 13¹¹⁰ se aplica a todos os tribunais superiores, de forma que o relator poderá, no caso de verificada incapacidade processual ou irregularidade da representação da parte, possibilitar prazo razoável para a correção do vício, antes que não conheça do recurso ou determine o desentranhamento das contrarrazões;

- O parágrafo 4º do artigo 218¹¹¹ considera tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo, no caso, a interposição do recurso;

- O artigo 317¹¹² visa à resolução do mérito processual, excluindo o excessivo formalismo e estimulando a busca da verdade material, ao prever que o magistrado, antes de proferir decisão sem resolução do mérito, deverá conceder à parte oportunidade para sanar o equívoco, com o intuito de que a questão de mérito seja analisada;

- O parágrafo único do artigo 932¹¹³ possui o escopo de aumentar o alcance da decisão de mérito do recurso interposto, visando uma tutela jurisdicional justa, ao possibilitar prazo de cinco dias para que o recorrente sane o vício ou complemente a documentação exigível;

- O artigo 938 e seus parágrafos¹¹⁴ consolidam o princípio da cooperação, possibilitando a realização de atos processuais, diligências e atos probatórios praticados pelo Tribunal ou em primeira instância, com o fim de sanar vícios que obstaculizem a análise do mérito recursal, desde que não seja incompatível com a decisão;

- O parágrafo 7º do artigo 1007 determina que o equívoco no preenchimento da guia de custa não tornará o recurso deserto, devendo o relator, em caso de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias;

- O parágrafo 3º do artigo 1017¹¹⁵ dispõe que, na falta de cópia de qualquer peça ou no

¹¹⁰Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

¹¹¹ Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. [...] § 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

¹¹² Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

¹¹³ Art. 932. Incumbe ao relator: [...] Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

¹¹⁴ Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. § 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. § 2º Cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso. § 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução. § 4º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1º e 3º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.

¹¹⁵Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. [...] § 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único¹¹⁶, isto é, conceder prazo de cinco dias ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível antes de não admitir o recurso;

- O parágrafo 4º do artigo 1024¹¹⁷ atesta o julgamento do recurso ante a ausência de ratificação do recurso interposto pela parte adversa, se os embargos de declaração forem rejeitados e não modificarem o julgamento da decisão embargada, pelo que restará prejudicada a questionável Súmula 418 do STJ¹¹⁸;

- O artigo 1025¹¹⁹, em consonância com a Súmula 356 do STF¹²⁰, não adotada pelo STJ, que se afasta do mesmo entendimento através da Súmula 211 do STJ¹²¹, considera o prequestionamento implícito ou virtual no acórdão recorrido os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existente erro, omissão, contradição ou obscuridade;

- O parágrafo 3º do artigo 1029¹²² valoriza o devido processo legal substantivo, privilegiando o conteúdo em detrimento da forma, ao motivar o conhecimento do recurso nos Tribunais Superiores, no sentido de se desconsiderar vício formal, ou seja, a consunção processual, de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que repute grave;

- O artigo 1032¹²³ permite que se o Recurso Especial versar sobre questão

¹¹⁶Art. 932. Incumbe ao relator: [...] Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

¹¹⁷ Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias. [...] § 4º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

¹¹⁸ Súmula 418 do STJ: Inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

¹¹⁹ Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

¹²⁰ Súmula 356: O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

¹²¹ Súmula 211: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

¹²² Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: [...] § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

¹²³ 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.

constitucional e desde que o recorrente demonstre a existência da repercussão geral, no prazo de quinze dias, ocorrerá a sua conversão em Recurso Extraordinário;

- O artigo 1033¹²⁴ permite que, se o objeto do Recurso Extraordinário for considerado como reflexa ofensa à Constituição, por pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado, ocorrerá a sua conversão em Recurso Especial;

Tanto o dispositivo do artigo 1032 como do artigo 1033 homenageiam o princípio da fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, ao tratarem das hipóteses de aproveitamento de recurso.

- O parágrafo 2º do artigo 1041¹²⁵ trata de norma que dispensa a ratificação recursal, se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, no recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergências, que será processado e julgado independente de ratificação;

Apesar de muitos avanços, todavia, há alguns retrocessos. Um deles tem previsão no artigo 1012,¹²⁶ que diz respeito ao efeito suspensivo automático, e o outro, no parágrafo 6º, do artigo 1003¹²⁷, que acarreta a prorrogação do prazo recursal no caso de feriado local, desde que comprovado, contrariando, assim, a jurisprudência do STF e o STJ, que admite a comprovação após a interposição do recurso.

A essa defesa, que inibe a admissibilidade dos recursos, pode-se defini-la como jurisprudência defensiva, enfraquecida pelas Normas Fundamentais do Novo Código de Processo Civil.

¹²⁴ 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.

¹²⁵ Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º. § 2º Quando ocorrer a hipótese do inciso II do caput do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões.

¹²⁶ Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: I - homologa divisão ou demarcação de terras; II - condena a pagar alimentos; III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; V - confirma, concede ou revoga tutela provisória; VI - decreta a interdição. § 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença. § 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao: I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la; II - relator, se já distribuída a apelação. § 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

¹²⁷ Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. [...] § 6º O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso.

De acordo com Pedro Miranda de Oliveira:

O que se denominou de jurisprudência defensiva, em verdade, deveria ser referido como “jurisprudência ofensiva”, pois “ofende o princípio da legalidade; ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; ofende o princípio do contraditório; ofende o princípio da boa-fé; ofende o princípio da cooperação. Enfim, ofende o bom senso, a segurança jurídica e o princípio da razoabilidade. É ofensiva ao exercício da cidadania, pois coloca em xeque a relação cliente/advogado. E, dessa forma, ofende a cidadania.¹²⁸

É de fácil visualização que o texto consolidado do Código de Processo Civil projetado fundamenta-se em um processo cooperativo, baseado na boa-fé e na lealdade processual, ao rechaçar a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, baseado nas normas fundamentais do processo, com vistas à formação do precedente.

2.5 O rompimento da inadmissibilidade dos recursos por meras irregularidades, com vistas à formação do precedente

Com o intuito de formar a *ratio decidendi*, para se definir a unidade de direito, a Corte Suprema busca extrair o verdadeiro sentido da lei para a aplicação do fato concreto existente, compartilhando o entendimento com os demais Tribunais. Assim, com a formação da *ratio decidendi* teremos o nascimento do precedente, em vista da regra a ser aplicada em face da coerência fática existente ao caso concreto, que conjuntamente serão aplicados a situações “racionalmente iguais”¹²⁹ e “universalizável”¹³⁰ de modo a proporcionar a segurança jurídica e a igualdade.

No sentido da universalidade deve-se analisar que:

Do ponto de vista da teoria do discurso jurídico, observar o precedente judicial tem por fundamento o princípio da universalidade, regra do discurso prático geral”. Nesse sentido, já havia ela apontado que “não basta, no entanto, que determinada regra seja boa. É necessário que ela seja também devida. O princípio da universalidade, como critério lógico de valoração, deve ser conjugado com o princípio da prescritividade, pelo qual se deve considerar não só a correção das proposições, mas também as consequências de sua aplicação, de maneira a contemplar o maior conjunto possível de

¹²⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal**. In: Revista de Processo, vol. 250. Ano 40. São Paulo: RT, dez. 2015. p. 268.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 291.

¹³⁰ PORTES, Maiara. In: **A racionalidade do precedente judicial: uma exigência do Estado Constitucional**. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p. 902.

interesses. Implica dizer que a pessoa que julga deve estar disposta a sofrer as consequências da regra aplicada, e, paralelamente, aplicar essa mesma regra a todos os outros casos posteriores, de maneira que aceitar uma norma significa que esta regra está moralmente justificada.¹³¹

Dessa forma, não há motivo plausível para os Tribunais negarem conhecimento aos recursos, visto a ausência de formalidades, criadas muitas vezes pelo próprio tribunal, que em regra são perfeitamente sanáveis. Essa defesa dos tribunais, com o intuito de diminuir a quantidade de recursos, é totalmente incoerente com a adoção do sistema de precedentes, que busca a integridade, identidade e unicidade de decisões aos casos concretos.

Como requisito de admissibilidade dos recursos, a regularidade formal, pelos Tribunais, é tida como “necessidade organizatória de cada uma das fases do processo, o qual terá um procedimento apropriado, que pode decorrer da lei (sequência legal), ou, mesmo, ser fixado pelo seu presidente (sequência discricionária)”¹³², para poder assim provocar o duplo grau de jurisdição, para nova apreciação da matéria já debatida, garantindo-se o exercício efetivo do contraditório pela parte adversa.

Convém colacionar que:

Ao pontuar sobre o sistema de *common law*, que “se desenvolve no interior dos tribunais”, destaca a formalidade que era exigida nos Tribunais Reais de Westminster (Tribunal de Apelação, Tribunal de Pleitos Comuns e Tribunal do Banco do Rei), que praticamente inviabilizava o acesso a tais tribunais. Até por conta disso, conclui que a atenção dos ingleses era voltada às questões processuais em detrimento das questões substanciais. [...] “*remedies procede rights* (as garantias precedentes os direitos) é a expressão que resume o grande interesse dos ingleses pelo processo e pela formalidade.”¹³³

O excesso de formalidades está lado a lado com o formalismo insculpido pelos princípios constitucionais de acesso à Justiça, ao devido processo legal e aos direitos fundamentais e garantias processuais¹³⁴, o que obstaculiza o acesso para a busca da tutela jurisdicional. Observe-se que:

A primazia do *checklist* sobre a matéria de fundo, ou seja, a prevalência da

¹³¹ PORTES, Maiara. In: **A racionalidade do precedente judicial: uma exigência do Estado Constitucional**. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p. 902.

¹³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 109.

¹³³ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 49.

¹³⁴ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal**. In: Revista de Processo, vol. 250. Ano 40. São Paulo: RT, dez. 2015. p. 268.

forma em detrimento do mérito. Há quem a fundamente apenas pelo número elevado de recursos existentes nos Tribunais. Todavia, nada justifica a *primazia do formalismo*, consubstanciada na técnica utilizada pelos Tribunais para dificultar o acesso do jurisdicionado, por meio da criação de óbices para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos.¹³⁵

O Novo Código de Processo Civil, para se adequar a um processo democrático, introduziu novas regras ao “conceber um novo formalismo que se adequa às diretrizes do processo democrático, de modo a evitar que as formas processuais sejam estruturadas e interpretadas em dissonância com os ditames conteudísticos do modelo constitucional do processo”.¹³⁶ Doutrinariamente destaca-se:

Exemplos nefastos como o da “jurisprudência defensiva” no campo recursal, rigor quase “ritual” na análise de requisitos procedimentais, foram amplamente combatidos no Novo CPC, uma vez que tal modo de interpretar o sistema processual promove o impedimento da fruição plena de direitos (muitas vezes, fundamentais) e esvaziam o papel garantístico que o processo deve desempenhar na atualidade. O uso de tais expedientes com o único objetivo de diminuir a carga de processos pode até possuir uma justificativa instrumental, mas não se conforma aos ditames de um modelo constitucional de processo próprio ao Estado Democrático de Direito. Para a diminuição do número de ações (ou de seu *peso* sobre o bom funcionamento do Judiciário), o Novo CPC quer se valer de procedimentos democráticos e expostos ao contraditório, como o uso de precedentes ou o incidente de resolução de demandas repetitivas.¹³⁷

Com as Normas Fundamentais instituídas pelo NCPC, especialmente pelo princípio da primazia de julgamento do mérito, do contraditório efetivo e do aproveitamento dos atos processuais praticados pela jurisprudência defensiva. Dessa forma, a jurisprudência defensiva não mais se sustenta, bem como a imposição de correção de vícios sanáveis pelo órgão judicial; nota-se o afastamento do formalismo exacerbado, consolidando o uso do procedimento com base nos princípios processuais constitucionais.¹³⁸

Com isso temos que:

No âmbito do sistema recursal o *princípio da primazia do julgamento do mérito recursal* tem aplicação ainda mais contundente. Está arraigado no espírito do NCPC e tem como fundamento teórico o tripé formado pelos

¹³⁵ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal**. In: Revista de Processo, vol. 250. Ano 40. São Paulo: RT, dez. 2015. p. 269.

¹³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC. Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2015. p. 18.

¹³⁷ Ibidem, p. 18-19.

¹³⁸ Ibidem, p. 23.

seguintes dispositivos legais: (a) art. 4º, que positivou expressamente o princípio da primazia da decisão de mérito; (b) art. 932, parágrafo único, que obriga o relator a intimar o recorrente para sanar eventual vício antes de o recurso ser inadmitido; (c) art. 1.029, § 3º, que permite aos Tribunais Superiores desconsiderar vício formal não grave de recurso tempestivo ou determinar sua correção”.¹³⁹

Portanto, ao conhecer de recurso interposto, a decisão judicial servirá como paradigma vinculativo tanto para os órgãos judiciais quanto à aplicação, quanto para os jurisdicionados na busca da tutela previsível, sem prejuízo das técnicas da superação do precedente ou da distinção.

A problemática aqui gira em torno de buscar definir qual ou quais vícios formais são considerados insanáveis e quais os sanáveis permissivos de regularização pelos tribunais aos recorrentes.

O disposto no art. 932, III, impõe que o relator não conhecerá de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, e seu parágrafo único dispõe que, antes de considerar o recurso inadmissível, deverá o relator conceder prazo de cinco dias ao recorrente, para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Sobre o referido parágrafo, já se dissertou que:

O parágrafo único contém regra que permeia todo o NCPC, no sentido de que deve haver o amplo aproveitamento da atividade processual, com ampla sanabilidade de vícios. Segundo essa regra, ao considerar a hipótese de inadmitir o recurso (inciso III), deve o relator conceder ao recorrente *prazo de cinco dias para que complemente documentação faltante ou promova a sanção do vício*.¹⁴⁰

O NCPC, em seu artigo 932, inciso III, prevê a regularização dos vícios sanáveis, pois o recorrente tem o direito subjetivo de ser intimado pelo relator para sanar a irregularidade, se sanável for. Note que:

Existindo irregularidade no processo, capaz de ocasionar juízo negativo de admissibilidade do recurso, o recorrente tem o direito subjetivo de ser intimado pelo relator para sanar a irregularidade, se sanável for. Trata-se de providência salutar, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas e à instrumentalidade do próprio processo. É uma oportunidade válida

¹³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC. Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2015. p. 23.

¹⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015. p. 1.328.

e justa para, por exemplo, a inclusão de uma peça que deveria fazer parte do instrumento que compõe o agravo do CPC 1015, inadvertidamente esquecida (o que, aliás, é expressamente permitido pelo CPC 101,7 § 3º). O dispositivo comentado alcança, inclusive, a hipótese em que o recorrente não impugna especificamente os fundamentos da decisão recorrida (CPC, 932 III *in fine*), porque não faz distinção sobre a causa ou o motivo da irregularidade que pode ser sanada.”¹⁴¹

O disposto mostra dois elementos, o primeiro como sendo a obrigação do relator em determinar a intimação do recorrente para suprir o vício e o segundo consiste na proibição em não admitir o recurso se há a presença de vício sanável¹⁴². Assim, para suprir o vício, o tribunal tem o dever de intimar a parte, indicando expressamente a falha para a correção futura. Importante ressaltar que não é qualquer vício que admite ser corrigido; apenas são permitidos os que não são graves e não modificam a essência do ato processual, objeto do recurso.

O artigo 932 do NCPC, especificamente nos seus incisos I e III, contextualiza esse entendimento referindo-se ao recurso inadmissível e ao recurso prejudicado, que significa a perda do interessante recursal.

O referido artigo 932, comparado ao seu correspondente, ou seja, ao artigo 557, *caput*, do então revogado CPC/73, o qual previa que o relator negaria seguimento a recurso manifestamente inadmissível, suprimiu a expressão manifestamente. Como exemplos de recursos manifestamente inadmissíveis podemos citar os que não foram devidamente instruídos, os intempestivos e incabíveis.

Nesse contexto, a jurisprudência defensiva, ativa sob a égide do CPC/73, trazia que:

Talvez a formação do instrumento do agravo seja uma das atividades mais tormentosas no exercício da advocacia, pois prevalece no âmbito dos Tribunais o entendimento de que é dever do agravante instruir (e conferir) a petição de agravo com as peças obrigatórias e essenciais ao deslinde da controvérsia. Segundo a jurisprudência, a falta ou incompletude de qualquer dessas peças acarreta o não conhecimento do recurso.¹⁴³

Outro exemplo de fácil constatação diz respeito à inadmissibilidade do Recurso Extraordinário, quando não for reconhecida a repercussão geral.¹⁴⁴

Aqui fica evidente que a expressão manifestamente inadmissível transitava em vários

¹⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC. Lei 13.105/2015**. São Paulo: RT, 2015, p. 1853.

¹⁴² OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal**. In: Revista de Processo, vol. 250. Ano 40. São Paulo: RT, dez. 2015. p. 271.

¹⁴³ Ibidem, p. 278.

¹⁴⁴ NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto F. BONDIOLI, Luis Guilherme A. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. 43ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 746.

graus de jurisdição, o que não é diferente em relação ao CPC vigente, o qual prevê a inadmissibilidade relativa, quando comportar correção.

Pode-se se citar a previsão legal do atual CPC que, ao regulamentar a ausência de impugnação específica referente aos fundamentos decisão recorrida, demonstra vício insanável, por afrontar o princípio da dialeticidade recursal.

A dialeticidade recursal vem consubstanciada no sentido de que:

Na verdade, o que se pretende com esse dispositivo é desestimular as partes a redigir recursos que não sejam umbilicalmente ligados à decisão impugnada. Não é incomum que a apelação seja uma repetição da inicial ou da contestação: isto é indesejável. O recurso tem que impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida, embora possa, é claro, repisar alguns argumentos de fato ou de direito constantes das peças iniciais. Ademais, recursos que não atacam especificamente os fundamentos da decisão impugnada geram uma quase impossibilidade de exercício pleno à defesa, porque dificultam sobremaneira a resposta: de duas uma, ou a parte responde ao recurso, ou sustenta que deve prevalecer a decisão impugnada.¹⁴⁵

Como vício insanável é pertinente também citar a intempestividade e a ausência das razões recursais desacompanhadas da interposição do recurso e como sanáveis, a falta de preparo recursal e a ausência de procuração.

Concluimos, assim, que a inadmissibilidade não possui uma homogeneidade restaurativa.

No âmbito recursal, a inadmissibilidade é considerada sanável desde não seja modificada a essência do ato processual e a sua finalidade, sob pena de desnaturar o princípio da paridade das armas. É o que defende Pedro Miranda de Oliveira ao descrever que:

Parece-nos que a regra está adstrita aos requisitos extrínsecos de admissibilidade, quais sejam, tempestividade, preparo e, sobretudo, regularidade formal. Em relação à *gravidade*, trata-se de conceito vago, cujo preenchimento dependerá da posição mais ou menos formalista dos Tribunais Superiores.¹⁴⁶

¹⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo**. São Paulo: RT, 201. p. 1.327.

¹⁴⁶ Diverge, a respeito, Pedro Miranda de Oliveira. Para o aludido processualista, “parece-nos que a regra está adstrita aos requisitos extrínsecos de admissibilidade, quais sejam, tempestividade, preparo e, sobretudo, regularidade formal. Em relação à *gravidade*, trata-se de conceito vago, cujo preenchimento dependerá da posição mais ou menos formalista dos Tribunais Superiores”. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal**. In: Revista de Processo, vol. 250. Ano 40. São Paulo: RT, dez. 2015. p. 280.

Ao contrário, teríamos situação mais vantajosa para aquele que apresentasse as razões recursais após a interposição do recurso, mesmo que cumprisse os requisitos da tempestividade, do inconformismo e da legitimidade, além de macular o princípio da boa-fé processual ao permitir a propagação do ato processual já praticado.

A regularização do vício tem apenas o condão de aperfeiçoar o ato processual, aproveitando-o ao máximo, em razão do princípio da primazia pela busca do mérito, e não dar ensejo para se regularizar um vício insanável de um ato processual mal praticado.

Como exemplo, temos:

a) o Agravo de Instrumento, que permite, após a sua interposição no Tribunal, a juntada das peças processuais faltantes e até mesmo do preparo, haja vista o mencionado, apesar de preencher sua finalidade, possuir vícios sanáveis para seu total aperfeiçoamento; e,

b) a previsão do §3º do art. 1.029, o qual dispõe que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça poderão desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar a sua correção, desde que não o repute grave.

Novamente, em homenagem ao princípio da primazia da busca do mérito, e para aproveitar ao máximo os atos processuais até então praticados, o dispositivo diferencia os vícios formais sanáveis que permitem a correção dos vícios reputados não graves, podendo inclusive ser desconsiderados; dos insanáveis, que não permitem a correção por serem reputados como vícios formais graves, uma vez que modificariam a substância do ato processual praticado.

