

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DO MARANHÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE
JUSTIÇA

**TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA, PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E
UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL: CONTRADIÇÃO EM TERMOS OU
POSSIBILIDADE CONCRETA?**

ROBERTO DE OLIVEIRA ALMEIDA

São Luís – MA

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DO MARANHÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE
JUSTIÇA

ROBERTO DE OLIVEIRA ALMEIDA

**TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA, PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E
UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL: CONTRADIÇÃO EM TERMOS OU
POSSIBILIDADE CONCRETA?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito e Instituições do Sistema de Justiça

Orientador: Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso

São Luís – MA

2017

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Almeida, Roberto de Oliveira.

Tradição jurídica brasileira, precedentes obrigatórios e uniformização jurisprudencial : contradição em termos ou possibilidade concreta / Roberto de Oliveira Almeida. - 2017.

122 f.

Orientador(a): Roberto Carvalho Veloso.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Precedentes. 2. Tradição jurídica brasileira. 3. Uniformização jurisprudencial. I. Veloso, Roberto Carvalho. II. Título.

ROBERTO DE OLIVEIRA ALMEIDA

**TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA, PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E
UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL: CONTRADIÇÃO EM TERMOS OU
POSSIBILIDADE CONCRETA?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito e Instituições do Sistema de Justiça

Orientador: Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso

Aprovada em: 01/12/2017

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Roberto Carvalho Veloso (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão – UFMA

Professor Doutor Paulo Sérgio Velten Pereira (Examinador Externo)
Universidade Federal do Maranhão – UFMA

Professora Mônica Teresa Costa Sousa (Examinadora Interna)
Universidade Federal do Maranhão – UFMA

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente aos meus pais e à minha irmã, que me deram apoio incondicional em todas as etapas da minha vida pessoal e profissional. À minha esposa, por dividir comigo os anos mais felizes da minha vida.

Ao meu professor orientador, Roberto Veloso, pelas orientações que possibilitaram a elaboração desta pesquisa.

À professora Mônica Teresa, pela amizade e pela parceria intelectual ao longo da Pós-Graduação.

Aos demais professores e servidores do Programa que possibilitaram a conclusão dessa jornada.

A gente vive repetido, o repetido, e, escorregável, num mim minuto, já está empurrado noutro galho. Acertasse eu com o que depois sabendo fiquei, para de lá de tantos assombros... Um está sempre no escuro, só no último derradeiro é que clareiam a sala. Digo: o real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia.

(Guimarães Rosa)

RESUMO

A prestação jurisdicional brasileira vem se caracterizando, a um só tempo, pela sua imprevisibilidade e pelo acúmulo de demandas pendentes. Isso se dá na medida em que há uma ineficiência crônica no tratamento das demandas repetitivas, seja na tutela igualitária de demandas idênticas, seja na solução, em tempo razoável, para questões que já estão consolidadas nos tribunais. O dissenso é ocorrência normal no discurso jurídico, sobretudo pela sua característica dialética. Entretanto, a multiplicidade de decisões para casos iguais viola, frontalmente, várias garantias fundamentais, como a igualdade, segurança jurídica e previsibilidade. Diante dessa circunstância, o Código de Processo Civil de 2015 incorporou ao ordenamento jurídico um sistema de pronunciamentos vinculantes, bem como uma série de deveres para os órgãos jurisdicionais, tais como a necessidade de uniformização da jurisprudência e a manutenção da mesma enquanto íntegra, estável e coerente. O presente trabalho verifica que a sistemática introduzida pelo CPC/2015 não constitui um genuíno sistema de precedentes da *common law*, diferindo sobretudo em seu caráter a-histórico, não-tradicional e introduzido pela via legislativa, ao contrário da doutrina inglesa do *stare decisis*. Identifica, ainda, que o sistema trazido pela nova lei instrumental padece de inúmeras imprecisões técnicas e incompatibilidades internas, sendo um sistema com racionalidade comprometida e constitucionalidade questionável. Isso se dá, sobretudo, pela circunstância de que os instrumentos concebidos pela nova lei foram importados de sistemas alienígenas sem maiores cuidados. Demais disso, há incompatibilidades entre o sistema de pronunciamentos vinculantes introduzido pela lei, o genuíno sistema de precedentes da *common law* e a própria forma de atuação dos juízes e tribunais brasileiros. Aqueles, pela forma de atuação preponderantemente individualista e solipsista, o que se justifica pela própria construção cultural. Estes, pelas suas divisões de competências e modelo de deliberação historicamente adotados. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, pois a pesquisa analisou a tradição jurídica brasileira a fim de testar as hipóteses de existência de um genuíno sistema de precedentes e, ainda, de compatibilidade ou não desse sistema com a própria tradição.