Confirma-se que:

O CPC, mais uma vez, apresenta norma que pretende ser mais flexível com erros formais dos recursos, de modo a não privar o acesso do cidadão à justiça (tal qual se viu no CPC 932 par. ún. e no CPC 1017 § 3º). Neste caso, o Código vai um pouco mais além e admite mesmo a desconsideração do defeito, se o Tribunal julgar que tal defeito não acarreta qualquer empecilho ao julgamento. Vale lembrar, todavia, as observações feitas em nossos comentários ao CPC 1017 § 3º: a norma privilegia os recursos que tenham defeitos de pequeníssima monta. A falta dos requisitos essenciais do RE e do REsp, tais como os constantes dos incisos deste CPC 1029, não pode admitir o “perdão” do Tribunal. Admitir-se o contrário abriria portas largas a todo o tipo de abuso que acabaria por travar a máquina judiciária, colocando por terra todos os esforços deste Código em favor da celeridade processual e da duração razoável do processo.¹⁴⁷

Claro está que apenas os vícios processuais reputados não graves podem ser sanados,

¹⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC. Lei 13.105/2015.** São Paulo: RT, 2015. p. 2.159.

não somente para os recursos extraordinário e especial, mas para todo o sistema recursal.

Concluiu-se que atualmente as normas processuais em vigor primam pelo julgamento de mérito, aproveitando todos os atos processuais, mesmo que eivados de vícios sanáveis e não graves, os quais poderão ser até desconsiderados, diferentemente da presença de vícios insanáveis e graves, que muitas vezes tendem aperfeiçoar o ato processual.

Como vícios recursais sanáveis são encontrados: falta da juntada de procuração; falta do preparo recursal; falta de assinatura do recurso; vício na transmissão eletrônica do recurso; não comprovação da tempestividade; entre outros. Por sua vez, os vícios recursais insanáveis abrangem: a ausência das razões recursais; a falta de indicação dos motivos da impugnação da decisão judicial; a carência da existência da repercussão geral; a lacuna do prequestionamento; e alguns mais.

Em relação à repercussão geral, esta pode ser demonstrada em sede de preliminar ou em matéria final de recurso, independente da forma como foi feita,¹⁴⁸ o que vem corroborado pelo Enunciado nº 224, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual “a existência de repercussão geral terá de ser demonstrada de forma fundamentada, sendo dispensável sua alegação em preliminar ou em tópico específico”. Também se pode regularizar, por não se tratar de vício formal grave, a falta de juntada do acórdão paradigma.¹⁴⁹

Visivelmente, com o advento do Novo CPC, houve um avanço processual em busca do julgamento de mérito pelo órgão superior, ao se dar ensejo à regularização recursal de vícios processuais sanáveis, reputados não graves, afastando assim a jurisprudência defensiva que, em muitas vezes, para desafogar o judiciário, afrontava diretamente o acesso ao duplo grau de jurisdição e, em consequência, o acesso à justiça.

2.6 Exemplo/Decisão

Trata-se de decisão judicial que constituem fonte de argumentação e que auxiliam na formação de precedente. Referidos exemplos decisórios não possuem previsão processual e consubstanciam-se apenas nas ponderações de fato e de direito, podendo ou não ser mantida.

São desprovidas de efeito vinculante, não há que se falar na existência de um precedente, que atua de “forma persuasiva ou obrigatória em virtude da autoridade que está em sua base, a qual, na verdade, é indispensável à sua configuração”.¹⁵⁰

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **A Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal**. In: Revista de Processo, vol. 250. Ano 40. São Paulo: RT, dez. 2015. p. 281.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 282.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p. 105.

Diante disso, uma decisão pode compor-se como exemplo, sem força de vinculação, mas com força de persuasão, pois “todo precedente é, portanto, uma decisão judicial, mas nem toda decisão pode ser qualificada como sendo um precedente”.¹⁵¹

Precedente e decisão judicial diferenciam-se, porque precedente constitui a decisão que aplica a lei ao caso concreto, objeto da lide, sem menção a qualquer decisão anterior com efeitos futuros.¹⁵²

As decisões exemplos podem constituir fonte de reflexão aos julgadores para aplicação a casos futuros, sem qualquer efeito vinculante, sendo que os argumentos delineados poderão servir para formação futura de precedente, baseando-se nos contextos fáticos e jurídicos utilizados na sentença, afastando-se cada uma das argumentações da parte adversa. Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial repetitivo, poderá adotar a argumentação balizando a *ratio decidendi*, diante das circunstâncias fáticas apresentadas do caso afetado.

Assim, nada obsta que uma sentença exemplo, além de servir de auxílio para apreciar casos futuros, pode ter seus argumentos adotados na formação do precedente.

2.7 Súmula

Instrumento importante de evolução da jurisprudência foi introduzido no Brasil, no ano de 1963, pelo Supremo Tribunal Federal por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, ao criar a súmula de jurisprudência, com previsão na emenda no regimento interno do tribunal, posteriormente adotado pelo Código de Processo Civil, a partir do art. 476¹⁵³ aproximando o nosso sistema jurídico do sistema jurídico do *common law*.

Podem-se definir as súmulas como sendo o adensamento das teses jurídicas de decisões idênticas julgadas pelos Tribunais, com contexto jurídico de jurisprudência dominante, aprovadas em procedimento próprio.

Foram inicialmente introduzidas como “método de trabalho” e constituíam um

¹⁵¹ REDONDO, Bruno Garcia. **Precedente Judicial no Direito Processual Civil Brasileiro**. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p. 172.

¹⁵² ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculante**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 309.

¹⁵³ MADEIRA, Daniela Pereira. **O novo enfoque dado à jurisprudência e a sociedade moderna**. In: MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014., p. 327.

“horizonte da jurisprudência”¹⁵⁴, para permitir o controle de interpretação efetuada pelas instâncias ordinárias e facilitar o trabalho dos Ministros dos Tribunais, sem preocupação com a coerência da ordem jurídica ou mesmo de buscar a segurança jurídica.¹⁵⁵

Importante mencionar que a súmula está intimamente ligada ao precedente, visto que é concebida após a formação de um precedente.

Apesar da súmula e do precedente possuírem funções similares, a súmula é considerada o adensamento de teses jurídicas, sem análise dos componentes fáticos e do desenvolvimento argumentativo para se chegar à unidade do direito. Diferentemente do precedente que vem consubstanciado no entendimento jurisdicional de um caso concreto, a ser aplicado a casos futuros se houver coerência fática entre eles.

As súmulas são consideradas “mero guia de interpretação”, carentes de unidade do direito.¹⁵⁶

Também pode-se dizer que “precedentes e súmulas estão em níveis distintos”, porque a súmulas formam “enunciados que visam a retratar precedentes, alocando-se em um nível acima do nível do precedente”.¹⁵⁷ Por isso, o legislador disse mais e menos ao mesmo tempo no dispositivo do art. 927, visto que os precedentes podem estar ou não enunciados em súmulas, sejam ou não vinculantes.¹⁵⁸

A Emenda Constitucional 45, de 2004, trouxe ao texto constitucional, no art. 103-A, § 1º, da CF/1988, a previsão do instituto das súmulas vinculantes, a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de determinação de conteúdo das decisões judiciais aos Ministros, tornando-se um instrumento de prevenção e eficácia de aplicação da norma em todo o Poder Judiciário e perante toda a Administração Pública, a fim de evitar divergências em seus julgamentos, garantindo a segurança jurídica.

Todavia, para se manter a segurança jurídica, as súmulas vinculantes não poderão ser consideradas eternas em suas posições divergentes ou não, devendo acompanhar a evolução do direito, e em consequência, sua superação.

A divergência, por sua vez, mesmo apesar de ser considerada elemento de alicerce para a evolução do direito, também é “necrosante da função precípua do Poder Judiciário que é a solução do conflito de interesses e não o estímulo à sua ocorrência, provocado pela insegurança

¹⁵⁴ REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 175.

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p. 309.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 310.

¹⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016. p.109.

¹⁵⁸ Ibidem, p.109.

jurídica”.¹⁵⁹

Isso tudo a demonstrar a segurança jurídica, a estabilidade e previsibilidade da aplicação das súmulas, sem negligenciar a evolução do ordenamento jurídico.

2.8 Precedente

Inserido no Novo Código de Processo Civil, o precedente tem o condão de servir de paradigma para orientar e vincular os julgamentos de casos futuros. Para tanto, Lucas Buril de Macedo nos mostra doutrinariamente que:

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, em nosso sentir, não se pode mais aceitar classificar os precedentes em persuasivos e vinculantes. Os primeiros seriam ‘aqueles que *não* precisam ser seguidos pelo julgador seguinte. Nesse caso, não há obrigação de decidir da forma como fora decidido anteriormente, ou seja, o julgamento pode dissentir de uma decisão anterior sem constituir erro’. De outro lado, os precedentes vinculantes correspondem àqueles em que se gera ‘o dever de observância da norma neles contida para os julgadores subsequentes. E isso porque, tal diferenciação, destoa do próprio sentido da adoção do sistema de precedentes, que passaram a vincular os juízes e os Tribunais e, como aqui se defende, até a própria Administração Pública’. Ao admitir-se o precedente persuasivo, nega-se toda a mudança paradigmática, reforçando-se o modelo anterior de total desrespeito à jurisprudência. Isso não quer dizer, contudo, também em nosso sentir, que o magistrado, no caso concreto, a partir da devida fundamentação jurídica, não possa demonstrar que é o caso de superação do precedente.¹⁶⁰

No atual momento processual há a necessidade verificar, para que sejam mantidas a ordem, a segurança jurídica e a previsibilidade da aplicação do direito, as concepções de lei, jurisprudência, súmula e precedente, este último com viés para dirimir a indeterminação das decisões judiciais. Assim temos que:

Essa é a efetiva razão pela qual a interpretação judicial do direito deve importar como direito vigente e cujas razões devem ser tomadas como normas dotadas de vinculatividade para toda a sociedade civil e para todas as instâncias do Estado Constitucional.¹⁶¹

Em um sentido mais amplo, e com base no dispositivo elencando no art. 927 do Código

¹⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. FISCHER, Octavio Campos. FERREIRA, William Santos. **Reforma do Judiciário - Súmula vinculante – solução concentrada**. São Paulo: RT, 2004, p. 806.

¹⁶⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 101-102.

¹⁶¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016. p. 77.

de Processo Civil, os precedentes servirão como paradigma decisório.

Atualmente, as Súmulas dos Tribunais Superiores compõem a *ratio decidendi*, o que não impede o exame dos casos que lhes deram origem, sendo considerados precedentes independentemente do aprofundamento do objeto fático.

Os institutos estudados no presente capítulo possuem a finalidade de identificar as acepções jurídicas de jurisprudência no ordenamento jurídico, e, demonstrar, que os entraves criados, muitas vezes pela jurisprudência e por meras irregularidades, para se impedir o seguimento e conhecimento de recursos interpostos influenciam, diretamente, na formação do precedente, e em consequência nos seus elementos *stare decisis*, *ratio decidendi* e *obiter dicta*, os quais serão estudados no capítulo seguinte.

3. A TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL E OS ELEMENTOS: *STARE DECISIS*, *RATIO DECIDENDI* E *OBTER DICTA*

A teoria do precedente judicial e do *stare decisis* é estruturada nos institutos da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*.

Consistente em uma decisão, o precedente serve como paradigma para orientar e vincular o julgador nas decisões de casos futuros. Teve seu significado alterado no direito inglês, cuja evolução pode ser sintetizada nas expressões “ilustração, persuasão e vinculação”.¹⁶²

“O conceito de precedente é um conceito *qualitativo, material e funcional*. Dele provém sempre eficácia vinculante”.¹⁶³

Em sentido *lato*, é definido como uma decisão “cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.¹⁶⁴ Em sentido estrito, é considerado a própria tese jurídica, adequando-se à própria *ratio decidendi*.

É qualitativo porque, exclusivamente, as “razões jurídicas, necessárias e suficientes podem ser qualificadas como precedentes”, excluindo-se as *obiter dicta*, por não integrarem a parte vinculante do julgado.¹⁶⁵ Ao mesmo tempo, possui um conceito material, visto que “depende de caso devidamente delineado, particularizado e analisado em seus aspectos fático-jurídicos”.¹⁶⁶ E, por fim, possui um conceito funcional, dependente da “função do órgão jurisdicional do qual promanam”¹⁶⁷.

Assim, somente as decisões provindas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, como Cortes de Interpretação¹⁶⁸, possuem o condão de formar precedentes, que sempre possuem efeito vinculativo, haja vista decorrerem “da interpretação da Constituição Federal ou da legislação federal”¹⁶⁹.

Deve-se frisar que um precedente pode provir de uma única decisão relativa a um determinado tema, sem que tenha havido sobre ele qualquer debate, ou, ainda, adotar um entendimento distinto do que vinha sendo aplicado durante anos.¹⁷⁰

¹⁶² MITIDIEIRO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2017, p. 27.

¹⁶³ Ibidem, p. 90.

¹⁶⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 441.

¹⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 90.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 91.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 91.

¹⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 128.

¹⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. op. cit., p. 92.

Não há qualquer impedimento ou obstaculização do precedente ser “a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”¹⁷¹.

Nesse sentido, um único precedente possui a eficácia de modificar a jurisprudência solidificada, o que se denomina de *defeasibly binding*; todavia, “o contrário, porém, não é verdadeiro. Uma jurisprudência não pode ser composta por um único precedente. Ela pode ser iniciada ou até encerrada por um precedente, mas a sua composição ocorrerá graças a várias decisões, dentro de um sentido plural”¹⁷².

Em outras palavras o precedente judicial constitui uma decisão judicial a ser aplicado ao caso concreto.

Mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto, oriunda da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*¹⁷³, revela a importância do respeito ao precedente e a compreensão da técnica do *stare decisis*, ao vincular o judiciário, a conservar as decisões de casos pretéritos, a serem aplicadas no futuro, em casos análogos.

O *stare decisis* pela doutrina define-se:

Tal doutrina, também conhecida como aplicação do precedente, estipula que, uma vez que o Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subsequentes que apresentem fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior. Segunda essa doutrina, uma regra de direito, uma vez proferida por um Tribunal, normalmente deve ser seguida até que tal regra tenha que, ou deva ser, modificada. A regra do *stare decisis* é, pois, a política das Cortes de manter o precedente e não interferir, nos casos que se sucedem, em questão já decididas em casos anteriores¹⁷⁴

É sabido que, para se manusear e entender a dinâmica do precedente, é imperativo ter em mente que o seu elemento vinculante não constitui a fundamentação, tampouco a parte dispositiva da decisão judicial prolatada.

Contudo, a *ratio decidendi*, ou seja, a razão de decidir, apesar de não se confundir com o relatório, com a fundamentação e com a parte dispositiva do provimento jurisdicional, poderá estar neles contidas, vez que é a razão de decidir que vincula as decisões dos juízes e dos

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios**. São Paulo: RT, 2013, p. 213-214.

¹⁷² TARUFFO, Michelle. **Precedente e giurisprudenza**. *Revista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè, ano 61, nº 3, 2007, p. 709.

¹⁷³ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decises et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 163.

¹⁷⁴ FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano**. *Revista dos Tribunais* nº 782, São Paulo: RT, dezembro, 2000, p. 90.

Tribunais nos casos sucessivos e futuros.

Disso resulta a busca pela tutela jurisdicional com vistas à coisa julgada entre as partes da relação jurídica, com base na vinculação do precedente aplicado, da qual a universalidade estabelece-se pela *ratio decidendi* retirada apenas do precedente aplicado.

De suma importância é a aplicação da *ratio decidendi* aos casos futuros e concretos, porque sempre dependerão da interpretação e compreensão do precedente a ser utilizado pelo julgador.

Difícil caminho, e dissonante, é definir perante o *common law* a forma correta de se extrair da decisão a *ratio decidendi*, considerada como uma parte geral, que em caso de ausência se decidirá de outro modo.

Doutrinariamente, Wambaugh e Arthur L. Goodhart demonstram, cada um à sua maneira, o método para extração da razão de decidir.

Para Wambaugh:

O jurista descreve o modo como o teste deve ser feito. Antes de tudo há de ser cuidadosamente formulada a suposta proposição de direito. Após deve inserir-se na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Então, é necessário perguntar se, caso o tribunal houvesse admitido a nova proposição e a tivesse formado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Sendo a resposta afirmativa, o caso não é um precedente para a proposição; em hipótese negativa, o caso tem autoridade para a proposição original. Wambaugh resume o seu teste dizendo que a proposição ou doutrina do caso a razão da decisão, a *ratio decidendi*, deve ser uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra maneira.¹⁷⁵

Propõe Goodhart “que a *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamento ou materiais no precedente”.¹⁷⁶ O que demonstra a característica de destacar os fatos, recomendando que a razão de decidir seja balizada, mediante a consideração de todos os fatos “materiais ou fundamental, pelo juiz” e a decisão, que neles se fundou, resultando no tratamento igualitário a casos iguais.¹⁷⁷

Muito embora haja a divisão na doutrina sobre os métodos apontados para se extrair a *ratio decidendi*, não se pode deixar de lado a existência de dois pontos nevrálgicos. O primeiro diz respeito à identificação dos fatos relevantes, para a resolução do caso em julgamento, os quais virão consubstanciados nas razões jurídicas que fundamentam a decisão.¹⁷⁸

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios**. São Paulo: RT, 2013. p. 152.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 153.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 163.

¹⁷⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 450.

A título ilustrativo, é de bom alvitre trazer que é da fundamentação de um acórdão que se extraem as regras jurídicas a serem interpretadas e posteriormente aplicadas ao caso concreto, demonstrando-se assim a *ratio decidendi*, utilizando-se de argumentos não essenciais sem vinculação à formação do precedente.

Tais argumentos não essenciais são chamados de *obiter dictum*, definidos como argumento exposto para dar sequência e encaminhamento à decisão, sem se vincular à formação e aplicação do precedente;¹⁷⁹ contudo, “pode sinalizar uma futura orientação do Tribunal”.¹⁸⁰ Tais definições são frágeis, considerando que a *ratio decidendi* poderá ser *obiter dictum* e vice-versa.¹⁸¹

Todavia, isso depende da construção do Direito, com o escopo de impedir as contradições ao se vincular à *ratio decidendi*, cuja preposição de direito é necessária para a decisão ser prolatada.¹⁸²

Tanto a *ratio decidendi* como a *obiter dictum* são elementos indissociáveis e distinguem-se apenas do exame fático da questão concreta apresentada para a formação do precedente.

Por este percurso, tem-se que o precedente consiste no “resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”,¹⁸³ cuja identificação e distinção para com a *obiter dicta* se fazem necessárias para o funcionamento do *stare decisis*.¹⁸⁴

O Novo Código de Processo Civil, de 2015, traz que a *ratio decidendi* é visualizável a partir dos “fundamentos determinantes”, que compreendem “os fatos relevantes e a solução de direito estabelecidos pelo caso-precedente”.¹⁸⁵

Dessa maneira, os elementos determinantes induzem a formação da *ratio decidendi* e em consequência ao precedente judicial.

¹⁷⁹ ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 352.

¹⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 445.

¹⁸¹ Ibidem, p. 446.

¹⁸² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 42.

¹⁸³ ZANETI Jr., Hermes. op. cit., p. 304.

¹⁸⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR, Fredie (coord. geral) **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 216.

¹⁸⁵ ZANETI Jr., Hermes. op. cit., p. 351.

3.1 A força do precedente

A força do precedente deve ser entendida como a aplicação da decisão judicial, que formou o precedente e o vinculou na aplicação de casos idênticos.

O precedente tem como principal característica a sua força, ao indicar a intensidade, o grau e a sua direção, vertical e horizontal, ou seja, do alto para baixo, na aplicação aos casos sucessivos e futuros¹⁸⁶.

Como precedente vertical, tem-se que são as decisões proferidas por juízes sucessivos em casos idênticos, os quais se encontram em grau inferior na hierarquia judicial, ou seja, por juízes de primeiro grau, ao aplicarem o precedente formado pelos Tribunais Superiores, em recurso especial repetitivo ou também em ação direta de inconstitucionalidade.