Palavras-chave: Precedentes. Uniformização jurisprudencial. Tradição jurídica brasileira.

ABSTRACT

Brazilian jurisdiction has been characterized as a unpredictable and congested function. It's happening because of a chronicle inefficiency regarding the treatment of pending causes and the unpredictable solutions that are produced to the identical ones. To dissent is normal in the legal discourse because of its dialectical nature. But multiple decisions to equal cases violates several fundamental guarantees, such as equality, legal certainty, predictability. Regarding this matter the 2015 Procedural Law inserted in the legal order a system of binding decisions and a series of duties to the jurisdictional organs such as the necessity of maintaining a uniform, whole, stable and coherent jurisprudence. This research verifies that the 2015 Procedural Law systematics does not constitute a genuine *common law* precedents system because of its ahistoric, non-traditional and legal based origin. At the contrary, the *stare decisis* doctrine was founded on tradition. Also, its identified a lot of theoretical inconsistencies, internal incompatibilities and has its rationality and constitutionality questioned. That's because the instruments contemplated by the new law were imported from other systems. Also the instruments are incompatible between themselves. After all the binding decisions are incompatible with the courts function such as built along the years.

Keywords: Precedentes. Jurisprudential uniformization. Brazilian Law tradition.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC/45 – Emenda Constitucional n. 45

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	O RESPEITO AO PASSADO NAS PRINCIPAIS TRADIÇÕES JURÍDICAS: ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO PRECEDENTE E DA JURISPRUDÊNCIA	16
2.1	A resolução de conflitos e a função jurisdicional	17
2.2	O exercício da jurisdição nas tradições <i>common law</i> e <i>civil law</i>	22
2.3	Peculiaridades da tradição jurídica brasileira	30
2.3.1	Os primórdios da tradição jurídica: o Brasil colonial	32
2.3.2	O papel do bacharel na sociedade brasileira	34
2.3.3	A tradição de direito público e de direito privado	36
2.4	O precedente e a jurisprudência nas principais tradições jurídicas ocidentais ..	39
3	A DISPERSÃO JURISPRUDENCIAL E OS INSTRUMENTOS PARA CONSECUÇÃO DOS DEVERES DE INTEGRIDADE, ESTABILIDADE E COERÊNCIA	47
3.1	Porque decidir conforme o passado: o suporte constitucional do respeito aos precedentes e à jurisprudência	48
3.2	A função jurisdicional e os deveres de uniformização, integridade, estabilidade e coerência	56
3.3	O controle (solução/contenção) de dispersão jurisprudencial no Código de Processo Civil de 2015	59
3.3.1	Decisões proferidas em controle de constitucionalidade	60
3.3.2	Os enunciados de súmula vinculante e demais enunciados de súmula do STF e do STJ	62
3.3.3	Recursos extraordinário e especial repetitivos	65
3.3.4	Os incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência	68
3.4	As técnicas de manejo incorporadas pelo Código de Processo Civil de 2015: aplicação, distinção e superação dos precedentes e da jurisprudência	72
4	LIMITES E POSSIBILIDADES DE UM SISTEMA DE PRONUNCIAMENTOS VINCULANTES NA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA	76

4.1	Considerações críticas sobre o sistema de solução e contenção de divergência jurisprudencial incorporado pelo Código de Processo Civil de 2015	77
4.2	As reformas processuais como tentativas de importação de modelos concebidos para outras tradições jurídicas	83
4.3	Solipsismo judicial, livre convencimento e o sistema de pronunciamentos vinculantes	93
4.4	A divisão de trabalho nos tribunais e o modelo brasileiro de deliberação judicial	99
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro atingiu níveis alarmantes de congestionamento. É possível observar, a partir do relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que o número de processos aumenta com o passar dos anos, expondo a tendência perversa em direção ao maior acúmulo de casos pendentes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Isso denota a atual incapacidade do Judiciário brasileiro em promover uma prestação jurisdicional eficiente e em prazo razoável.

Este fenômeno decorre, em grande parte, da ineficiência do sistema processual em fornecer solução uniforme e em tempo razoável para casos idênticos ou similares, tutelando de maneira inadequada as demandas repetitivas. Ademais, a prestação jurisdicional ganharia em efetividade se os juízos de primeiro grau respeitassem os precedentes fixados pelas instâncias superiores, evitando os numerosos recursos que prolongam a solução dos litígios. Por inúmeras vezes, as partes se veem obrigadas a recorrer aos tribunais superiores a fim de alcançar o provimento jurisdicional que tinham imaginado ser relativamente previsível quando do ajuizamento da demanda.