Essa hierarquia judicial não deprecia a atividade judicial do “juiz de piso” em comparação ao “juiz de Tribunal”, mas resulta apenas da diferenciação de suas funções.¹⁸⁷

Tal diferenciação conduz o trabalho do juiz de piso para solução do conflito imposto, iniciando-se pela distribuição da petição inicial e apresentação da defesa para a delimitação dos fatos, para que posteriormente haja a fase da produção de provas e finalmente a aplicação do direito, através da prolação de sentença. Por sua vez, a função dos Tribunais Superiores é desenvolver o direito, através de amplo e intenso debate, para buscar a sua unidade do direito e, em consequência, garantir uma decisão legítima.¹⁸⁸ Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

A abertura à participação e ao debate, que não tem como não influir sobre o procedimento recursal, tem repercussão sobre o comportamento dos julgadores, que se veem obrigados a responder às expectativas geradas pela maior participação e densificação do debate. O Ministro não é mais um expectador, que pode decidir friamente sem reagir às alegações dos seus pares e dos advogados, mas alguém que, num ambiente de permanente questionamento e discussão, expõe e testa seus argumentos e colabora para a elaboração da decisão do colegiado.¹⁸⁹

De grande valia é a participação dos juízes de primeiro grau e dos Tribunais de Justiça e os Regionais Federais na formação do precedente. Os primeiros são os destinatários de causa de todas as espécies, as quais possibilitam o debate da questão de fato, para a interpretação do

¹⁸⁶ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. Revista de Processo, vol. 199, São Paulo: RT, set. 2011. p. 146 e 148.

¹⁸⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculante**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 315.

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p. 26.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas. Precedente e decisão do recurso do Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015. p. 28.

direito, a fim de solucionar o conflito individual ou coletivo da pretensão resistida, assegurando inclusive a intervenção do *amicus curiae*, nos termos do artigo 138, do CPC, para auxílio na busca da tutela jurisdicional.

É claro que:

[...] a decisão que define o sentido do direito e se traduz em precedente tem qualidade diversa da decisão que se limita a regular um caso concreto. A primeira importa enquanto direito e, assim, tem valor para a sociedade e condiciona a resolução dos casos futuros, enquanto que a segunda decisão interessa apenas aos litigantes.¹⁹⁰

Por outro ângulo, não menos importante, o precedente horizontal tem sua força perante os órgãos judiciários do mesmo grau, os quais se apresentam como autoprecedente¹⁹¹, que têm sua formação, em casos sucessivos, em níveis idênticos do judiciário. Como modelo, no ordenamento jurídico, tem-se o julgamento de recurso especial repetitivo, pelo Superior Tribunal de Justiça, que atrela todos os seus próprios integrantes.

Assim, “uma vez decidida a questão pelas Cortes Superiores (com liberdade), devem os demais órgãos do Judiciário – e, é evidente **TAMBÉM AS PRÓPRIAS CORTES SUPERIORES!** – respeitar a opção feita naqueles precedentes (sem liberdade)”¹⁹².

No direito brasileiro, os autoprecedentes sedimentaram-se com a vigência do Novo Código de Processo Civil para atribuir previsibilidade e estabilidade às relações jurídicas.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 26.603/DF, o Ministro Relator Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, decidiu que:

Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes a preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas. Precedente e decisão do recurso do Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015, p. 30.

¹⁹¹ TARUFFO, Michelle. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. Revista de Processo, vol. 199, p. 149. São Paulo: RT, set. 2011, p. 9.

¹⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A Vinculatividade dos Precedentes e o Ativismo Judicial – paradoxo apenas aparente**. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). Salvador: Juspodivm, 2015. p. 272.

Não se pode negar que as modificações e ou oscilações de orientações anteriores efetivadas pelos Tribunais resultam em um impacto negativo perante a sociedade, com um aumento de litigiosidade, em vista do ajuizamento de ações e da interposição de recursos, na perspectiva lotérica do êxito na busca da tutela jurisdicional, diante de entendimento diverso que versa o precedente, ensejando o aumento da litigância frente à impossibilidade de utilização dos mecanismos previstos no Novo Código de Processo Civil.

Por este prisma tem-se como exemplo, o art. 80, incisos I e VIII, que prevê a pena pela litigância de má-fé; o art. 332, dispõe sobre a improcedência liminar da ação e, o art. 932, determina a possibilidade do julgamento monocrático do recurso pelo relator. Como exemplo, também, pode ser colacionado a isenção das custas processuais na primeira fase do processo nos Juizados Especiais, homenageando, dessa maneira, o princípio do acesso à justiça.

As modificações e as oscilações das orientações desvinculadas do autoprécédente demonstram a fragilidade e acarretará a um enfraquecimento do sistema, na expectativa lotérica de êxito na tutela jurisdicional pretendida. Com isso, “uma corte que, sobre a mesma questão, cambiasse cada dia uma opinião, teria bem escasso respeito e violaria qualquer princípio da igualdade dos cidadãos perante e a lei.”¹⁹³

Isso não quer dizer que o autoprécédente seja imutável, pois deve-se adequar a própria orientação jurisprudencial à alteração da realidade, sob a análise dos elementos históricos, econômicos, sociais e jurídicos. Nesse sentido Michelle Taruffo trata que:

Pode acontecer, de fato, que a mesma corte se encontre na condição de dever mudar de orientação, esquivando-se dos seus próprios precedentes em várias situações, que vão da obsolescência do precedente ao mudar de condições históricas, econômicas e sociais que influenciam a decisão do caso sucessivo até a eventualidade de se apresentarem casos com peculiaridades tão acentuadas que não podem ser enquadrados no precedente¹⁹⁴.

Dos precedentes vertical e horizontal, resulta a regra “universalizável”¹⁹⁵, que se torna “como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os do segundo caso”,¹⁹⁶ independentemente dos níveis dos órgãos judiciários. Dessa forma, pode-se afirmar que:

O Novo Código de Processo Civil tem força para deslocar o centro da questão,

¹⁹³ TARUFFO, Michelle. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. Revista de Processo, vol. 199, p. 149.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 150.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 150.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 150.

da *jurisprudência dominante*, para o precedente; da ementa, para a *ratio decidendi*, proporcionando, assim, maior seriedade na argumentação e aplicação dos precedentes e, conseqüentemente, melhores condições para que o direito pátrio seja realizado com maior grau de uniformidade, previsibilidade, estabilidade, isonomia e celeridade.¹⁹⁷

Vê-se que o Novo Código de Processo Civil atribuiu a autoridade de precedente aos dispositivos do art. 927, a serem seguidos pelos juízes e Tribunais no julgamento de casos sucessivos e futuros.

3.2 O precedente como fonte jurídica

É possível valorar juridicamente o precedente e a jurisprudência¹⁹⁸ como sendo fontes do direito?

Inicialmente, pode-se dizer que não, por se tratar de um critério para validade do Direito, por ser o precedente um “fenômeno marginal no âmbito da argumentação jurídica, uma mera fonte de inspiração para decisões futuras pela força persuasiva dos fundamentos jurídicos da decisão precedente”.¹⁹⁹

Diferentemente do que ocorre em países de *civil law*, nos quais os precedentes não são rigorosamente seguidos, nos países *common law* a utilização se dá na argumentação jurídica, não se realizada uma análise das “especificidades causísticas, com tendência à abstrativização”²⁰⁰, optando-se pela regra de aplicação da comparação a casos semelhantes, em vez de absorver e abstrair da causa os fundamentos determinantes.

Apesar do instrumento dos precedentes estar presente no meio jurídico brasileiro há décadas, ele vem sendo aplicado utilizando-se da regra geral, ou seja, do método jurisprudencial, haja vista a falta doutrinária e o desconhecimento dos julgadores de como realmente ocorre a argumentação jurídica.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o precedente tornou-se um instrumento processual normatizado, o qual necessita ser entendido e aplicado correta e distintamente do modelo jurisprudencial, ou seja, por decisões paradigmas. E isso ocorre em

¹⁹⁷ SANTANA, Alexandre Ávalo. ANDRADE NETO, José de (coord.). **Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro**. Vol. III. Campo Grande: Contemplar, 2016, p. 346.

¹⁹⁸ TELLA, Maria José Falcón Y. **Lições de Teoria Geral do Direito**. Tradução da 4ª. ed. Espanhola. São Paulo: RT, 2011, p. 119.

¹⁹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio no novo CPC**. In: DIDIER JR, Fredie (coord. geral) **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 282-283.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 288.

todos os níveis do nosso ordenamento jurídico.

É importante frisar a existência do precedente vinculante no direito brasileiro, com base na súmula vinculante prevista na Constituição Federal, antes mesmo de sua expressa previsão no Novo Código de Processo Civil; todavia, até a vigência do NCPC não havia um método específico para a sua aplicação.²⁰¹

Com a expressa previsão dos precedentes no direito brasileiro, que demonstra uma evolução jurídica, pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que o precedente deve ser considerado uma fonte jurídica, tendo em vista a fixação de uma regra jurídica, abstraída do caso concreto²⁰², impondo “uma cultura argumentativa de precedentes baseada na teoria da argumentação jurídica, com vínculo à lei, aos precedentes e à dogmática”.²⁰³

As fontes jurídicas definem-se como “aqueles fatos e aqueles atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”.²⁰⁴

Assim, a “expressão fonte jurídica, ao invés de fonte do direito, uma vez que esta seria empregada metaforicamente, pois em sentido próprio fonte é a nascente de onde brota uma corrente de água, justamente, por ser uma expressão figurativa, tem mais de um sentido”²⁰⁵.

De origem primária do direito, são divididas em fonte real ou material e, como modo de manifestação, são consideradas formais. As formais ainda podem ser classificadas em estatais e não estatais.

As estatais, por sua vez, subdividem-se em legislativas e jurisprudenciais e as não estatais subdividem-se em direito consuetudinário, doutrina e nas convenções. As fontes formais são consideradas “os processos ou meios pelos quais as normas jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, ou seja, com vigência e eficácia”.²⁰⁶

Dessa forma, temos que “a fonte formal é o processo ou a atividade jurisdicional do Estado no exercício da função de aplicar o direito”²⁰⁷, formada pela prática de trabalho dos Tribunais.

Com isso, tem-se que a jurisprudência é norma geral de forma idêntica a lei, “mas dela se distingue pela sua maior flexibilidade e maleabilidade e é obrigatória e válida não pelo seu

²⁰¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio no novo CPC**. In DIDIER JR, Fredie (coord. geral) Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 295.

²⁰² Ibidem, p. 288.

²⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 326.

²⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2016, p. 55.

²⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 301.

²⁰⁶ Ibidem, p. 304.

²⁰⁷ Ibidem, p. 316.

caráter geral, mas por sua normatividade”.²⁰⁸

Assim, a jurisprudência, como fonte jurídica, tem o condão de garantir a igualdade de julgamento em casos análogos, além de influenciar na celeridade, na economia processual e no acesso à justiça aos jurisdicionados.²⁰⁹

É importante a diferenciação entre o juiz “boca da lei”, que possuía o poder, sem qualquer isenção, de julgar no exato texto da lei, época que não havia a separação dos poderes, e aquele que baseia seu ato decisório a partir de uma atividade puramente intelectual, distinguindo as funções de cada um dos poderes legislativo, executivo e judiciário.²¹⁰

Ao escrever sobre a separação dos poderes, Montesquieu disse:

Não haverá também a liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.²¹¹

“Então, o juiz cria o Direito? Sim, a resposta é positiva. Mas o juiz não pode criar o direito do nada, da sua própria cabeça, seguindo convicções e crenças pessoais”, pois “o Direito é um tripé: lei + doutrina + jurisprudência”.²¹²

Também se define que a “jurisprudência é costumeiramente considerada fonte do direito ao lado do costume, do estatuto e da erudição”, sempre ligada a diversas fontes jurídicas.²¹³ Pode-se dizer que a jurisprudência é ferramenta para a interpretação da lei e não fonte jurídica, sendo que somente nos países common Law, os precedentes são considerados fonte jurídica”.²¹⁴

Por se tratar de elemento de interpretação da lei, a jurisprudência “apenas influi na decisão do magistrado na produção da norma individual e concreta (enunciação). Pode ser entendida, assim, como fonte psicológica do direito, mas não jurídica”.²¹⁵

De outro lado, o Direito é um conjunto de normas de um sistema e que “mantém relações

²⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 318.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 322.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios**. São Paulo: RT, 2013. p. 42-43.

²¹¹ MONSTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 157

²¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente**. In: DIDIER JR, Fredie (coord. geral) *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 265.

²¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012. p. 499.

²¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 211.

²¹⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito. O Constructivismo lógico - semântico**. 3ª. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 676.

de coordenação (horizontais) e subordinação (verticais) entre si, determinadas por um unificador comum que atribui característica de sistema ao conjunto”.²¹⁶ Assim, as normas jurídicas estão subordinadas hierarquicamente à Constituição, que é “o fundamento último de validade de todas as normas e todas dela derivam”.²¹⁷

Do conjunto de normas jurídicas pressupõe a organização de um sistema²¹⁸, cujas fontes jurídicas constituem “os fatos ejetores de regras jurídicas, isto é, os órgãos habilitados pelo sistema para produzirem normas numa organização escalonada, bem como a própria atividade desenvolvida por essas entidades, tendo em vista a criação de normas”²¹⁹, afastando a jurisprudência da condição de fonte do Direito e tratando-a como “resultado da atividade jurisdicional, ou seja, de um processo enunciativo realizado pelo Poder Judiciário”²²⁰, concluindo, assim, que a jurisprudência “não é fonte do direito, ela é o direito (i.e. o direito dos tribunais – normas individuais e concretas)”.²²¹

Para tentar suprir a divergência doutrinária e encontrar uma solução mediadora, ressalta-se que, tanto o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, nos seus pronunciamentos, como as Cortes de Interpretação possuem, via de regra, atribuições para dirimir o caso concreto e determinar a solução dos casos sucessivos e futuros.

No Brasil, a lei é fonte de direitos e obrigações e “guarda íntima conexão com a jurisprudência, pela curial razão de que esta se forma a partir da interpretação dada à lei pelos Tribunais”²²², ou seja, lei e jurisprudência se complementam no sentido de potencializarem a eficácia da norma.

Por esta concepção temos que:

Se é verdade que todas as pessoas físicas e jurídicas do país, e o próprio Estado, estão sob o império da lei, não é menos verdade que cabe ao Judiciário a última palavra sobre o *conteúdo* (extensão-compreensão) da lei, bem como autorizar a expansão panprocessual de certos julgamentos, como se dá na extensão, aos REs e REspS repetitivos sobrestados na origem, da decisão-quadro fixada pelo STF ou STJ no processo afetado, pela ordem, com repercussão geral ou como *representativo da controvérsia* (CPC, arts. 543-B e C)²²³.

²¹⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito. O Constructivismo lógico - semântico**. 3ª. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 637.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 639.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 654.

²¹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45.

²²⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *op. cit.*, p. 676.

²²¹ *Ibidem*, p. 676.

²²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de precedentes**. São Paulo: RT, 2014. p. 128.

²²³ *Ibidem*, p. 130.

Assim, uma vez julgado o recurso especial repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça, no seu papel de Corte de Direito, decide o caso e define como os casos sucessivos e futuros relativos à mesma matéria, devam ser julgados. Todavia, diante desse pronunciamento, que tem previsão legal no art. 927 do Novo Código de Processo Civil, tem-se uma fonte jurídica formal para os casos sucessivos e futuros, presumindo-se a formação de um precedente. Isso se consubstancia em:

Vários fatores, como a constitucionalização e a principialização dos direitos, a previsão das súmulas vinculantes, filtros recursais e outros indicam uma tendência não só brasileira, no sentido de que ‘o precedente é fonte formal no direito contemporâneo brasileiro e tendencialmente existem razões para adotar os precedentes como fontes do direito mesmo em ordenamentos jurídicos de *civil law*’.²²⁴

Essa imposição de observância pelos juízes e Tribunais, prevista nos dispositivos do artigo 927 do Código de Processo Civil, induz que, mesmo que adotada a tese, independentemente se se tratar de decisão, sentença ou acórdão, deverão fazê-las de forma fundamentada com base nos artigos 10 e 489, §1º.

Os precedentes do Direito Processual Civil Brasileiro possuem natureza de fonte jurídica primária do direito, pelas seguintes características:

a) as súmulas vinculantes do STF; b) as decisões nas ações de controle de constitucionalidade concentrado; c) a objetivação do recurso extraordinário e a eficácia expansiva; d) decisões do STF em casos com repercussão geral, por meio de uma Turma; e) julgamentos dos recursos repetitivos pelo STJ; f) jurisprudência dominante por meio de decisões com força persuasiva considerável; g) julgamento monocrático por juízes de primeiro grau nos processos repetitivos.²²⁵

Também possuem características fonte primária do direito os incidentes de uniformização de interpretação de lei, nos Juizados Especiais Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Não se pode deixar de mencionar que há caso em que o precedente não constitui um pronunciamento processual, mas sim o adensamento de jurisprudência até ser editado, seguindo o mesmo *modus operandi* da formação das súmulas pelos Tribunais Superiores.

²²⁴ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 176.

²²⁵ Ibidem, p. 178.

É sabido que as súmulas não decidem um caso concreto, porque a decisão fora proferida em relação a julgamento de um determinado recurso; contudo, de igual forma que os precedentes, devem ser aplicadas pelos juízes e Tribunais. Após editado o seu enunciado sumular, do julgamento do precedente, os Tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas que motivaram a sua criação, seguindo, assim, a disposição expressa do art. 926, § 2º, do NCPC.

3.3 O precedente no modelo *Common Law*

Já dito anteriormente, no sistema *common law* a conduta dos cidadãos é conduzida especialmente pelos precedentes, que institui o “conjunto de decisões judiciais vinculantes”²²⁶, cuja função é a solução do caso concreto para se estabelecer a formação do precedente. Precedente este vinculante aos casos futuros, ou seja, o *stare decisis*²²⁷, que deve ser respeitado, independentemente da previsão constitucional ou legal, mas desde que haja a garantia da igualdade, previsibilidade, economia e respeito, que o justifiquem. Doutrinariamente, Allan Farnsworth, traz que:

A justificação comumente dada a essa doutrina pode ser resumida em quatro palavras: igualdade, previsibilidade, economia e respeito. O primeiro argumento é que a aplicação da mesma regra em casos análogos sucessivos resulta em igualdade de tratamento para todos que se apresentem à Justiça. O segundo é que uma sucessão consistente de precedentes contribui para tornar possível a solução de futuros litígios. O terceiro é que o uso de um critério estabelecido para solução de novos casos poupa tempo e energia. O quarto é que a adesão a decisões anteriores mostra o devido respeito à sabedoria e experiência das gerações passadas de juízes. Por várias razões, a doutrina do precedente nunca desfrutou nos Estados Unidos da autoridade absoluta que se diz ter atingido na Inglaterra. O grande volume de decisões, com conflitos de precedentes em diferentes jurisdições, reduziu a autoridade das decisões individuais. A rapidez do desenvolvimento enfraqueceu a aplicabilidade de precedentes e casos posteriores surgidos depois de as condições sociais e econômicas se terem alterado com a passagem dos anos. Não obstante, a doutrina do precedente, ainda que aplicada com menor rigor do que na Inglaterra, está firmemente estabelecida nos Estados Unidos.²²⁸

Assim no sistema de *common law*, “uma decisão da Corte que é precedente é lei e

²²⁶ ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Trad. Do autor [orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier]. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 97.

²²⁷ FARNSWORTH, Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Trad. Antonio Carlos Diniz de Andrade. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Forense, sem data, p.61-62.

²²⁸ *Ibidem*, p. 61-62.

vinculante em relação às Cortes subordinadas à Corte de última instância em questão até que tal precedente seja alterado”.²²⁹

Dessa maneira, conclui-se que o precedente vigente deverá ser aplicado até que haja a sua superação.

3.4 O efeito vinculante do precedente e as correntes restritiva, restritiva mitigada e ampliativa

O precedente, instituto recepcionado recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, tem sido elemento de grande controvérsia, quanto ao seu efeito vinculante.

Três posições doutrinárias delimitam o tema. A restritiva, a restritiva mitigada e a ampliativa.

A restritiva define que a vinculação do precedente deve ter expressa previsão na Constituição Federal, através do trabalho do constituinte originário. A restritiva mitigada delimita que a vinculação dos precedentes depende de previsão constitucional, mesmo que seja por meio de Emenda Constitucional, e a Ampliativa traz como embasamento a vinculação dos precedentes com base nos valores e princípios constitucionais, como também nas previsões contidas no Novo Código de Processo Civil.

Apesar das divergências estabelecidas entre as posições, elas confluem na vinculação dos precedentes, para sua adoção ou não, na força normativa da Constituição, ou seja, a Constituição é que dá o início ao sistema jurídico brasileiro dos precedentes.

A corrente restritiva define-se como a vinculação do precedente deve ter expressa previsão na Constituição Federal, através do trabalho do constituinte originário.

No escólio de Elival da Silva Ramos temos que:

Com efeito, os Juízes e Tribunais, no exercício da jurisdição, não estão, em princípio, vinculados senão aos atos do Legislador, tanto quanto os agentes e órgãos do Poder Executivo, ressalvados, quanto a estes últimos, os atos administrativos normativos emanados do chefe do Poder Executivo e fundados no poder hierárquico. Para que de determinada decisão judicial, ainda que proveniente do Supremo Tribunal Federal, decorra a vinculação funcional de respeito ao ali decidido, há que se socorrer de disposição

²²⁹ COLE, Chartels. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos*. O sistema de precedentes vinculante do *common law*. Tradução: Maria Cristina Zucchi. In: RT 752/12. São Paulo: RT, jun. 1998, p. 12.

constitucional expressa, que, na hipótese vertente inexistente.²³⁰

A doutrina também delimita que o efeito vinculante não poderia ter previsão na lei, para as ações diretas de inconstitucionalidade e para a arguição de descumprimento de preceito fundamental²³¹, e nem por emenda constitucional.

Nesse entendimento:

Sem embargo de respeitáveis opiniões em sentido contrário, há irremissível inconstitucionalidade da previsão do efeito vinculante por violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, das normas que preveem a possibilidade de controle difusos de constitucionalidade, do juiz natural e do princípio da separação de poderes. Tais fundamentos são aplicáveis à previsão do efeito vinculante via Emenda Constitucional e lei.²³²

A posição restritiva mitigada delimita que a vinculação dos precedentes somente existirá ante a previsão constitucional expressa e em face de Emenda Constitucional.

Com isso, tem-se a “inconstitucionalidade formal das normas relativas a precedentes vinculantes, instituídas pelo CPC de 2015, dentre elas, o § 3º do art. 947, justamente pelo motivo de que somente a CF pode prever vinculação aos atos do Poder Judiciário”²³³.

Esta previsão vinculante incidiria apenas nas ações de constitucionalidade concentrada e com as súmulas vinculantes.

A consequência para alguns doutrinadores sobre a corrente restritiva mitigada é que se a Constituição é a única Lei que pode atribuir efeito à norma geral, há inconstitucionalidade no artigo 927, do Novo Código de Processo Civil, especialmente nos incisos III a V.

Registra-se que:

Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com características de *lei*, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem *casos concretos*, que resolvem lides objetivas (e.g. ADIn) e subjetivas (e.g. RE, REsp). Não legislam para todos, com elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à súmula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses. Fazer valer e dar eficácia ao CPC 927, III a V, é deixar de observar o *due process of law*, o

²³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e legislação regulamentadora**. Org. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. São Paulo: Atlas, 2001, p. 120-121.

²³¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. JUNIOR, Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 48.

²³² FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus efeitos**. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 235.

²³³ ZUFELATO, Camilo. **O incidente de assunção de competência**. Artigo em coletânea de obra no prelo. BUENO, Cássio Scarpinella (org.).

texto e o espírito da Constituição.²³⁴

Assim, por se tratar de norma inconstitucional, os juízes e Tribunais podem deixar de dar eficácia, negando a sua aplicação.²³⁵

Esse é o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno ao ditar:

Sim, porque sou daqueles que entendem que decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização constitucional – tal qual a feita pela EC n. 45/2004 – e, portanto, está fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional.²³⁶

Longe de uma aproximação ao sistema do *common law*; alguns valores, como a previsibilidade, isonomia e segurança jurídica, podem ser adotados independentemente de um sistema de precedentes vinculantes.²³⁷

Assim, mesmo que se afaste o efeito vinculante da legislação infraconstitucional, não há porque desconsiderar a força persuasiva dos seus julgamentos, pois há a “necessidade de ser estabelecida verdadeira política pública para implementar maior racionalização nas decisões e na observância das decisões dos Tribunais brasileiros”²³⁸, pois, no CPC de 2015, o precedente é utilizado “como sinônimo de decisão proferida (por Tribunal) que o CPC de 2015 quer que seja vinculante”²³⁹, o que mostra que o sistema brasileiro de precedentes sequer aproximou-se do *common law*²⁴⁰.

Por sua vez, a corrente ampliativa prevê como embasamento a vinculação dos precedentes com base nos valores e princípios constitucionais, como também nas previsões contidas no Novo Código de Processo Civil, especialmente nos dispositivos do art. 926 e seguintes.

De suma importância trazer a legislação constitucional e infraconstitucional, que possuem previsão expressa de efeito vinculante. Um deles é o art. 102, § 2º, da Constituição Federal, o qual atribui efeito vinculante à decisão de mérito proferida na ação declaratória de constitucionalidade, efeito este que se estendeu para as ações diretas de inconstitucionalidade e para as súmulas vinculantes, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004.

²³⁴ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC. Lei n. 13.105/2015**. São Paulo: RT, 2015. p. 1.836 – 1.837.

²³⁵ Ibidem, p. 1.836 – 1.837.

²³⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 595.

²³⁷ Ibidem, p. 595.

²³⁸ Ibidem, p. 596.

²³⁹ Ibidem, p. 598.

²⁴⁰ Ibidem, p. 595.

Referido efeito vinculante passou a ser de aplicação obrigatória ao Poder Judiciário e a todos os órgãos da administração pública.

A legislação infraconstitucional, especialmente a que dispõe sobre a ação direta de constitucionalidade e da declaratória de constitucionalidade (Lei nº 9.868/1999) e a que prevê arguição de descumprimento de prefeito fundamental (Lei nº 9.882/1999), preveem expressamente o efeito vinculante na prolação de suas decisões.

O efeito vinculante também está consubstanciado no Novo Código de Processo Civil, ao determinar que os juízes e Tribunais deverão seguir os julgados de acordo com a disposição do art. 927.

Deve se ter em mente que o Estado possui o dever de asseverar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões perante a sociedade. O apontamento de Teresa Arruda Alvim Wambier destaca que:

Acreditando nisso, incluíram no Novo Código de Processo Civil (CPC) algumas hipóteses em que precedentes, proferidos em determinadas condições especialíssimas, têm força obrigatória, devendo ser respeitados em outros processos em que se discutem questões idênticas. Não é a obrigatoriedade inglesa: é a obrigatoriedade brasileira, ou seja, se houver desrespeito, cabe reclamação.²⁴¹

Não há que se falar em inconstitucionalidade da norma, uma vez que a previsão dos precedentes no Novo Código de Processo Civil tem o condão de garantir o tratamento igualitário aos jurisdicionados em casos idênticos. Veja-se:

Inconstitucional, sim, é o esvaziamento da garantia de isonomia, o desaparecimento da previsibilidade e da confiança do Jurisdicionado nos Poderes Constituídos. Esses são valores talvez mais relevantes do que a absoluta independência entre os poderes, que, como se sabe, têm versões diferentes, em vários países.²⁴²

E a previsibilidade das decisões, frente ao precedente, influenciaria na liberdade de decidir?

Como resposta vê-se que:

²⁴¹ <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/teresa-arruda-almim-wambier/porque-respeitar-os-precedentes-2ot2n72y384owyrqn3gynso1>. Acesso em 11.07.2016.

²⁴² <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/teresa-arruda-almim-wambier/porque-respeitar-os-precedentes-2ot2n72y384owyrqn3gynso1>. Acesso em 11.07.2016.

(...) a liberdade que os sistemas de *civil law* proporcionam destina-se ao JUDICIÁRIO, e não a cada juiz, individualmente considerado. O legislativo faz a lei; o judiciário a interpreta e aplica” (...) portanto, uma vez decidida a questão pelas Cortes Superiores (com liberdade) devem os demais órgãos do judiciário – e, é evidente TAMBÉM AS PRÓPRIAS CORTES SUPERIORES! – respeitar a opção feita naqueles precedentes (sem liberdade).²⁴³

Seguindo a mesma linha de raciocínio, se há a presença no Novo Código de Processo Civil, do sistema de precedente, mesmo que não seja como o *common law*, este deve ser aplicado, para dar segurança jurídica às relações.²⁴⁴

Vale registrar que:

Espera-se, contudo, que o novo Código de Processo Civil – marcado pela ideia de respeito aos precedentes – possa iluminar e pavimentar o caminho em busca da racionalização do nosso sistema de distribuição de justiça, garantindo-se, conseqüentemente, a igualdade e a segurança jurídica, indispensável para o homem poder se desenvolver e para a economia ter condições de frutificar.²⁴⁵

É da disposição do artigo art. 927, do Novo Código de Processo Civil, que irá se irá utilizar a *ratio decidendi*, isto é, o fundamento determinante para a formação do precedente, sem, contudo, de forma completa.

Enfatizam Dierle Nunes e André Frederico Horta que:

É a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo judiciário (sempre a partir das contribuições de todos os sujeitos processuais), à luz de novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente²⁴⁶.

Apesar da previsão legal ser considerada nascitura no ordenamento jurídico brasileiro, o precedente sempre terá sua formação com base nas razões de se decidir.

Esse é o entendimento de Daniel Mitidiero ao destacar que:

²⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial –paradoxo apenas aparente**. In: DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 274.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 79.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 81.

²⁴⁶ NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução**. DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buriel de. (org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 296

O novo Código de Processo Civil introduziu o conceito de precedentes no direito brasileiro. Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial e colabora de forma contextual para a determinação do direito e para a sua previsibilidade.²⁴⁷

E ainda:

Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios – isto é, vinculantes. (...) Embora o Novo Código tenha introduzido legislativamente o conceito de precedente entre nós, a autoridade do precedente obviamente dele não decorre. Na verdade, a autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o significado que é adscrito ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer: a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta²⁴⁸.

É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro vem utilizando-se do precedente vinculante, muito antes de ser consolidado no Código de Processo Civil.

Diz, Thomas da Rosa de Bustamente que:

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro vem, portanto, como um sopro de esperança, na medida em que contém um importante conjunto de regras que consagram na legislação brasileira as principais exigências tanto da racionalidade do modelo de precedentes existentes nos sistemas de *common law* como, na mesma medida, das teorias mais importantes sobre a argumentação jurídica e sobre a fundamentação das decisões judiciais.²⁴⁹

A doutrina classifica a força vinculante do precedente em três diferentes graus. São eles: os normativos vinculantes, os normativos formalmente vinculantes e os normativos formalmente vinculantes fortes²⁵⁰, o que, de maneira sintética, nos “permite identificar quando e como os precedentes judiciais vinculam em um determinado ordenamento”.²⁵¹

Os normativos vinculantes definem-se como sendo os que a “vinculatividade é compreendida a partir da exigência de argumentação racional no processo de

²⁴⁷ METIDIEIRO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016, p. 96.

²⁴⁸ Ibidem, p. 97-98.

²⁴⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio no Novo CPC**. In: DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 296.

²⁵⁰ ZANETI Jr., Hermes. **ZANETI Jr., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 323.

²⁵¹ Ibidem, p. 324.

interpretação/aplicação do direito, independentemente de lei formal”.²⁵² O vínculo, apesar de possuir cunho normativo, não possui previsão legal.

Os normativos formalmente vinculantes são caracterizados como os precedentes que, além de possuírem cunho normativo, possuem previsão legal e, como reforço, dispõem de previsão legal.²⁵³ Em outras palavras, a atribuição da vinculatividade pela lei não ocorre de forma vazia, mas encontra amparo substancial e valorativo.

Nesse sentido, cumpre registrar a lição de Hermes Zanetti Junior:

O debate em torno das classificações e graus de vinculação permite-nos perceber que a força normativa dos precedentes prescinde da vinculação formal e pode ser reconhecida mesmo quando não ocorra a expressa menção na legislação de um determinado ordenamento jurídico. Contudo, defendemos aqui a utilidade da previsão constitucional e legal como formalização da força normativa dos precedentes. O reconhecimento formal pela lei da força normativa dos precedentes é um passo decisivo no processo civilizatório jurídico, auxiliando nos processos culturais que poderiam levar muito tempo e apresentar, no seu desenvolvimento, menos garantias para os direitos fundamentais.²⁵⁴

Por fim, na divisão dos graus dos precedentes, há os normativos formalmente vinculantes fortes, os quais se distinguem dos normativos formalmente vinculantes, em relação apenas à superação do precedente, pois, enquanto naqueles há a exigência do quórum qualificado, nestes não há qualquer previsão para a adoção da técnica.

Pelos dispositivos do Novo Código de Processo Civil, pode se concluir que houve a adoção dos precedentes normativos formalmente vinculantes²⁵⁵, primeiro pelo reconhecimento do efeito vinculante do precedente, através da sua valoração; segundo, pelo reconhecimento do efeito vinculante, expressamente previsto no art. 927, o qual determina aos juízes e Tribunais observarem os casos sucessivos e futuros.

Assim, “um dos pilares do novo Código é a estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios”.²⁵⁶

Atualmente se observa o nascimento “de uma nova ordem processual, mais efetiva, em

²⁵² ZANETI Jr., Hermes. ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 325.

²⁵³ Ibidem, p. 325.

²⁵⁴ Ibidem, p. 326-327.

²⁵⁵ Ibidem, p. 343.

²⁵⁶ DIDIER JR, Fredie. **Sistema Brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres Institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência**. In: DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 296.

que são ressaltados os valores da funcionalidade, eficiência e celeridade”²⁵⁷ concluindo que “talvez o CPC represente, portanto, um novo paradigma em formação. Um paradigma que tenta consolidar os aspectos processuais do Estado Democrático de Direito e da construção participativa da legitimidade da jurisprudência e do direito judicial”.²⁵⁸

Com a nova ordem processual, há valores fundamentais a serem tutelados para se buscar a aplicação do direito.

3.5 Os valores fundamentais para concretização de uma argumentação jurídica racional: a previsibilidade jurídica, a igualdade jurídica e a imparcialidade

Diante do paradigma de se definir e modificar o direito em busca da segurança jurídica, há três valores fundamentais interconectados no sistema jurídico que são: “a previsibilidade jurídica, a igualdade perante o direito e a imparcialidade”.²⁵⁹

A previsibilidade jurídica vem consubstanciada no sentido de que o direito, em um sentido geral, possui interpretações das mais variadas, as quais geram um grande emaranho de entendimentos, com base a partir de princípios ou das fontes jurídicas, resultando em decisões judiciais distintas sobre um mesmo assunto, induzindo à instabilidade e à imprevisibilidade, que afastam a segurança jurídica das relações sociais.

Nesse sentido tem-se que:

A tutela do valor da previsibilidade jurídica encontra justificção até mesmo para além do direito, ou seja, na moral. Uma justificção moral reside na necessidade humana da prática de certeza nas relações interpessoais e de determinação nas disputas à luz de normas de condutas preestabelecidas, apesar de nunca totalmente determinadas.²⁶⁰

Com vista à eficácia futura da aplicação da norma, busca-se a segurança jurídica, que exige, para a sua manutenção, dos instrumentos de confiabilidade e de calculabilidade do

²⁵⁷ CAMBI, Eduardo. FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil**. DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buril de (coord.) Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 345.

²⁵⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio no Novo CPC**. In: DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buril de (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 297.

²⁵⁹ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes. Universalidade das decisões do STJ**. São Paulo: RT, 2014, p. 55.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 56-57.

Direito, os quais garantem os direitos fundamentais da liberdade, igualdade e dignidade.²⁶¹

Assim, diante da variedade de decisões frente a questões idênticas, haverá o distanciamento do verdadeiro conteúdo do pronunciamento e, em consequência, a relutância em se garantir a segurança e a previsibilidade jurídica, nas relações sociais.

De outro lado, deve ser seguida a “igualdade diante da norma jurídica e não igualdade diante da lei”.²⁶²

Diretamente ligada à interpretação judicial, para a formação das decisões judiciais, em vista de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas jurídicas abertas, presentes no ordenamento jurídico, cujo julgamento seguia o texto literal da lei, busca-se, com a interpretação, um pronunciamento racional e equilibrado, antes não utilizado.

Motivado pela interpretação judicial da lei, ao se afastar o juiz “boca da lei” passa-se a garantir a igualdade jurídica de todos os jurisdicionados²⁶³, nos julgamentos racionais e equilibrados pela atuação do julgador.

Com isso, a igualdade jurídica, almejada nas decisões judiciais, em casos sucessivos e futuros de questões idênticas, deixará de admitir decisões carregadas de subjetivismo e variações, passando o Poder Judiciário a fiscalizar a observância dessa igualdade.

Por sua vez, elemento inseparável da jurisdição, a imparcialidade traduz a razão dada para o julgamento do caso concreto. Todavia, somente a arbitrariedade e a negligência à doutrina e à jurisprudência, nos pronunciamentos, são capazes de destituí-la.²⁶⁴ E complementando o entendimento traz que:

Talvez a doutrina do direito processual não tenha dado a devida atenção ao elemento da justificação da decisão como problema relacionado à garantia da imparcialidade do decisor, porque a prática jurisdicional estava atrelada ao modelo de raciocínio estritamente dedutivo, que apenas declarava as palavras da lei, não as interpretava, tampouco tinha o poder de criar norma jurídica.²⁶⁵

A parcialidade nos pronunciamentos das decisões judiciais em questões jurídicas sobre o mesmo tema afasta a segurança jurídica almejada pelo ordenamento, além de ferir o princípio da igualdade. Essa violação da imparcialidade do juiz, para ser coibida e para se permitirem as

²⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 138-139.

²⁶² PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes. Universalidade das decisões do STJ**. São Paulo: RT, 2014, p. 58.

²⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 114.

²⁶⁴ PEREIRA, Paula Pessoa. op. cit., p. 69.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 74.

modificações das decisões, deve se lastrear baseada no fundamento da decisão, que a revele universalizável. Assim sendo:

A imparcialidade incide aqui como verdadeira norma de julgamento ao impor o dever (e favorecer o controle) de evitar o uso arbitrário das razões na aplicação do direito, indo além da mera vedação das hipóteses de suspeição e impedimento. O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada numa argumentação racional, segundo os critérios normativos vigentes no sistema e as concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade.²⁶⁶

Dessa forma, conclui-se que os valores fundamentais, acima tratados, são os pilares para uma jurisdição uniformizada, previsível a gerar a segurança jurídica pela presença da imparcialidade dos julgadores, vinculando-os ao precedente para os casos sucessivos e futuros.

3.6 Efeito vinculante e efeito *erga omnes*

Os precedentes têm em sua natureza jurídica, o efeito vinculante das decisões, as quais devem ser seguidas pelos julgadores nos pronunciamentos dos casos sucessivos e futuros, homenageando-se os princípios da igualdade e da segurança jurídica.

Todavia, os precedentes, apesar do efeito vinculante que possuem, diferenciam-se do efeito *erga omnes*.

É claro que se o precedente possui efeito vinculante, este irá determinar que o julgador atenha-se à razão de decidir da tese jurídica adotada, para os casos futuros.

Por sua vez, o efeito *erga omnes* tem natureza processual, pois em casos sucessivos e futuros, a questão jurídica já está definida, rejeitando assim qualquer discussão sobre a questão jurídica definida.

Neste ponto o efeito vinculante possui maior alcance do que o efeito *erga omnes*. Nesse passo temos que:

Aquele cria uma relação de subordinação, obrigando seus destinatários a aplicarem a mesma tese (que foi adotada na decisão do Pretório Excelso) aos casos que versam sobre aquela matéria decidida, sem qualquer questionamento posterior à constatação de que a decisão vinculante é aplicável ao caso. O efeito *erga omnes* gera efeitos tipicamente processuais, impedindo nova rediscussão sobre ato cuja incompatibilidade com o Texto Fundamental

²⁶⁶ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes. Universalidade das decisões do STJ**. São Paulo: RT, 2014, p. 76-77.

já foi objeto de exame definitivo pelo Pretório Excelso. O mesmo não ocorre na declaração de constitucionalidade, quando há possibilidade de nova ação impugnando o mesmo ato, na hipótese de alteração das circunstâncias fáticas (mutação constitucional), o que viabiliza a propositura de nova ação.²⁶⁷

Assim, a diferença entre o efeito vinculante e o efeito *erga omnes* está em suas essências. O efeito vinculante possui idêntico objetivo da eficácia obrigatória dos precedentes, que é garantir aos jurisdicionados a coerência, a previsibilidade e a igualdade das decisões; enquanto o efeito *erga omnes* possui efeitos processuais diretos da decisão proferida, a qual impedirá nova discussão sobre a questão.

3.7 Efeitos dos precedentes

Como instrumento processual de previsão expressa, os precedentes judiciais produzem alguns efeitos, que são: i) vinculante; ii) persuasivo; iii) obstativo da revisão de decisões; iv) autorizante; v) rescindente; vi) de revisão da sentença.²⁶⁸

Assim, os precedentes indicados no art. 927, do Novo Código de Processo Civil, são vinculantes e devem ser conhecidos em razão de sua eficácia.²⁶⁹

Em alguns casos o precedente será provido apenas do efeito persuasivo como é o caso dos embargos de divergência.²⁷⁰

Aqui, a atenção é voltada para o efeito vinculante do precedente, pois se este não for obrigatório, não há que se falar em precedente, visto que o precedente sempre será acompanhado da eficácia vinculante.