A inexistência de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais e a consequente existência de provimentos jurisdicionais em sentidos opostos para casos similares é, em parte, decorrente da tradição jurídica romano-germânica na qual o sistema processual brasileiro deita suas raízes. Ao contrário da tradição anglo-saxã, em que os precedentes judiciais e a criatividade do magistrado assumem papel de extrema relevância, no sistema brasileiro o que se observa, ainda, é a primazia do direito codificado e da autonomia do juízo para conferir a interpretação que ele entende mais adequada no caso concreto, ao arrepio, inclusive, de posicionamentos consolidados pelas cortes superiores.

Embora comumente se sustente que o estabelecimento de direitos por uma plêiade de leis escritas traz maior segurança e, em tese, não caberia ao juiz criar o direito, o que se observa é exatamente o oposto. No sistema processual brasileiro, o juiz possui maior poder de criação do que os juízes da tradição *common law*. É que, salvo em casos bastante específicos, o magistrado brasileiro não se encontrava adstrito à necessidade de respeitar os precedentes fixados pelos tribunais superiores, podendo decidir de acordo com o seu livre convencimento. Esse é um fenômeno que se não observa única e exclusivamente com os juízes singulares, tendo os tribunais, igualmente, ignorado o entendimento firmado em seus próprios precedentes.

O resultado dessa postura do órgão jurisdicional é a imprevisibilidade do

provimento que se busca. Cria-se, desta forma, uma patologia no ordenamento jurídico que deveria ser coeso: não raro, casos idênticos recebem provimentos jurisdicionais distintos. Vive-se, portanto, em uma época em que o Judiciário se encontra sufocado pela demanda e, para além disso, em que a prestação jurisdicional é permeada de insegurança e imprevisibilidade.

Esses fatores indicam a necessidade de mudança de paradigmas no sistema processual brasileiro, a fim de garantir maior efetividade da prestação jurisdicional. Essa virada, ao que se observa da última grande reforma na legislação processual, encontra-se em curso. Também é de se questionar se o caminho trilhado pelos mecanismos de uniformização jurisprudencial previstos no sistema processual brasileiro conduz, efetivamente, a uma maior integridade, estabilidade e coerência.

O tratamento da matéria relativa ao respeito à jurisprudência e aos precedentes, outrora incipiente, ganhou maior atenção no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) e nas suas respectivas reformas, a exemplo daquelas levadas a efeito pela Lei n. 11.277/2006, que acrescentou ao CPC/1973 o julgamento de improcedência liminar de pedido para casos idênticos, bem como as Leis n. 11.418/2006 e 11.672/2008, que incorporaram a sistemática de julgamento de recursos repetitivos. Com a Constituição de 1988 e posteriores Emendas, em especial a EC 45/2004, buscou-se, igualmente, a uniformização da jurisprudência, por meio da incorporação dos enunciados de súmula vinculante ao texto constitucional.

Entretanto, a maior expectativa de avanço reside no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) que lida de maneira mais explícita com o tema do respeito aos precedentes. A nova lei instrumental contemplou, de início, uma série de deveres aos tribunais com relação à sua jurisprudência ao mesmo passo em que elencou um rol de pronunciamentos vinculantes, o que de forma bastante ampla foi interpretado como a incorporação de um sistema de precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro. Também foram inseridos na nova lei processual novos mecanismos de objetivação do processo, como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência.

O que se deve questionar é se as reformas pelas quais passou o sistema de contenção e solução das divergências jurisprudenciais foram suficientes. A princípio, o sistema aparenta estar comprometido pelos pilares nos quais se sustenta. Daí a necessidade de se analisar, criticamente, a formação da tradição jurídica brasileira, bem como as sucessivas reformas no sentido de aprimoramento dos mecanismos de contenção da divergência jurisprudencial, a fim de que se possa refletir sobre a concepção de um sistema capaz de promover prestação jurisdicional uniforme, íntegra, estável e coerente.

O tema relativo à necessidade de respeito aos precedentes judiciais e a tendência de sua maior observância pelo sistema processual brasileiro é de fundamental importância, vez que guarda íntima relação com a prestação jurisdicional. Este se relaciona com inúmeros princípios constitucionais, tais como a igualdade, previsibilidade, coerência, estabilidade e, sobretudo, com a segurança jurídica. Portanto, quando se analisa a observância dos precedentes e o respeito à jurisprudência no direito brasileiro, especialmente pelos juízes de primeiro grau, o que está sob análise é a efetividade do sistema de justiça. A superação de práticas ultrapassadas, como o desrespeito à jurisprudência, é medida imperativa para que se desenvolva um sistema de justiça seguro, previsível, eficiente e que trate, de maneira igualitária, todos os jurisdicionados.

No âmbito acadêmico, o estudo acerca da efetividade do sistema de precedentes também deve ser fomentado para que, a partir de um arsenal teórico sólido, se caminhe em direção a um aprimoramento dos instrumentos já existentes. Para que seja possível esse refinamento, deve-se ampliar o debate para além da simples comparação e importação de técnicas entre sistemas, identificando, de maneira crítica, as fragilidades do sistema brasileiro e, ainda, em que medida o caminho perseguido pode e deve ser corrigido.