Contudo, na doutrina há discrepância, no sentido de informar que os embargos de divergência possuem eficácia vinculante e em consequência é considerado um precedente, porque visa assegurar a unidade do direito.²⁷¹

Aqui irá se considerar o precedente como possuindo eficácia vinculante.

²⁶⁷ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus efeitos**. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 200.

²⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454.

²⁶⁹ Ibidem, p. 455.

²⁷⁰ Ibidem, p. 456.

²⁷¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016, p. 109.

3.8 A estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência pelos Tribunais

Disposto no Livro III, da Parte Especial, do Código de Processo Civil, o artigo 926 determina que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

De grande discussão na doutrina, há entendimento de que a conjunção dos artigos 926 e 927, no sistema de precedentes, possui o condão apenas de substituir o incidente de uniformização de jurisprudência do CPC/73.²⁷² E, conseqüentemente, demonstra que o dever dos Tribunais é manter a jurisprudência uniformizada, estável, íntegra e coerente como “técnicas de realização da segurança jurídica, inclusive na perspectiva da previsibilidade e da isonomia”.²⁷³

Corroborando o entendimento acima veiculado, alguns autores ensinam que os artigos 926 e 927, do Novo Código de Processo Civil, fazem referência a um “sistema de vinculação jurisprudencial”, e não de precedentes, pois impossível sua aplicação no texto jurídico da forma “dedutiva-subsuntiva-mecânica”.²⁷⁴

Independentemente da orientação a ser seguida sobre o efeito vinculante dos precedentes, os dispositivos, constantes no art. 926 do NCPC, buscam alcançar a segurança jurídica.

A uniformização da jurisprudência decorre do dever de sanar as dissensões internas dos Tribunais, com a edição das súmulas, as quais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, conforme prevê o § 2º do art. 926.²⁷⁵

Em relação à modulação dos efeitos, que está diretamente ligada à estabilidade da jurisprudência, a superação do entendimento deverá ser expressamente justificada, obedecendo o contraditório, em respeito à segurança jurídica.²⁷⁶ Em síntese:

Devem procurar não alterar a sua jurisprudência, salvo quando se estiver frente a duas hipóteses: (a) quando o entendimento modificado for reconhecidamente errado; (b) quando alterações ocorridas no plano da sociedade – culturais, portanto – exigirem que se dê à lei interpretação diferente daquela que se vinha dando até então.²⁷⁷

²⁷² BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 595.

²⁷³ *Ibidem*, p. 600.

²⁷⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O NCPC e os Precedentes – Afinal, do que estamos falando?** DIDIER JR, Fredie (coord. geral) Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 176.

²⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 474.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 474.

²⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva.

A modulação dos efeitos após a formação dos precedentes deve seguir os princípios da inexistência de novas razões e da proteção da confiança legítima. O primeiro “Significa, de forma bastante singela, que a jurisprudência não pode ser alterada se não houver novas razões que justifiquem a mudança; isto é, razões que tenham surgido após a formação do precedente”²⁷⁸, para inibir a insegurança jurídica.²⁷⁹

Disso se verifica que “o dever de estabilidade não pretende tomar o direito imutável. Por isso, sobe a égide do NCPC, a alteração ou revogação de um precedente continua sendo possível, embora tais hipóteses tragam consigo a imposição de uma maior carga argumentativa, cuja falta poderá macular a decisão de nulidade”²⁸⁰.

A estabilidade, também chamada de coerência em sentido amplo, determina que a decisão judicial esteja em consonância com a Constituição e com os demais textos normativos.²⁸¹

Por sua vez, a manutenção da integridade e da coerência da jurisprudência, constitui a consistência e integração da jurisprudência no Poder Judiciário.²⁸²

O dever de coerência possui a extensão formal e a extensão material. Contudo, estas não devem ser contraditórias e devem ser conexas para a sua formação.²⁸³ Externamente, no caso de superação, a evolução da jurisprudência é um dos desdobramentos do princípio da igualdade jurídica, e mesmo assim deve-se utilizar do precedente para se fixar a distinção. Internamente, a coerência se faz presente no próprio fundamento do precedente.²⁸⁴

O dever integridade visa assegurar a unidade de direito, mediante as seguintes condutas emanadas do Tribunal, como:

- a) decidir em conformidade com o Direito; b) tomar por base a eficácia normativa da Constituição; c) fundar-se no sistema de normas, observando-se

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015, p. 1.315.

²⁷⁸ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Limites à mudança jurisprudencial**. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. MARINONI, Luiz Guilherme. Wambier, Teresa Arruda Alvim. Coord. Direito Jurisprudencial. Vol. II. São Paulo: RT, 2014, p. 1121.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 1121.

²⁸⁰ BRITO, Jaime Domingues; FOGAÇA, Mateus Vargas. **O sistema de precedentes vinculantes no Brasil e o Novo Código de Processo Civil**. Estudo de Direito Processual Civil à luz da Constituição Federal (em homenagem ao Professor Luiz Rodrigues Wambier). Erechim: Ed. Deviant, 2017. p. 120.

²⁸¹ ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 365.

²⁸² DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 478.

²⁸³ *Ibidem*, p. 479.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 480-481.

a unidade do ordenamento; d) observar o necessário relacionamento entre Direito material e processual; e) enfrentar os argumentos apresentados quando da formação do precedente.²⁸⁵

Por certo, a integridade é um elemento que irá fornecer segurança na atividade interpretativa, independentemente de previsão legal.

3.9 A qualidade da decisão judicial

De salutar importância para a formação do precedente, e em consequência para sua eficácia vinculante, é a qualidade desenvolvida, pelas partes, para o pronunciamento da decisão judicial.

Apesar de tratar-se de clone legislativo, visto sua previsão legal na Constituição Federal, o Novo Código de Processo Civil trouxe um capítulo destinado às Normas Fundamentais destinadas ao direito processual civil, adernando este a adequar-se aos princípios e regras, e em especial neste momento, pelo princípio do contraditório efetivo e da fundamentação analítica.

Previsto nos artigos 9º e 10º, do NCPC, o princípio do contraditório efetivo, substancial ou dinâmico, determina que o juiz não poderá decidir contra uma das partes que antes tenha dado a elas oportunidade para previamente se manifestarem, salvo as exceções legais do parágrafo único.

O processo visa à resolução de uma pretensão resistida, que embasa um conflito de interesses, por isso deve se oportunizar às partes nele se manifestarem, assim como a sociedade, através do *amicus curiae*, visto serem os primeiros intérpretes das normas.

Com isso, ao garantir a manifestação prévia das partes, o julgador enfrentará cada questão colocada para proferir com embasamento adequado seu julgamento, e assim extrair, para a formação do precedente, a *ratio decidendi* e os fatos relevantes, universalizando o entendimento para pronunciamento de casos sucessivos e futuros, cumprindo com fidelidade o § 1º do art. 489 do CPC 2015.

Disso resulta que uma decisão judicial não possui somente a finalidade de solucionar um único conflito de interesses, mas sim de se estender a questões futuras, desde que haja coerências.

Deve-se fazer alusão ao estudo de caso, uma vez que, a partir dele, será formado o precedente, através da fundamentação proferida pelo Tribunal. Grande problema que enfrenta

²⁸⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 484-486.

é que não está falando aqui da simples menção da ementa ou de parte do acórdão, mas sim da análise das razões em seu conjunto, para universalizar a decisão nos casos sucessivos e futuros.²⁸⁶ As razões para formação do precedente, se não advindas do livre convencimento do intérprete, auxilia-se dos acórdãos já proferidos, os quais são considerados indicativos de aplicação da regra jurídica a casos futuros a partir de princípios.

Dessa maneira, formado o precedente, a universalidade da razão de decidir é que permitirá a fixação das normas de conduta, tanto para o Poder Judiciário, como para os seus jurisdicionados, por meio do conhecimento da técnica jurídica para a sua formação e aplicação aos casos sucessivos e futuros.

Neste capítulo estudou-se os elementos formadores do precedente judicial e sua força vinculante. Demonstrou-se as diferenças e divergências entre os sistemas de precedente judicial do *commom law* e do *civil law*; e, questionou-se, se o precedente judicial é considerado fonte do direito frene ao seu efeito vinculante, em casos idênticos, com a finalidade de respeitar a previsibilidade jurídica, a igualdade jurídica e a imparcialidade, para se concretizar a segurança jurídica, buscada pelos jurisdicionados, através da estabilidade, integridade, coerência e qualidade das decisões prolatadas pelos Tribunais. Deve se ressaltar a importância dos elementos aqui referenciados, visto serem de extrema importância para o estudo do precedente judicial no processo civil brasileiro, que se virá a seguir.

²⁸⁶ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2015, p. 193.

4. O PRECEDENTE JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O presente tópico visa evidenciar a previsão no Novo Código de Processo Civil do sistema de precedente, expressamente disposto, quase que inteiramente, no Livro III (Dos processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais) do Título I (Da ordem dos processos e dos processos de competência originários dos tribunais).

O art. 927, do Novo Código de Processo Civil,²⁸⁷ expressamente prevê vários dispositivos que devem ser observados pelos juízes e Tribunais, sem que haja entre eles homogeneidade.

Há previsão de processos de controle de constitucionalidade, súmulas e orientação de plenário ou de órgão especial, nada sendo dito sobre a vinculação da *ratio decidendi*.²⁸⁸

Doutrinariamente há dois grupos distintos de precedentes. O primeiro, formado pela previsão do inciso I, do art. 927, que são os firmados pelo controle de constitucionalidade, e os firmados em julgamentos dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Sendo que “as súmulas e as decisões proferidas em incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência não integram o gênero precedentes”, não integram a classe de precedentes²⁸⁹.

Na realidade, o art. 927 traz expressamente alguns precedentes, “além de súmulas e controversas decisões tomadas em incidentes de natureza erga omnes, que deverão ser observados pelos juízes e tribunais”.²⁹⁰

Outro lado da doutrina se impõe trazendo que a disposição dos incisos do art. 927 é meramente exemplificativa, uma vez que há a possibilidade de formação de precedentes, por pronunciamentos não previstos no artigo e que nas disposições do referido artigo há casos que não podem ser considerados precedentes.²⁹¹

Nesse sentido, há três características que não podem ser desprezadas: a) no inciso I, do art. 927, observa-se que os elementos que se constituem em precedentes, não são as decisões do STF, mas as “razões determinantes da fundamentação da decisão em controle abstrato de

²⁸⁷ 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 material constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em material infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 284-285.

²⁸⁹ Ibidem, p. 288.

²⁹⁰ Ibidem, p. 288.

²⁹¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016, p. 108.

constitucionalidade”²⁹²; b) em relação ao recurso extraordinário e especial não repetitivos, deixou o art. 927 de indicar em quais hipóteses formar-se-ia o precedente, bem como, os embargos de divergência, que também garantem a unidade do direito; c) e, por fim, precedentes e súmulas são institutos diferentes. Primeiro porque súmula apresenta-se como “extratos dos precedentes e o que possui o efeito vinculante não é a súmula, mas o precedente que lhe deu origem”.²⁹³

Tratam Fredie Didier, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga que realmente não há que se falar em taxatividade do rol apresentado pelo artigo 927²⁹⁴ e que embora não haja previsão no mencionado artigo, as súmulas de cada Tribunal devem ser consideradas precedentes, visto que a uniformização da jurisprudência para a edição das súmulas é obrigação dos Tribunais, em obediência ao dispositivo do art. 926 do NCPC.²⁹⁵

Corroborando o entendimento acima explicitado, pode-se exemplificá-lo com o julgamento de improcedência liminar do pedido que contrariar enunciado de súmula do Tribunal de Justiça sobre direito local, previsto no artigo 332, IV; e, pode-se exemplificá-lo com o julgamento monocrático de conflito de competência, quando a decisão se fundar em súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Tribunal, conforme artigo 995, parágrafo único, inciso I.

Apesar das grandes correntes doutrinárias indicarem que somente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça pode emanar o precedente, não é devaneio afirmar que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais também possam criar o precedente e não apenas a denominada jurisprudência vinculante, frente aos princípios que permeiam o ordenamento jurídico.

4.1 Controle concentrado de constitucionalidade

O art. 102, I, da CF, estabelece que compete ao STF processar e julgar originariamente 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, cujas decisões definitivas de mérito produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos

²⁹² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016, p. 107.

²⁹³ Ibidem, p. 109.

²⁹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 461.

²⁹⁵ Nesse sentido, o Enunciado n. 169 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes”.

do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2º CF).

Dessa forma, diante do efeito vinculante da decisão proferida pelo STF ou STJ, a razão de decidir tem eficácia obrigatória e deve ser observada em outros pronunciamentos pelos juízes e Tribunais.²⁹⁶

Esse mesmo entendimento é seguido pelo Enunciado nº 168 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, *in verbis*: “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”.²⁹⁷

A decisão proferida na Reclamação nº 1.987, discutiu a afronta à decisão proferida na ADI 1662-SP, que determinou a ordem de sequestro de verbas públicas, em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatória alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000, asseverou que:

“O ato impugnado não apenas contrastou com a decisão definitiva proferida na ADIn 1.662, como, essencialmente, está em confronto com os seus motivos determinantes”, estando claro para o autor que a decisão reclamada havia negado a *ratio decidendi* da aludida ação direta de inconstitucionalidade.²⁹⁸

Sucintamente, a Reclamação nº 1.987^o demonstra, que os fundamentos determinantes da decisão estão consubstanciados, na ausência da existência de preterição, que autorize o sequestro, em evidente violação ao conteúdo do acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujos efeitos são vinculantes e *erga omnes*.

Assim, conclui-se que “a *ratio decidendi* da ADIn de uma lei municipal X deverá ser aplicada à lei Y, de outro município, se houver coerência entre os dois atos impugnados, motivo pelo qual o juiz deve deixar de aplicar a lei Y em razão de sua inconstitucionalidade”²⁹⁹, não podendo confundir o efeito vinculante do precedente com o efeito vinculante que, em determinadas hipóteses, decorre da coisa julgada.

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016, p. 285.

²⁹⁷ Enunciado nº 168 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. (Grupo: Precedentes; redação revista no IV FPPC-BH). <http://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/> acesso em 02.06.2017.

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 285.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 285.

4.2 Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Previsto expressamente nos incisos II e IV do art. 927 do Novo Código de Processo Civil, as súmulas estabelecem que os juízes e Tribunais observarão os enunciados de súmulas vinculantes, os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

As súmulas foram introduzidas perante o ordenamento jurídico, com a finalidade de facilitar o trabalho nos Tribunais, sem garantia da segurança jurídica.³⁰⁰

Substancialmente, não há diferença entre as súmulas, sejam elas vinculantes ou não. A distinção se faz presente somente em relação à súmula vinculante, requisito de admissibilidade da reclamação contra os atos da Administração Pública e das decisões judiciais, nos termos do art. 103-A, § 3º, da CF/88.

Frise-se que, em regra, as súmulas são editadas após a formação de um precedente, ligadas diretamente a ele e “observar tais enunciados é observar a *ratio decidendi* dos precedentes que os originaram”.³⁰¹

Dessa forma, as súmulas constituem “mero guia de interpretação, desprovidas de qualquer compromisso com a unidade do direito”³⁰², haja vista existir a “observância do enunciado apenas por uma opção, pela brevidade e pela facilitação do discurso”.³⁰³

Como adensamento da tese jurídica, a súmula, não apresenta a *ratio decidendi*, por meio da demonstração de elementos fáticos e da argumentação adequada para a constituição de um precedente, tão somente apresenta a possibilidade de aplicação em casos futuros análogos, se houver nexos entre eles.

4.3 Incidente de resolução de demandas repetitivas

Inovação processual civil, por não haver correspondente no código de processo civil revogado, foi o incidente de resolução de demandas repetitivas, instituído para controlar a litigiosidade desenfreada, compondo-se em uma das “grandes apostas do novo diploma processual”³⁰⁴, veio previsto nos artigos 976 a 987, do CPC.

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016, p. 309.

³⁰¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 464.

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 310.

³⁰³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. op. cit., 464.

³⁰⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. Vol. 243. São Paulo: RT, 2016, p. 283.

O incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser definido como um “processo de competência originária dos tribunais com natureza jurídica de incidente processual coletivo pois tutela interesses individuais homogêneos”³⁰⁵ e visa regular “casos que já surgiram ou podem surgir em face de determinado litígio”.³⁰⁶

O instrumento consubstancia-se fundamentalmente pela isonomia, que traduz o tratamento igualitário para solucionar questões idênticas; pela segurança jurídica, na busca da uniformidade das decisões judiciais; e, pela duração razoável do processo.³⁰⁷

A decisão proferida no incidente constitui regra decisória de uma pluralidade de casos concretos, não se referindo ao *stare decisis* do sistema do *common law*. A crítica traz que: “Vale dizer, o *stare decisis* à brasileira é encarado muito mais como um instrumento para gestão de processos nos Tribunais Superiores do que um mecanismo apto a privilegiar a casuística, a igualdade e a coerência do ordenamento”.³⁰⁸

Nesse sentido:

O objetivo desse incidente processual é conferir um julgamento coletivo e abstrato sobre as questões unicamente de direito abordadas nas demandas repetitivas, viabilizando a aplicação vinculada da tese jurídica aos respectivos casos concretos. Com isso, procura-se, de uma só vez, atender aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual.³⁰⁹

Inicialmente tem-se a sensação de que o instrumento inovador do novo Código de Processo Civil é destinado somente a solucionar casos idênticos, sem qualquer garantia da unidade de direito para se buscar a universalidade das decisões, o que não constituiria um precedente.

Todavia, uma parte da doutrina entende que do incidente de resolução de demandas repetitivas é possível a formação do precedente, que se dará apenas no campo dos Tribunais de Justiça e nos Regionais Federais, vez que inserido expressamente no microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, de modo que “nem todo precedente

³⁰⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 504.

³⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 321.

³⁰⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. Vol. 243. São Paulo: RT, 2016, p. 285.

³⁰⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. ABOUD, Georges. **Stare decisis vs direito jurisprudencial**. In: **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil**. FREIRE, Alexandre. [et. Al] (coords.). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 507.

³⁰⁹ ABOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidade do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório**. Revista de Processo. Vol. 240. São Paulo: RT, 2015, p. 222.

pressupõe um procedimento específico de produção”.³¹⁰

Em relação à fundamentação da decisão proferida no incidente e em relação à fundamentação da formação do precedente temos que,

A decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas formará precedente, para aplicação da tese aos processos pendentes e futuros, de modo que deverá ser exaustivamente fundamentada, atingindo um padrão decisório que tenha esgotado os argumentos capazes de influenciar na sua formação.³¹¹

A doutrina trata que esse procedimento é peculiar ao direito brasileiro e forma “um microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, cujas regras se complementam reciprocamente”³¹². Veja-se:

Exige-se que o processo de formação do precedente se dê nesses termos, pois na sua interpretação e na sua aplicação a casos futuros e similares bastará que o órgão julgador verifique se é ou não caso de distinção ou superação (art. 489, § 1º, V e VI, 927, § 1º, CPC); se for, o precedente não será aplicado; se não for, o precedente será aplicado e a fundamentação originária do julgamento do incidente se incorporará automaticamente à própria decisão que o invoca, sem a necessidade de repeti-la ou reelaborá-la, razão pela qual não é exigível a observância ao art. 489, § 1º, IV, CPC. Essa é uma das facetas da inércia argumentativa própria de um sistema de precedentes, conforme examinado. Somente assim o sistema ganha o mínimo de racionalidade.³¹³

De outro lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas busca tutelar a segurança jurídica através da isonomia, igualdade e uniformidade.

“O dispositivo evidencia que o objetivo do novel instituto é o de obter decisões iguais para casos (predominantemente) iguais. Não é por acaso, aliás, que o incidente é considerado, pelo inciso I do art. 928, como hipótese de julgamento de casos repetitivos. O incidente, destarte, é vocacionado a desempenhar, na tutela daqueles princípios, da isonomia e da segurança jurídica, papel próximo (e complementar) ao dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 928, II). Não é por acaso, também, o destaque que a ele dá o inciso III do art. 927, que dispensa a menção aos diversos casos em que, naquele contexto, o incidente é referido ao longo de todo o CPC de 2015³¹⁴.

³¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 466.

³¹¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. Vol. 243. São Paulo: RT, 2016, p. 285.

³¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie. op. cit., p. 466.

³¹³ Ibidem, p. 466.

³¹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.p. 637

Expressamente previsto no §2º, do art. 984, do CPC, o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados relativos à tese discutida, favoráveis ou contrários, possibilitando, pelo disposto no art. 986, do CPC, a revisão da tese jurídica firmada no incidente.

O artigo 987, do CPC, prevê que do julgamento do mérito do incidente será cabível a interposição de recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, sem, contudo, indicar a legitimidade.

A omissão da legitimidade para a interposição do recurso extraordinário ou especial conduz à legitimação ampla, prevista no artigo 996, do CPC, no sentido de que todos aqueles que forem afetados pelo efeito vinculante do pronunciamento ou em decorrência do contraditório participativo serão legitimados.³¹⁵

Pelas análises dos dispositivos consubstanciados pelas correntes doutrinárias que tratam sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, e tendo em vista o dever do Tribunal de uniformizar a tese jurídica, pode-se considerar o incidente como um precedente, fixado por uma “tese jurídica generalizável e abstrata, com força vinculante”³¹⁶, e este fator não tem o condão de induzir à impossibilidade de se estar frente a um precedente.

Com efeito, o incidente de resolução de demandas repetitivas, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, constitui-se como verdadeiro precedente judicial, ante a sua força vinculante.

4.4 Recurso extraordinário repetitivo

O Código de Processo Civil expressamente prevê que aos recursos extraordinários repetitivos vinculam os juízes e Tribunais.

Assim a previsão processual dos recursos extraordinários repetitivos proíbe “que os demais órgãos do Poder Judiciário neguem os motivos determinantes da decisão”³¹⁷, ou seja, da vinculação à *ratio decidendi*.

O efeito vinculante, nas decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, nos controles concentrado e difuso de constitucionalidade, é a *ratio decidendi*, haja vista a interpretação da Constituição privilegiar a força da norma constitucional e não somente os elementos de um caso concreto.³¹⁸

³¹⁵ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. Vol. 243. São Paulo: RT, 2016, p. 296.

³¹⁶ Ibidem, p. 296.

³¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 297.

³¹⁸ Ibidem, p. 299.

A repercussão geral foi instituída, pela EC 45/2004, como requisito previsto para a admissibilidade do recurso extraordinário, com o fito de preservar a função de guardião da Constituição e garantir a unidade de direito. Idêntico entendimento vem descrito no caput do art. 1.035, ao prever que, em decisão irrecorrível, o Supremo Tribunal Federal não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral.

A disposição do § 1º, do art. 1.035, do CPC, traz que, para efeito da repercussão geral, deve ser considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos das partes do processo.

Diante da subjetividade e das questões inculpidas no artigo 1.035, do CPC, conclui-se que os julgados do Supremo Tribunal Federal, especialmente no controle difuso, constituem precedentes em matéria constitucional de eficácia vinculante.³¹⁹

4.5 Recurso especial repetitivo

O Superior Tribunal de Justiça possui a incumbência de dirimir questões que versem sobre a interpretação da lei federal. Tais julgamentos constituem verdadeiros paradigmas, vinculando os juízes e Tribunais, por se tratar de precedentes.

Nesse sentido, a função do Superior Tribunal de Justiça é “definir o sentido atribuível à lei federal mediante ‘razões apropriadas’, racionalmente aceitáveis aos olhos dos jurisdicionados”.³²⁰

Embora o acesso seja obstaculizado, pela chamada jurisprudência defensiva, por se tratar de uma Corte de Interpretação, que busca o sentido da lei, por meio da interpretação jurídica e aplicação a casos futuros, são necessárias barreiras para impedir uma avalanche de recursos, que visariam à revisão da matéria fática tratada. Disso decorre logicamente a eficácia vinculante do precedente do Superior Tribunal de Justiça.³²¹

É sabido que os recursos no Superior Tribunal de Justiça são julgados por turmas. Todavia, os julgamentos de uma turma não vinculam as demais turmas, por não se tratar de decisões providas de órgão judicial superior, podendo existir divergência entre julgamentos, o que configura a eficácia horizontal do precedente.

É claro que as Turmas, que compõem o Superior Tribunal de Justiça, estão sujeitas a

³¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 307.

³²⁰ Ibidem, p. 315.

³²¹ Ibidem, p. 316.

seguir decisões proferidas pelas Seções ou pela Corte Especial, que dará a última palavra se houver a superação do precedente.³²²

O recurso repetitivo é “mecanismo voltado ‘à criação de um precedente especialmente preocupado com casos pendentes, ao passo que os precedentes, em si, miram os casos futuros, objetivando dar tutela à previsibilidade no direito’”.³²³

Conclui-se que o recurso especial repetitivo tem o condão de resolver os conflitos individuais repercutindo nas demandas repetitivas com fundamentos idênticos, com base nos princípios processuais da economia processual e na celeridade.

4.6 Precedentes vinculantes do Plenário ou do Órgão Especial

A previsão do artigo 927, V, do CPC, determina que os juízes e os tribunais devem observar “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Esta vinculação procede de forma interna e externa.

A interna ocorre em relação aos “membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte”³²⁴ enquanto a externa advém “dos demais órgãos de instância inferior (juízos e tribunais) aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos”³²⁵.

Assim, desde que se admita a formação de precedentes no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, seus julgamentos, desde que originados do plenário ou do órgão especial, são providos de efeito vinculante³²⁶, tal como a ação direta de inconstitucionalidade julgada pelo colegiado maior de Tribunal de Justiça.

Assim, as decisões vindas do plenário ou dos órgãos especiais dos nos referidos tribunais as quais embasem a criação do precedente terão efeitos vinculantes a todos os demais tribunais.

4.7 Distinção e superação dos precedentes

Previsto expressamente no Novo Código de Processo Civil (NCPC), para a validade das

³²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 317.

³²³ Ibidem, p. 332.

³²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 467.

³²⁵ Ibidem, p. 467.

³²⁶ Ibidem, p. 467.

decisões judiciais e sua operacionalidade, a distinção e a superação de precedente são elementos que tendem a garantir a isonomia e a universalidade das decisões judiciais.

O art. 489, § 1.º, VI, do NCPC, expressamente dispõe que "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", conduz a uma decisão nula. Todavia, para que um precedente não seja aplicado é necessário que haja o *distinguishing* (distinção), o *overruling* (superação total) e o *overriding* (superação parcial).

Assim, ante a presença de um precedente, este somente deixará de ser aplicado se superado ou distinguido, por decisão fundamentada sob pena de nulidade, pois "um precedente é sempre seguido ou distinguido".³²⁷

Em relação à distinção tem-se que:

A atividade de distinção (*distinguishing*) permite uma explicação mais imparcial e simples no sentido de que a decisão anterior não foi respeitada porque seus fatos são distintos, materialmente diferentes, daqueles do caso que está para ser decidido.

Distinguishing é o procedimento dos juízes quando no processo de decisão eles distinguem entre um caso e outro.

A distinção de um caso é fundamentalmente diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta* – separando-se os fatos que são materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes para a decisão. A distinção entre um caso e outro é primeira e primordialmente uma questão de se mostrar diferenças fáticas entre o caso antecedente e o caso atual, demonstrando-se que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão.³²⁸

A distinção sempre se fará presente em relação às circunstâncias fáticas apresentadas para o julgamento do caso concreto e a aplicação das precedentes analisará o direito subjetivo pleiteado pela parte.

Quanto à aplicação dos precedentes ante a existência do direito subjetivo das partes, pode-se citar que a distinção:

É possível, pois, divisar-se, no contexto da teoria dos precedentes no direito brasileiro e à luz da concretização do devido processo constitucional de produção da decisão judicial, um verdadeiro direito subjetivo à distinção, de cunho prestacional, titularizado pela parte e tendo por sujeito passivo o órgão julgador. O conteúdo jurídico do direito subjetivo ao *distinguishing* contempla

³²⁷ SCHAUER, Frederick. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodvim, 2015. p.74.

³²⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.227.

a imposição de deveres ao magistrado, dentre eles podendo-se destacar: a) o dever de consulta às partes antes de se definir o precedente a ser utilizado em um dado caso concreto, possibilitando-lhes, à semelhança com o tratamento atualmente dado à fixação dos pontos controvertidos no processo civil pátrio, a discussão quanto aos fatos relevantes ao julgamento da causa e ao precedente escolhido; b) a necessidade de fundamentação quanto à escolha do precedente e à sua aplicação ao caso concreto; c) a necessidade de fundamentação quanto à exclusão da aplicação do precedente no caso concreto.³²⁹

Disso resulta que a distinção entre os casos concretos possibilita ou não a utilização do precedente, desde que “seu fundamento resida no pressuposto de que fatos distintos autorizam o julgamento em sentido diverso daquele assentado no precedente invocado”³³⁰, sob pena de ferir o princípio da igualdade.

A análise das distinções é fundamental para sopesar igualdade e diferença:

O segundo consiste na imperiosidade de respeito à diversidade, à diferença, pressupondo o reconhecimento do Brasil como uma sociedade multicultural e democrática, premissas que impedem qualquer pensamento igualitário que implique em aniquilamento ou desconsideração das particularidades culturais dos diferentes grupos integrantes da sociedade brasileira, especialmente os minoritários.³³¹

É sabido que a superação do precedente, por sua vez, conduz ao posicionamento já ultrapassado da matéria relativa ao caso concreto. Inicialmente, o projeto do NCPC, especialmente o artigo 521, trazia, em seus parágrafos, os fundamentos determinantes dos fundamentos determinantes (art. 521, § 3º³³²) de *obiter dicta* (art. 521, § 4º³³³), distinção (art.

³²⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural**. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. Salvador: Judpodivm, 2015. v.3. p.207.

³³⁰ BRITO, Jaime Domingues; BRITO, Tiago Domingues. **Os precedentes vinculantes e a liberdade religiosa**. In: COSTA., Ilton Garcia da et. al (org). **Paz, educação e liberdades religiosas**. Curitiba: Instituto da Memória, 2016. p. 92.

³³¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. op. cit., p. 210.

³³² § 3º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

Sobre as alterações realizadas no projeto de Código de Processo Civil até a sua efetiva aprovação, ver MACÊDO, Lucas Buriel de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3. p.459-490.

³³³ § 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo os fundamentos:

I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;

II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

521, § 5º³³⁴) e superação de precedentes (art. 521, §§ 6º e 7º³³⁵), todavia, sofreram grandes alterações.³³⁶

A aprovação do novo Código de Processo Civil trouxe os §§ 2º a 4º do artigo 927, e, com isso, a previsão da revogação de enunciados de súmula e de tese firmada em julgamento de casos repetitivos e a alteração de jurisprudência dominante das Cortes de Interpretação:

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

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

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

Da simples leitura do §3º acima referenciado, o legislador, aparentemente, exclui o Supremo Tribunal Federal da condição de Tribunal Superior, por equívoco ou por não ser o STF. Como defini-lo? Há apenas orientações doutrinárias em relação à questão.³³⁷

Apesar da existência dos elementos de distinção e revogação dos precedentes, no NCCPC não há previsão legal de procedimento próprio para justificar a superação ou alteração do entendimento, salvo o procedimento de cancelamento de súmula, desde que precedida de

³³⁴ § 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

³³⁵ § 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:

I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;

II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;

III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do *caput*.

§ 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

³³⁶ MACÊDO, Lucas Buriel de. **A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3. p.459-490.

³³⁷ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.81-132 e MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Partes II e III.

fundamentação específica dos motivos que conduziram à modificação do entendimento sedimentação. É o que diz o Enunciado nº 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Enunciado 321. (Art. 927, §4º) A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.³³⁸

Dessa forma, a aplicação do precedente se dará ou de ofício ou por arguição das partes. E, em sendo por ofício, deve-se observar a semelhança entre os casos concretos, o que gerou o precedente e o caso concreto que possibilite a sua aplicação, devidamente fundamentada. Contudo, caso haja particularidades entre os casos, que os conduza a distinção, e em consequência, afasta a aplicação do precedente, esta decisão deverá ser fundamentada a demonstrar de forma clara e precisa os motivos da divergência.

Os Enunciados n.º 174 e 308 do Fórum Permanente de Processualistas Civis demonstram, respectivamente, que "a realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado"³³⁹, e que "o precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa".³⁴⁰

Há necessidade da mudança de paradigmas para a superação do precedente. E essa superação somente ocorre na identificação de padrões próprios relativos às questões de direito reconhecidas pelos Tribunais Superiores.

Além do reconhecimento de mudança de paradigmas, a superação do precedente poderá ocorrer por legislação adversa e subsequente a ele. Por este prisma, o Enunciado n.º 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe:

Enunciado 324. (Art. 927) Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.³⁴¹

³³⁸ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados:** Carta de Curitiba. Disponível em: <<https://goo.gl/qSw0tr>>. Acesso em: 9 fev. 2016. p.46.

³³⁹ Ibidem, p. 30.

³⁴⁰ Ibidem, p. 45.

³⁴¹ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados:** Carta de Curitiba. Disponível em: <<https://goo.gl/qSw0tr>>. Acesso em: 09 fev. 2016. p.47.

Assim, o Enunciado nº 324 traduz o fenômeno de repriminção do precedente, isto é, a lei nova acarretou a superação do precedente, e o reconhecimento da inconstitucionalidade desta lei traz de volta a sua aplicação, sua vigência. Todavia, “a revogação de um precedente significa a retirada de uma norma do ordenamento jurídico, quase que equivalendo ao processo legislativo de revogação de uma lei”³⁴², e uma vez superado não será aplicado, mesmo que a lei que ocasionou sua revogação seja declarada inconstitucional.

Já o Enunciado nº 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dita a que a superação pode também ocorrer: "na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida".³⁴³

A perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica são razões de *overruling* no direito norte-americano, os quais se contrapõem à confiança e à prevenção obstaculizando a surpresa.³⁴⁴

É claro que o sistema de precedentes não é absoluto, possuindo estabilidade limitada. É nesse sentido que assevera o ensinamento de Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

As mudanças na tecnologia, no comércio e na indústria, a complexidade das relações de gênero e de família, aumentam a sensação de que as normas jurídicas, assim como as doutrinas, estão em descompasso com as novas necessidades e aspirações da sociedade. Para além disso, novas concepções sobre os direitos fundamentais aumentam a sensação de que o respeito aos precedentes, em vez de representar o conhecimento adquirido no passado, acaba por se tornar um peso morto no progresso social, ou seja, no afã de se estabelecer uma justiça formal de tratar de modo igual os casos similares (*treat like cases alike*) se chegaria a uma injustiça ou desigualdade substantiva.³⁴⁵

Dessa maneira, há "necessidade de adaptação do direito ou de precedentes já consolidados à nova realidade político-social de cada sociedade, mesmo que isso implique mudanças radicais ao custo de uma incoerência ou falta de uniformidade momentânea em relação ao sistema jurídico".³⁴⁶ Tais fatores constituem alicerce para a formação de um sistema

³⁴² BRITO, Jaime Domingues; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Os deveres dos tribunais no Novo Código de Processo Civil e a inércia argumentativa na revogação dos precedentes**. In: Anais do XXV Congresso Nacional do CONPEDI, Curitiba (PR): **Anais ...Florianópolis (SC)**. 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/f2931cc7/uMf6t0G28IoE21CP.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2017. p. 272.

³⁴³ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. op. cit., p. 30.

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.392.

³⁴⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.225.

³⁴⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.225.

de precedentes pautados nos valores da segurança jurídica e na previsibilidade.³⁴⁷

Os fatores acima referenciados são de extrema importância para a formação de um sistema de precedentes embasado na segurança jurídica, coerência e efetividade.

4.8 A dinâmica do sistema de precedentes

O presente tópico tem o intuito de demonstrar a execução do sistema de precedentes com o novo Código de Processo Civil.

No Brasil, atualmente, com a vigência do NCPC, tem-se como precedentes as decisões proferidas (i) em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) em recursos repetitivos; (iii) em incidente de resolução de demandas repetitivas; (iv) em assunção de competência; (v) em incidente de arguição de inconstitucionalidade; (vi) pelo pleno ou órgão especial dos tribunais, os quais vinculam a aplicação em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

O precedente judicial tem sua formação respeitando-se os deveres de cooperação e do contraditório substancial, pautando-se nos princípios e valores do NCPC e formando-se através de decisão fundamentada com base no maior número de questões afetas.

A vinculação dos precedentes aos casos concretos se dá pelos fundamentos determinantes, os quais são alcançados pela interpretação conjunta de relatório, fundamentos e dispositivo da decisão. Contudo, o precedente poderá deixar de ser aplicado, caso haja distinção entre o caso concreto e o precedente a ser aplicado, bem como, se houver superação em razão de mudanças sociais, políticas, históricas ou jurídicas de grande relevância.

A atuação do juízo “*a quo*” para a formação do precedente é de extrema importância, porque ele é o destinatário dos fatos e das provas, podendo avaliar a aplicação e ou superação do precedente aos casos concretos. Nesse sentido:

A atuação de todos os sujeitos da ordem constitucional – órgãos judiciais e administrativos, entes intermediários, indivíduos – é fundamental em relação a pelo menos dois aspectos, também já aqui bastante enfatizados: (i) atenção para as possíveis variações axiológicas de cada caso, ditadas por circunstâncias concretas alheias aos julgamentos que originaram o comando vinculante; (ii) consideração de evolução de fatores sociais, políticos, culturais, econômicos que possam implicar alteração na conformação

³⁴⁷ Nesse ponto, o Enunciado nº 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis apresentam alta relevância ao prever que "os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros" (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados:** Carta de Curitiba. Disponível em: <<https://goo.gl/qSw0tr>>. Acesso em: 09 fev. 2016. p.46).

constitucional da questão.³⁴⁸

Há grande crítica relativa à doutrina, estabelecendo que o controle difuso de constitucionalidade, tanto abstrato como concreto, são instrumentos incompatíveis com o sistema judicial de precedentes, por não ser o STF detentor direto das questões fáticas, as quais possibilitariam a aplicação ou o reconhecimento da superação dos precedentes. Todavia, o controle difuso de inconstitucionalidade sempre é realizado pelo juízo *a quo*, no caso concreto, ao proferir julgamento, admitindo-se, mesmo que presumidamente, a constitucionalidade da norma invocada.

Neste sentido Luiz Guilherme Marinoni esclarece que:

Frise-se que o juiz brasileiro tem o dever de negar aplicação à lei inconstitucional, ainda que a questão constitucional não tenha sido invocada pela parte. O juiz tem o dever de tratar da questão constitucional de ofício ou sem qualquer requerimento do interessado. Portanto, quando a alegação de inconstitucionalidade não é feita, a aplicação da lei pelo juiz significa a admissão da sua constitucionalidade.³⁴⁹

A distinção, por sua vez, conduz à inaplicabilidade do precedente ao caso concreto sob análise, vez que "nunca encaramos uma situação onde um precedente presumidamente deve ser seguido, mas alguma condição primordial especial nesse caso nos leva a não o seguir", pois, uma vez reconhecia a divergência, não existirá "precedente relevante a ser seguido ou desconsiderado".³⁵⁰

No caso de controle de constitucionalidade realizado perante o caso concreto frente a uma decisão do STF em controle abstrato de constitucionalidade, referida decisão poderá não ser aplicada. Explica-se:

Nem toda questão constitucional é passível de resolver-se em termos gerais e abstratos. Por vezes, há conflito entre diferentes princípios constitucionais que não tem como se resolver no plano eminentemente abstrato. A solução dependerá necessariamente da ponderação de circunstâncias concretas. [...] O juízo sobre a constitucionalidade precisará ser feito em sede de controle concreto, incidental. No entanto, pode ocorrer situação mais complexa do que essa. É possível que se emita um pronunciamento em sede abstrata no sentido da constitucionalidade de determinado ato normativo – e, posteriormente, a consideração de circunstâncias específicas de determinado caso concreto imponha um juízo de ponderação que conduza ao afastamento da incidência

³⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira**. Tese de livre-docência – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008. p.261.

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.19.

³⁵⁰ SCHAUER, Frederick. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.75.

daquela mesma norma antes declarada constitucional em sede abstrata. Ter-se-á uma inconstitucionalidade estritamente naquela situação concreta. Cabe reconhecer que a força vinculante da decisão proferida no controle abstrato não tem como legitimamente afastar a necessidade dessa eventual ponderação de valores no caso concreto.³⁵¹

Veja-se que o juízo a quo não viola a decisão proferida, haja vista "estará tomando em conta fatores alheios àqueles que poderiam ser considerados no exame da questão na via geral e abstrata".³⁵² Em outras palavras, o juízo a quo não fica adstrito ao precedente e nem o viola, se realizar o controle difuso no caso sob sua égide, desde que por decisão fundamentada nos termos do artigo 489, §1º, VI, do novo Código de Processo Civil, visto que as ações de controle abstrato prendem-se apenas aos fundamentos.

Não há falar em incompatibilidade entre a coisa julgada e o *overruling* (superação de precedentes), ainda que de decisões em controle direto de constitucionalidade, pois a modificação de fatos dentro da ordem social consequentemente permite o *overruling*, conduzindo a uma nova decisão judicial, sem a aplicação do precedente àquele caso concreto.³⁵³

A superação dos precedentes não causa o engessamento do direito, porque "a mudança de entendimento da Corte é reflexo de verdadeiro câmbio nos valores que permeiam a ordem jurídico-constitucional, os quais refletem, por sua vez, a alteração de fatores sociais, políticos, econômicos".³⁵⁴

Apesar do sistema de precedentes ter a finalidade de trazer segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados, benefício de extrema importância para um ordenamento jurídico, pode-se, neste primeiro momento, elencar algumas deficiências, as quais certamente serão combatidas pelos Tribunais, durante a sua formação, aplicação e vigência.

A primeira deficiência está elencada na superação de precedentes de decisões oriundas do controle direto de constitucionalidade, pelo STF, pois, se a lei é julgada inconstitucional, consequentemente ela será retirada do ordenamento jurídico, o que impedirá a superação desse precedente por qualquer órgão do poder judiciário. A superação, neste caso, somente ocorrerá pela elaboração de lei análoga posterior à declaração de inconstitucionalidade, pelo Poder Legislativo.³⁵⁵

³⁵¹ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira**. Tese de livre-docência – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008. p.105.

³⁵² *Ibidem*, p. 105.

³⁵³ *Ibidem*, p. 107.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 106.

³⁵⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.762; BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.272 apud TAKOI, Sérgio Massaru. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.129.

Em um segundo momento, provavelmente, haverá lentidão do judiciário em instâncias superiores decorrentes da formação e adequação dos órgãos do judiciário para a aplicação do precedente. A um, pela adequação material dos Tribunais, e a dois, pelo trabalho intelectual dos intérpretes para a identificação, compreensão e distinção do precedente do caso em análise.

Uma terceira deficiência são os entraves, já diminutos, mas ainda existentes, da jurisprudência defensiva, que impede a subida dos recursos às instâncias superiores, e com isso, a formação e a superação dos precedentes.

Exemplo de obstáculos na área recursal, que impedirão a formação e a superação de precedente, são os enunciados de súmulas que evitam o conhecimento de recursos extraordinários e especiais. Como exemplo, podemos colacionar as Súmulas n.º 5, 7, 126 e 211, do Superior Tribunal de Justiça, e as Súmulas n.º 279, 283, 285, 288, 400 e 454, do Supremo Tribunal Federal.

As súmulas impeditivas de recursos³⁵⁶ devem ser rejeitadas, pois "o sistema deve estar preparado para viabilizar a subida, ao Tribunal, de recursos que apresentem fundamentos novos, enfoques distintos da questão" e acarretarão "não necessariamente à constatação de que o entendimento sumulado está errado, mas de que é preciso ressaltar ou definir os exatos limites do seu alcance".³⁵⁷ Não obstante, é o ensinamento de Eduardo Talamini:

No entanto, quando decidirem de modo supostamente conforme à súmula, ficaria absolutamente vedado o cabimento de recurso contra tal decisão. Tal mecanismo é incompatível com um modelo razoável de processo, exigido pela cláusula do *due process of law*.

Trata-se, em primeiro lugar, de uma subversão, uma deturpação, do instituto da força vinculante tal como tradicionalmente consagrado no Brasil e em outros ordenamentos (notadamente aqueles que seguem o modelo do controle concentrado desempenhado por cortes constitucionais). Há na ideia da "súmula impeditiva" um marcante traço autoritário: ela libera, supostamente em nome do livre convencimento, a autoridade pública para agir como bem entender e vincula apenas o jurisdicionado.

[...]

Em segundo lugar – e mais grave – o impedimento de recursos afasta um aspecto essencial à legitimidade de um sistema com precedentes vinculantes, que é a capacidade de esclarecimento, evolução e aperfeiçoamento das orientações anteriormente estabelecidas. O recurso é o único mecanismo conferido aos litigantes individuais para tentar demonstrar que o comando vinculante, por exemplo, generaliza indevidamente um aspecto que depende sempre de apreciação em cada caso concreto; ou que houve mudança de fatores que exigem revisão do entendimento antes consolidado com força vinculante etc. Se o recurso for obstado em termos absolutos, fica-se a mercê, no que tange à evolução e aprimoramento das orientações sumuladas, das

³⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p.303.

³⁵⁷ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira**. Tese de livre-docência – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008. p.262.

eventuais decisões divergentes dos demais órgãos aplicadores do direito – o que é pouco se o que se pretende é uma "sociedade aberta de intérpretes da Constituição" (v. n. 6.14.3, adiante).

Em terceiro lugar, a "súmula impeditiva" pode conduzir ao absurdo de não se permitir o recurso que se destine, precisamente, a demonstrar que a súmula não deveria ser aplicada naquele caso.³⁵⁸

A crítica demonstra, em suma, o engessamento do sistema de precedentes, pois obstaculiza a possibilidade do reconhecimento da alteração da ordem social e jurídica, pelos próprios Tribunais Superiores, para que possa ocorrer a superação precedente e, com isso, garantir a segurança jurídica e a previsibilidade aos jurisdicionados.

Dessa forma, ao se "bloquear, de forma direta ou indireta, na produção dos órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios das teses firmadas em grau superior significa, em certos casos, barrar precocemente um movimento, talvez salutar, de renovação da jurisprudência".³⁵⁹

Nesse mesmo sentido, não se pode aceitar que a súmula dos Tribunais Superiores configure requisito de admissibilidade de recurso, porque, para que "a atitude de respeito aos precedentes deva ser definitivamente incorporada à nossa cultura, parece-nos que este dispositivo além de ser, de rigor, inconstitucional, se entendido literalmente, é uma norma 'desajeitada'".³⁶⁰

Deve-se ter em mente que um sistema de precedente possibilite amplamente a participação das partes para a formação democrática do precedente obrigatório, em respeito ao princípio do devido processo legal, sem adotar posturas que evitem a propositura de demandas, mas posturas que efetivem a resolução delas,³⁶¹ permitindo, assim, a "seleção pelos Tribunais de quais recursos serão decididos, o que pode ser feito mediante uma interpretação adequada da repercussão".³⁶²

A quarta deficiência, e a maior delas, consiste em localizar a *ratio decidendi*, para individualizar os fundamentos determinantes das decisões judiciais, para a formação do precedente.

A quinta e última deficiência no sistema de precedentes é que não há uma única maneira de operacionalizá-lo.

³⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira**. Tese de livre-docência – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008. p.265.

³⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p.311.

³⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, v.172, jun. 2009, p.134.

³⁶¹ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 511.

³⁶² *Ibidem*, p. 505-506.

Sabe-se que o sistema de precedentes traz limitações ao juiz, que, ao prolatar a decisão, o aplica, sem que fosse a melhor solução para o caso concreto. O ordenamento jurídico busca a segurança jurídica e a previsibilidade no direito, mas essa segurança deve ser calcada na procura da justiça do caso concreto, muito embora possa contrariar o precedente.

Nesse sentido afirma Frederick Schauer que:

Aceitar as limitações dos precedentes acarreta, pois, na consideração de uma séria de instâncias maiores do que aquela perante o julgador. Isso, por sua vez, significa que, embora em nenhum caso possamos tomar uma decisão que seja melhor do que a ideal para aquele caso isoladamente, em alguns casos tomaremos decisões que serão piores do que a ideal para o caso isoladamente considerado. Então, fica claro que adotar uma estratégia dependente de precedentes é inerentemente avesso ao risco, no sentido de abandonar a possibilidade do resultado ideal em todos os casos em troca de diminuir a possibilidade de resultados ruins em alguns casos.³⁶³

Acolher um sistema de aplicação de precedente vinculante é segui-lo ou distingui-lo,³⁶⁴ ou seja, aplica-se o precedente sempre que não houver a distinção, mesmo que fira o convencimento do juiz. Dessa maneira:

Destarte, se um Tribunal segue uma decisão anterior, por considerar ter sido pronunciada por uma autoridade, porque é a decisão certa, porque é lógica, porque é justa, porque está de acordo com o peso da autoridade, porque tem sido geralmente aceita e cumprida, porque garante um resultado benéfico para a comunidade, então, para Radin não se trata de uma aplicação do *stare decisis*. Para que a aplicação da decisão anterior seja considerada o cumprimento da regra do *stare decisis*, a decisão anterior deve ser seguida porque é uma decisão anterior, e por nenhum outro motivo.³⁶⁵

Adotar um sistema de precedentes judiciais é, sobretudo, respeitá-los, sem, contudo, inviabilizar a interpretação do juízo *a quo* ao caso concreto, para que aquele não se torne ferramenta apenas das Cortes de Interpretação de maneira a causar um engessamento do direito.

Sobre o cuidado com o formalismo no direito brasileiro, explica José Rodrigo Rodriguez:

A dogmática jurídica do século XX ganhou novas feições em razão das mudanças que estamos apontando. Pode-se dizer que ela se tornou mais

³⁶³SCHAUER, Frederick. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.70.

³⁶⁴ Ibidem, p.73.

³⁶⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.208.

preocupada com os problemas jurídicos e com os casos concretos do que com a perfeição formal do ordenamento. Conceitos dogmáticos inadequados para lidar com as normas jurídicas têm sido constantemente reconstruídos (Wieacker, 1993; Ripert, 1936; Gomes, 1955) e a jurisprudência tem sido amplamente examinada e criticada, em função dos problemas enfrentados pela sociedade, traduzidos em demandas dirigidas ao Poder Judiciário. Outro desenvolvimento importante na dogmática é a valorização do ordenamento jurídico como sistema aberto de regras e princípios. [...] Um século como o século XX, que viu nascerem movimentos sociais de massa, partidos políticos e organizações não governamentais, foi obrigado a acolher em seu ordenamento jurídico demandas as mais variadas, nascidas de grupos que defendem interesses políticos, sociais e econômicos. Este processo, de nascimento à articulação judicial de demandas, não apresenta sinais de se esgotar e é fato sociológico que impulsionou as mudanças no direito a que estamos nos referindo; mudanças que 'desorganizaram' as estruturas institucionais e dogmáticas que herdamos do século XIX (Neumann, 1986; Radbruch, 1936; Rodriguez, 2009; Bercovici, 2004). Nesse sentido, a defesa de um ideal de certeza e segurança jurídica que não leve em conta tal processo assume feições conservadoras ao negar à sociedade a possibilidade de alterar as instituições para melhor acolher seus interesses, o que pode resultar na perda de legitimidade do estado de direito. A defesa do formalismo e das instituições tradicionais, se não for bem matizada e justificada, pode resultar na defesa da exclusão de novas demandas dirigidas ao ordenamento jurídico e na defesa do controle tecnocrático sobre o devir do direito³⁶⁶.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o ordenamento jurídico passou a ter um sistema legítimo de precedentes com olhos voltados à segurança jurídica, à previsibilidade, à coerência e à integridade, por se tratar de fonte do direito.

Tudo indica que haverá uma grande mudança de paradigmas no transcorrer da formação dos precedentes; contudo, deve-se manter o sistema *civil law*, ante a previsão expressa na lei, de quais decisões e súmulas possuem efeito vinculante. E isso se confirma, pois:

A riqueza de uma disciplina assim detalhada está consentânea com a tradição brasileira de superação de questões teóricas através de normatização legal progressiva que permite avanços reais em relação a temas que, muito embora complexos e debatidos na doutrina, sofrem mais com a ausência de disciplina legal do que com a falta de teoria.³⁶⁷

A inserção de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico acarreta a importância da segurança jurídica, da isonomia, da previsibilidade e da coerência na resolução do caso concreto, frente às decisões vinculantes consistentes em fontes primárias do direito, sem substituir a legislação, visto que "é necessária uma compreensão hermenêutica, de cariz pós-positivista, do fenômeno jurídico, para se assegurar uma aplicação íntegra, coerente e

³⁶⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p.132-134.

³⁶⁷ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 366-367.

constitucionalmente adequada dos provimentos vinculantes elencados no art. 927 do NCPC".³⁶⁸

O precedente deve ser aplicado ao caso concreto, garantindo-se sua interpretação, com base nos fundamentos determinantes e não de forma mecânica e indutiva,³⁶⁹ devendo os intérpretes procurar "no próprio texto uma 'essência' que permita dizer qual o seu 'real significado'. É como se o texto contivesse uma 'textitude'. Ou seja, 'fica-se nos domínios do texto'".³⁷⁰

Desse modo, os precedentes devem ser interpretados:

Não há como se defender que a interpretação do precedente judicial que dá vazão à sua norma deve ser feita de forma canônica ou literal, muito embora possa ser corretamente realizada dessa forma em alguns casos. Com efeito, deve-se perceber que a norma do precedente é diferente do texto do precedente, sendo equivocado reduzi-la à fundamentação ou qualquer combinação de elementos da decisão do qual advém – da mesma forma que não se deve reduzir a norma legal ao texto da lei.³⁷¹

A persuasão dos precedentes vinculantes na esfera do direito brasileiro enfatiza a busca em solucionar a falta de previsibilidade e segurança jurídica das decisões judiciais, quando não for possível realizar uma distinção entre os casos concretos, pois consistem em interpretação, ponderação e valoração da questão posta em julgamento.

A interpretação do precedente ao caso concreto pode conduzir à sua inaplicabilidade, e isso não conduz à superação ou desrespeito a ele, mas sim na análise de valores os quais não foram observados na formação do precedente, para julgamento.

Observa-se que esta inaplicabilidade não induz à superação do precedente, cuja competência está adstrita ao órgão responsável pela sua formação, mas pode caracterizar um *error in iudicando* ou *error in procedendo*.³⁷²

Ressalta-se que a superação do precedente é de Competência da Corte, que o emitiu, e sua aplicação e vinculante, dos juízes e tribunais, exceto haja o fenômeno da superação ou a revogação do precedente pela Corte. Destaca-se:

³⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3. p.175.

³⁶⁹ Ibidem, p. 177.

³⁷⁰ Ibidem, p. 182.

³⁷¹ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3. p.217.

³⁷² PEIXOTO, Ravi. **Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro**. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3. p. 546.

As características do sistema brasileiro, particularmente do acesso às Cortes Supremas, dificilmente poderão fazer surgir caso em que, dado o desgaste do precedente, haja necessidade imediata da sua não aplicação para não surgir dano à parte. De qualquer modo, na situação em que o tribunal adotou o precedente desgastado e, por conta disso, a decisão está a expor o vencido a prejuízo grave poderá ser requerida a suspensão dos efeitos da decisão recorrida ou pleiteada antecipação da tutela recursal.³⁷³

Contudo, a superação antecipada permite o desenvolvimento do direito:

Por outro lado, a superação antecipada também permite um maior desenvolvimento do direito, a partir dos tribunais inferiores que trabalham com a interpretação da atuação dos tribunais superiores. Há uma questão de ponderação, que deve atuar no sentido de impor uma detalhada fundamentação na utilização da técnica, impondo que o magistrado demonstre a existência de probabilidade da superação e da necessidade da não aplicação do precedente para a evolução do direito.³⁷⁴

Dessa forma, a “questão de direito” não pode ser oposta à “questão de fato”, ou seja, à “*questão jurídica*”, que é inseparável do “caso” que lhe deu origem.³⁷⁵ O fato e o direito são indissociáveis e a interpretação do precedente não se reduz à aplicação do julgador ao caso concreto, pois há “possibilidade de novos juízes darem novos sentidos ao mesmo texto, e daí derivam todas as potencialidades de distinguir (*to distinguish*), ampliar (*to widen*) ou restringir (*to narrow*) o precedente, de acordo com as exigências do caso”.³⁷⁶

Realmente, de difícil identificação a *ratio decidendi* dos acórdãos proferidos nos Tribunais Superiores, por não se estabelecer onde finalizam as questões de fato e onde se iniciam as questões de direito.

Isso não implica que o juiz deva adotar uma conduta de submissão ao precedente, sem qualquer diálogo com as partes. Busca-se a integridade do direito e esta integridade somente irá surgir com a discricionariedade do juiz ao julgar o caso concreto, sem ser mero repetidor do precedente.³⁷⁷

Não se podem tratar casos distintos como idênticos, “ignorando que, embora deva ser íntegro e coerente, o direito é também distinção e diferenciação”:

³⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.3 41.

³⁷⁴ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 235.

³⁷⁵ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 73.

³⁷⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98-104.

No rochedo do outro lado está a falácia da hiperintegração, que devora quem esquece que o todo não é uma unidade. O todo da prática é formado de partes distintas, que cobram a sua diferenciação. Há hiperintegração na interpretação quando os fatos de um caso com alguma especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que não guardam suficientes padrões de identificação com ele.³⁷⁸

Assim tem-se que a mesma regra não pode e não deve ser aplicada a todos os casos, que, conseqüentemente, gerará uma tensão, que somente poderá ser resolvida por meio da interpretação "na fusão de horizontes entre as exigências das especificidades dos casos e o imperativo de integridade do direito".³⁷⁹

O filósofo do direito norte-americano, Ronald Dworkin, visando justificar a atuação jurisdicional, sustenta que integridade não é apenas coerência:

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.³⁸⁰

A integridade muitas vezes pode afastar a aplicação dos precedentes ao caso concreto, em vista da busca pela coerência com os princípios para a solução da questão em análise.

Por este aspecto, pode-se dizer que há um modelo de juiz que julga somente com base nos princípios e o formalista, que julga somente com base na lei.

Ao recorrer cuidadosamente à técnica ponderativa, ele se orienta por um modelo de sopesamento definitório, que servirá para orientar a solução de futuros casos. Para o juiz Iolau, o mundo jurídico não começa a cada caso. De outro ponto de vista, o juiz Iolau está plenamente ciente de que o regresso ao formalismo, no qual as regras tomam de maneira abarcante a cadeia argumentativa, é uma solução subcomplexa para as controvérsias constitucionais mais problemáticas. Embora compreenda a reação formalista ao principialismo irresponsável e à "ponderação sem medida", ele descarta seguir esse caminho, pois percebe que, se o seguisse, o direito tenderia à rigidez do cristal, incompatível com sua necessária flexibilidade em um contexto social altamente complexo e contingente. Mas ele tem uma percepção um tanto especial. Também o excesso de apego às técnicas da ponderação pode levar a outro tipo de formalismo, em que o sopesar é um valor em si mesmo, desconectado da realidade social. Cumpre, portanto, buscar outros caminhos além do formalismo das regras e do substancialismo

³⁷⁸ Ibidem, p. 109.

³⁷⁹ Ibidem, p. 111.

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 264.

dos princípios e da ponderação entre eles.³⁸¹

Dessa maneira, o Juiz Iolau recorre à ponderação e à interpretação, afastando, se necessário for, as regras e os princípios, para buscar "um equilíbrio entre os princípios e as regras constitucionais, para assegurar a consistência jurídico-conceitual e adequação social do direito"³⁸², com o intuito de diminuir a imprevisibilidade das futuras decisões, através de critérios definitórios, vez que o equilíbrio é cercado de instabilidade e aleatoriedade.

Com isso se argui se um precedente poderá não ser aplicado por um julgador de primeira instância, frente ao caso concreto distinto do que o gerou, em respeito ao princípio da proporcionalidade e às regras de interpretação de cada caso, acatando assim a integralidade do direito.

A resposta a esse questionamento será o indutor entre a operacionalização do sistema de precedente e do sistema jurídico, com a finalidade de não imobilizar o direito, o que ainda amadurecerá no ordenamento.

4.9 Análise dos fundamentos determinantes de casos julgados pelo STF

A título de elucidação e comprometimento com o método dedutivo se faz necessário demonstrar a *ratio decidendi* em um caso específico.

Assim, no Mandado de Injunção nº 712-8/PA de relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, decidiu-se regulamentar o direito de greve do servidor público, haja vista a ausência de legislação a respeito.

Eis a ementa da decisão:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL.

³⁸¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p.222-223.

³⁸² Ibidem, p.227.

INSUBSSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência

entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (STF - MI: 712 PA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384)³⁸³

Um dos argumentos do acórdão prolatado, que trata de uma verdadeira *ratio decidendi*, ditava que “o direito de greve não pode importar em prejuízo à necessidade de continuidade do serviço inadiável, pois, todo serviço público é, por natureza, essencial”.

Posteriormente, na Reclamação nº 6.568/SP, interposta perante o STF, a ementa diz que:

RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS CIVIS. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. SERVIÇOS OU ATIVIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR O DISSÍDIO. ARTIGO 114, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO DE GREVE. ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEI N. 7.783/89. INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO NÃO ABSOLUTO. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE EM RAZÃO DA ÍNDOLE DE DETERMINADAS ATIVIDADES PÚBLICAS. AMPLITUDE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 712. ART. 142, § 3º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADI 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO ÀS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI n. 712, afirmou entendimento no sentido de que a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, é ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis, mas ao Poder Judiciário dar concreção ao artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, suprimindo omissões do Poder Legislativo. 2. Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça --- aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 712 – Pará. Relator Ministro Eros Grau. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa> >. Acesso em 12 ago. 2017.

--- e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil. 3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é despreendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça --- onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, IV]. 4. No julgamento da ADI 3.395, o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação conforme ao artigo 114, inciso I, da Constituição do Brasil, na redação a ele conferida pela EC 45/04, afastou a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes das relações travadas entre servidores públicos e entes da Administração à qual estão vinculados. Pedido julgado procedente. (STF - Rcl: 6568 SP, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 21/05/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: incDJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-02 PP-00736)³⁸⁴

O assunto da referida Reclamação abordava a greve de policiais civil no Estado de São Paulo, oportunidade em que o Ministro Relator, observou que:

No voto que proferi no julgamento do MI nº 712, de que fui relator, afirmei que “serviços ou atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõem a “serviços” públicos”; e vice-versa. Trata-se aí de atividades próprias do setor privado, de um lado – anda que essenciais, voltadas ao atendimento de necessidades inadiáveis da coletividade – e de atividades próprias do Estado, de outro.

E continuou:

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 6.568 – São Paulo. Relator Ministro Eros Grau. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14713486/reclamacao-rcl-6568-sp> >. Acesso em 12 ago. 2017.

O exame do objeto desta reclamação permitirá a esta Corte esclarecer e demarcar adequadamente o sentido mais correto e a amplitude da decisão proferida no julgamento do MI nº 712. O direito de greve está sim, integrado ao patrimônio jurídico dos servidores públicos. Dada a índole das atividades que exercem, não é, todavia, absoluto.

Veja-se que o próprio STF, em um primeiro momento reconheceu o direito à greve e, o limitou aos servidores públicos, os quais praticam serviços essenciais à sociedade, como é o caso dos policiais civis.

Do acórdão proferido esclareceu-se quais os serviços públicos inadiáveis e com isso vinculou-se a razão de decidir, através dos fatos relevantes e da proposição de direito, para o caso-precedente.

Outro caso de interesse relevância no direito brasileiro, diz respeito a admissão da execução da pena, após condenação em segunda instância, que foi objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade 44/DF, da relatoria do Min. Marco Aurélio, o qual foi vencido, e que aguarda a confecção do Acórdão pelo Eminentíssimo Ministro Edson Fachin.

Na mencionada ADC foi reconhecida por maioria de votos que o artigo 283, do Código de Processo Penal não veda o início da execução provisória da pena em segunda instância, frente ao princípio constitucional da presunção de inocência, entabulado no artigo 5º, LVII, da Constituição da República, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A base da fundamentação se motivou no HC 126.292/SP. A ementa trouxe que:

Decisão: 1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em decisão assim fundamentada: As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra decisório do Tribunal a quo atacável pela via de recurso especial (v.g.: HC 287.657/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/12/2014; HC 289.508/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/12/2014; HC 293.916/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/12/2014; HC 297.410/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/12/2014). Diante dessa nova

orientação, não são mais cabíveis habeas corpus utilizados como substitutivos de recursos ordinários e de outros recursos no processo penal. Essa limitação, todavia, não impede que seja reconhecida, mesmo em sede de apreciação do pedido liminar, eventual flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo writ (HC 248757/SP, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12). Na hipótese em apreço, no entanto, não se evidencia a aventada excepcionalidade. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar, sem prejuízo de uma análise mais detida quando do julgamento do mérito pelo Ministro Relator. Neste habeas corpus, a impetrante alega, em suma, que o Tribunal de Justiça local decretou a prisão preventiva do paciente sem qualquer motivação, o que constitui flagrante constrangimento ilegal, mormente porque o magistrado sentenciante permitiu que o réu recorresse em liberdade. Requer, liminarmente, seja sobrestado o mandado de prisão expedido contra o Paciente até o julgamento final deste writ, quando espera ver reconhecido o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória (). 2. À vista da Súmula 691 do STF, não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator pela qual, em habeas corpus requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida supressão de instância. Sabe-se, porém, que a jurisprudência desta Corte admite seu abrandamento em casos excepcionais (v.g., entre outros, HC 118.066 AgR, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 25-09-2013; HC 95.913, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 06-02-2009), quando manifesta a ilegalidade. 3. É o caso dos autos. A sentença condenatória concedeu ao paciente o direito de recorrer em liberdade, da seguinte forma: Permito ao sentenciado Márcio Rodrigues Dantas que, querendo, recorra em liberdade desta decisão. Anoto, desde logo, que qualquer atitude sua em relação à vítima ou a qualquer das testemunhas importará na decretação de sua prisão preventiva. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinou o seguinte: Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio. Vê-se, pois, que a Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente, conforme estabelece o art. 312 do CPP, o que está em total desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva. Conforme se decidiu no HC 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26-02-2010, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal incidem na espécie, o que não ocorreu no caso. 4. Ante o exposto, defiro o pedido de liminar, para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP, com a ressalva de que fica o juízo competente autorizado a impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura, se por al não estiver preso, ou contramandado de prisão, conforme o caso. Comunique-se, com urgência. Após, à Procuradoria-Geral da República. Intime-se. Publique-se. Brasília, 5 de fevereiro de 2015. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente. (STF - HC: 126292 SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/02/2015, Data de Publicação: DJe-027 DIVULG 09/02/2015 PUBLIC 10/02/2015)³⁸⁵

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292 – São Paulo. Relator Ministro Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25355766/medida-cautelar-no->

Referido voto reconheceu a execução antecipada da pena, no voto do relator Min. Edson Fachin, que assentou a tese segundo a qual “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”.

Não há necessidade de digressões para se buscar a razão de decidir, a qual vem consubstanciada na ausência do efeito suspensivo nos recursos excepcionais; e na função dos Tribunais Superiores que exercem os papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional, que não impede a execução provisória da pena.

Em artigo doutrinário tem-se que:

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 673 do CPP) e mesmo da tradição, não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. (...) Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.³⁸⁶

A citação doutrinária, a qual inclusive foi utilizada como fundamento no exemplo aqui tratado é a verdadeira razão de decidir, e mostra que a execução provisória da pena, em acórdão prolatado em segundo grau, mas que ainda padeça de julgamento de eventual recurso extraordinário interposto, não fere o princípio da presunção de inocência, que é o resultado da compreensão do caso, em estudo, com o conjunto fático e jurídico, para a formação do precedente.

Para finalizar a demonstração da razão de decidir, oriundos de casos específicos, é de suma importância trazer à lume para análise sumária a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 3510), de relatoria do Ministro Ayres Brito, a qual foi ajuizada para declarar a inconstitucionalidade do artigo 5º e §§ da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) com o propósito de impedir a pesquisa com o uso de células-troncos embrionárias, com fundamento de que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação, e isso violaria o direito

[habeas-corpus-hc-126292-sp-stf](#) >. Acesso em 12 ago. 2017.

³⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade**. In Marco Aurélio Mello – Ciência. Ribeiro Preto: Migalhas, 2015, p; 39-40.

à vida e a dignidade da pessoa humana.

A ementa dita:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou

desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO

PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidificação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de

que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidez jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134)³⁸⁷

Por maioria de votos a ADI fora julgada improcedente e os fundamentos determinantes pautaram-se na proteção constitucional do direito à vida.

No desdobramento da fundamentação da ADI demonstrou-se que a personalidade civil, é adquirida com a vida e transcorre entre o nascimento com vida e a morte, enquanto a razão de decidir residiu em saber, em quais momentos da vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida, visto que o embrião é formado *in vitro* e não no útero feminino, não se podendo falar, que no estado de embrião há a interrupção da gravidez humana, ou seja, o aborto.

O precedente aqui foi firmado pela compreensão dos elementos trazidos em relação ao

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510 – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – Distrito Federal. Relator Ministro Relator Ayres Brito. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df> >. Acesso em 12 ago. 2017.

caso, emoldurados nas razões fáticas e jurídicas, no que concerne ao direito à vida, à saúde e à livre expressão da atividade científica, pois, para que ao embrião *in vitro* fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero, o que não é autorizado pela Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivou-se balizar um cenário geral do sistema de precedentes do CPC/73 para o CPC/15.

Dessa maneira, conclui-se que os precedentes judiciais possuem origem na *common law*; todavia, o instituto passou a ter previsão no ordenamento jurídico brasileiro com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, utilizando o sistema *civil law* como parâmetro.

O sistema de precedentes, muito embora não tivesse previsão expressa no direito brasileiro, sempre esteve presente no ordenamento jurídico, desde à época do Império, tendo previsão no Código de Processo Civil de 1939, o qual prescrevia a interpretação da norma jurídica pelas Câmaras ou turmas. E veio se fortificando com a previsão sumular.

Já no Código de Processo Civil de 1973, com a Emenda Constitucional 03/93 houve a previsão da Ação Declaratória de Constitucionalidade, e, com isso, o efeito vinculante estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, de observância obrigatória a todos os tribunais. Com a Emenda Constitucional 45/04, positivou a súmula vinculante, em prol da busca da segurança jurídica à proteção da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O precedente judicial é de fundamental importância para o sistema jurídico do Brasil e se apresenta como um pronunciamento judicial de efeito vinculante para julgamento pelos juízes ou tribunais de casos futuros.

O precedente se forma por intermédio de uma decisão paradigma, da qual se retiram a *ratio decidendi* e os fatos determinantes, para aplicação aos casos futuros. A jurisprudência, por sua vez, é instrumento distinto dos precedentes, pois se refere a várias decisões prolatadas em um determinado sentido.

Do precedente se extrai a *ratio decidendi* e os fatos determinantes, os quais vinculam o julgamento de casos futuros, enquanto não houve a sua superação.

O rol apresentado no artigo 927 não é taxativo, pois há precedentes que ali não estão indicados, como também ali há hipóteses de natureza distinta dos precedentes.

Sabe-se que as previsões do Novo Código de Processo Civil sobre os precedentes não são novidade, ante a previsão das súmulas vinculantes.

É claro que o novo instituto precisa ser aperfeiçoado, mas é sabido que ele por si só não será capaz de resolver os problemas da jurisdição brasileira.

Deve-se objetivar a segurança jurídica, a integridade do direito, a coerência e a congruência do Judiciário, sem perder de vista a evolução social, para que não seja criado um engessamento do direito, inibindo a interpretação.

É essencial que haja a quebra dos entraves que obstaculizam a subida de recursos aos Tribunais, pois, além de impedirem o duplo grau de jurisdição, vedam a distinção, a superação e o surgimento de novos precedentes, obstando a própria dinâmica do sistema de precedentes.

O sistema de precedentes tende a iniciar o combate à falta de previsibilidade e segurança jurídica das decisões judiciais, pois consistem em interpretação, ponderação e valoração da questão posta em julgamento.

Deixa-se claro que os precedentes não substituirão a legislação, vez que na tradição da cultura *civil law*, há a necessidade de legislação escrita para se buscar a segurança jurídica.

O que se espera é um sistema de precedente, formado com seriedade e responsabilidade dentro de um contraditório efetivo e com uma fundamentação completa e coerente, com a participação da sociedade.

Independentemente da previsão expressa que somente os Tribunais Superiores deterão o encargo da formação do precedente, não se pode esquecer que serão os juízes *a quo* os responsáveis pelo início de sua formação, em vista que são os únicos a terem contato com as questões de fato, recorrendo, assim, à ponderação e à interpretação de cada caso concreto.

Assim, para se ter a operacionalização de um sistema legítimo e funcional, é necessário que haja um amadurecimento de posicionamento e de condutas para a prolação das decisões judiciais, no modo a se obter o precedente judicial, extraindo a norma jurídica do caso apresentado, e no modo de sua aplicação aos casos sucessivos e futuros, problematizando e comparando os fatos, oportunidade em que se utilizando o método deduzido, indicamos a razão de decidir de três julgados, do Supremo Tribunal Federal, de grande relevância no ordenamento jurídico, para não se valer tão somente e rotineiramente, como atualmente ocorre, da aplicação e utilização dos enunciados constantes da ementa dos julgados. Com efeito, busca-se a tão almejada segurança jurídica, que é um valor, o qual não necessita ser positivado, que uma vez entendido pelos juristas brasileiros, sem dúvida resultará no avanço da cultura jurídica e no respeito aos precedentes. Essa sistematização de precedente pela busca da segurança jurídica é, atualmente, o desafio imposto pelo CPC/2015, cuja respostas virão no transcorrer dos anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Gerorges. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidade do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório**. Revista de Processo. Vol. 240. São Paulo: RT, 2015.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Trad. Do autor [orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier]. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David. JUNIOR, Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiro, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural**. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BIRK, apud, ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2016.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 6.568 – São Paulo. Relator Ministro Eros Grau. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14713486/reclamacao-rcl-6568-sp> >. Acesso em 12 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 126292 – São Paulo. Relator Ministro Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25355766/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-126292-sp-stf> >. Acesso em 12 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510 – Ação Declaratório de Inconstitucionalidade – Distrito Federal. Relator Ministro Relator Ayres Brito. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df> >. Acesso em 12 ago. 2017.

BRITO, Jaime Domingues; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Os deveres dos tribunais no Novo Código de Processo Civil e a inércia argumentativa na revogação dos precedentes**. In: Anais do XXV Congresso Nacional do CONPEDI, Curitiba (PR): Anais ...Florianópolis (SC). 2016. Disponível em: < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/f2931cc7/uMf6t0G28IoE21CP.pdf> >. Acesso em: 07 mai. 2017.

BRITO, Jaime Domingues; FOGAÇA, Mateus Vargas. **O sistema de precedentes vinculantes no Brasil e o Novo Código de Processo Civil**. Estudo de Direito Processual Civil à luz da Constituição Federal (em homenagem ao Professor Luiz Rodrigues Wambier). Erechim: Ed. Deviant, 2017.

BRITO, Jaime Domingues; BRITO, Tiago Domingues. **Os precedentes vinculantes e a liberdade religiosa**. In: COSTA., Ilton Garcia da et. al (org). Paz, educação e liberdades religiosas. Curitiba: Instituto da Memória, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009 apud TAKOI, Sérgio Massaru. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio no novo CPC**. In: DIDIER JR, Fredie (coord. geral) Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAMBI, Eduardo. FOGAÇA. Mateus Vargas. **Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil**. DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buril de (coord.) Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2009.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. **Súmulas Vinculantes**. Revista de Processo, n.168, ano 34, fev/2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito.** São Paulo: LTR, 1998.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública:** Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARRAZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ.** Manole: São Paulo, 2008.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito. O Constructivismo lógico - semântico.** 3ª. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro.** São Paulo: Contracorrente, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Salvador: Juspodivm, 2015.

COLE, Chartels. **Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos.** O sistema de precedentes vinculante do *common law*. Tradução: Maria Cristina Zucchi. In: RT 752/12. São Paulo: RT, 1998.

COUTO e SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99).** Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abr./mai/jun., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 17 set. 2016.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIDIE JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela.** V. 2. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Civil.** v.1, 17. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, §2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002.** Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 146.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876.** Revista de Processo - REPRO, n. 220, junho/2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno. vol. II.** São Paulo: Malheiros, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **A bondade da Justiça. In: Justiça do Direito.** Passo Fundo, v. 13, 2002.

_____. **Levando os Direitos a sério.** Tradução. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito.** 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014

ENTERRÍA, apud, ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica.** São Paulo: Malheiros, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** v.2. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FARNSWORTH, Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Trad. Antonio Carlos Diniz de Andrade. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Forense, sem data.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeitos *ex nunc* e as decisões do STJ.** São Paulo: Manole, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Minidicionário Aurélio Língua Portuguesa.** Edição Histórica 100 anos. São Paulo: Positivo Livros, 2014.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus efeitos.** 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GRASSO, Eduardo. **La collaborazione nel processo civile.** Rivista di Diritto Processuale, Padova, 1966.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I.** Tradução:

Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/teresa-arruda-alvim-wambier/por-que-respeitar-os-precedentes-2ot2n72y384owyrqn3gynso1>. Acesso em 11.07.2016.

J.J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

KIRCHHOF, apud, ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2015.

L. Recaséns Siches, apud, ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. Revista de Direito Administrativo, n. 145, 1981.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Institutos do direito comum no processo civil brasileiro**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia n. ° 21. Salvador, 2010.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de Novo Código de Processo Civil**. In: **Novas tendências do processo civil**. Vol. 3. Organização de Alexandre Freire et al. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES, Fábio Almeida. **Princípio do processo legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica. Monográfica ao Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O NCPC e os Precedentes – Afinal, do que estamos falando?** DIDIER JR, Fredie (coord. geral) Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Limites à mudança jurisprudencial**. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. MARINONI, Luiz Guilherme. Wambier, Teresa Arruda Alvim. Coord. Direito Jurisprudencial. Vol. II. São Paulo: RT, 2014.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento partidário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUHMANN, Niklas. **A restituição do décimo segundo carneiro: do sentido de uma análise sociológica do direito**. In ARNAUD, André- Jean. LOPRES JR. Dalmir (org.). Niklas Luhmann: do sistema à sociologia jurídica. Tradução de Dalmir Lopes Jr. Daniele Andrea da Silva Mão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Mac Comrick, apud, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. **A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3.

_____. **Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral) **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015

_____. MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MADEIRA, Daniela Pereira. **O novo enfoque dado à jurisprudência e a sociedade moderna**. In: MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial**. Vol. II. São Paulo: RT, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Sistema Brasileiro de precedentes**. São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas. Precedente e decisão do recurso do Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: críticas e propostas**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Precedentes e jurisprudência: papel fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. Direito Jurisprudencial: volume II**. São Paulo: RT, 2014.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. TEMER, Sofia **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade**. In Marco Aurélio Mello – **Ciência**. Ribeiro Preto: Migalhas, 2015, p; 39-40

METIDIEIRO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da**

jurisprudência ao precedente. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.81-132 e MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes:** compreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Partes II e III.

MONSTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis.** São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil,** v. 12. Ed. Rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de direito processual: segunda série.** São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Temas de direito processual:** nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR., Nelson. **Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior.** In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** 9ª ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009.

NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto F. BONDIOLI, Luis Guilherme A. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor.** 43ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. ABOUD, Georges. **Stare decisis vs direito jurisprudencial. In. Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil.** FREIRE, Alexandre. [et. Al] (coords.). Salvador: Juspodivm, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC. Lei 13.105/2015.** São Paulo: RT, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** 9ª ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2009.

NEVES, Castanheira A. **O instituto do <<Assentos>> e a função jurídica dos Supremos Tribunais.** Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2014.

NEVES, Daniel Amorim, **Novo Código de Processo Civil Comentado,** Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decises et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução**. DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buriel de. (org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Garantia do Contraditório**. In: **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **A Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal**. In: *Revista de Processo*, vol. 250. Ano 40. São Paulo: RT, dez. 2015.

PEIXOTO, Ravi. **Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro**. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes. Universabilidade das decisões do STJ**. São Paulo: RT, 2014.

PEREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. Madri, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983.

PORTES, Maiara. In: **A racionalidade do precedente judicial: uma exigência do Estado Constitucional**. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014.

_____. In: **A racionalidade do precedente judicial: uma exigência do Estado Constitucional**. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014.

RAATZ, Igor. **Colaboração no processo civil e o projeto do novo código de processo civil**. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 23-36, ago 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/274> Acessado em: 15 mai. 2016.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e**

legislação regulamentadora. Org. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. São Paulo: Atlas, 2001.

REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REDONDO, Bruno Garcia. **Precedente Judicial no Direito Processual Civil Brasileiro.** In: MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro. MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. II. São Paulo: RT, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SANTANA, Alexandre Ávalo. ANDRADE NETO, José de (coord.). **Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro.** Vol. III. Campo Grande: Contemplar, 2016.

SCHAUER, Frederick. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes.** In: DIDIER JR, Fredie et al. **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. ABOUD, Georges. **O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando?** In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015. v.3.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira.** Tese de livre-docência – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza.** *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè, ano 61, nº 3, 2007.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Trad. Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. *Revista de Processo*, vol. 199, São Paulo: RT, set. 2011.

TELLA, Maria José Falcón Y. **Lições de Teoria Geral do Direito.** Tradução da 4ª. ed. Espanhola. São Paulo: RT, 2011.

FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano.** *Revista dos Tribunais* nº 782, São Paulo: RT, dezembro, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso e Direito Processual Civil, Vol. 1.** 56. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial –paradoxo apenas aparente**. In: DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, v.172, jun. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. FISCHER, Octavio Campos. FERREIRA, William Santos. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. FISCHER, Octavio Campos. FERREIRA, William Santos. **Reforma do Judiciário - Súmula vinculante – solução concentrada**. São Paulo: RT, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.