É necessário se questionar em que medida a tradição jurídica brasileira comporta um sistema de precedentes vinculantes e, conseqüentemente, se é possível o alcance de integridade, coerência e estabilidade na prestação jurisdicional. Assim, o objetivo desta pesquisa é investigar em que medida esse sistema de solução/contenção da divergência jurisprudencial incorporado pelo CPC/2015 pode prosperar, tendo em vista a tradição jurídica brasileira. Duas são as questões a serem analisadas: a primeira, se o sistema brasileiro de pronunciamentos vinculantes constitui um legítimo sistema de precedentes; a segunda, se esse sistema, conforme incorporado pela legislação brasileira, encontra algum óbice à sua concretização. Para a consecução do objetivo traçado para a presente dissertação, a pesquisa foi estruturada em três partes.

De início, cumpre analisar o respeito aos precedentes e à jurisprudência nas principais tradições jurídicas ocidentais. Ao primeiro capítulo cabe uma análise histórica das tradições *common law* e *civil law*, que será levada a efeito a partir da apresentação das principais características destas tradições. Em seguida, será analisada a tradição jurídica brasileira em três aspectos fundamentais: o início da formação desta tradição, no Brasil colonial, o papel do bacharel em Direito na sociedade brasileira e, por fim, uma breve trajetória do Direito Público e Privado. Esse capítulo se encerra com a definição do precedente judicial e da jurisprudência

e o papel desempenhado pelo resultado da função jurisdicional em cada uma dessas tradições.

O segundo capítulo cuidará do fenômeno da divergência jurisprudencial e suas consequências para o sistema de justiça. Inicialmente, serão apresentados os suportes principiológicos constitucionais para a observância dos precedentes e da jurisprudência, tais como segurança jurídica, igualdade, eficiência, previsibilidade, dentre outros. Indo além, faz-se necessário discorrer sobre os deveres de integridade, estabilidade e coerência preconizados pela legislação processual vigente e a consequência da sua inobservância, a ensejar a dispersão jurisprudencial. Ao fim, serão analisados os instrumentos de contenção/solução de divergência jurisprudencial incorporados ao ordenamento jurídico e que compõem o atual modelo de uniformização jurisprudencial.

No terceiro e último capítulo será feita a análise acerca da existência de um genuíno sistema de precedentes no CPC/2015 e sobre a (in)compatibilidade desse sistema com a própria tradição jurídica brasileira, considerando inúmeros aspectos que dialogam com os fundamentos apresentados nos capítulos anteriores. A princípio, considerações críticas serão apresentadas com relação ao sistema de precedentes tal como concebido pela lei processual vigente. Em seguida, se investigará qual a origem do sistema de pronunciamentos vinculantes incorporado pelo novo Código. Após, alguns aspectos específicos da tradição jurídica brasileira serão abordados, sobretudo no que tange à atuação dos juízes e tribunais. Deve-se analisar em que medida o individualismo ao julgar é um obstáculo à uniformização jurisprudencial, sobretudo com a primazia do princípio do livre convencimento. Essa temática relativa ao individualismo é retomada no item subsequente, quando será analisada a estrutura dos tribunais e o modelo de deliberação judicial brasileiro. Também será contemplada a questão relativa à jurisprudência defensiva e o papel dos tribunais na construção dos precedentes e na manutenção da jurisprudência íntegra, estável e coerente.

O método de abordagem do problema é o hipotético-dedutivo, pois tem por finalidade analisar a tradição jurídica brasileira, a fim de testar as hipóteses de existência de um genuíno sistema de precedentes e, ainda, de compatibilidade ou não desse sistema com a própria tradição jurídica brasileira.

Quanto aos objetivos, a pesquisa é analítica tendo em vista que ao longo da dissertação será realizada uma análise de eventos históricos, sobretudo aqueles relacionados à tradição jurídica brasileira, bem como a sua repercussão na atualidade, isto é, de que forma tais eventos refletem na atual conformação do sistema de precedentes e de uniformização jurisprudencial. No que cinge às técnicas de pesquisa, duas serão utilizadas: a pesquisa

bibliográfica, porquanto desenvolvida a partir de doutrina especializada (livros, artigos científicos e periódicos), nacional e estrangeira; e documental, com a análise da legislação brasileira, abrangendo os primeiros diplomas legais até as normas processuais vigentes.

2 O RESPEITO AO PASSADO NAS PRINCIPAIS TRADIÇÕES JURÍDICAS: ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO PRECEDENTE E DA JURISPRUDÊNCIA

A função jurisdicional é exercida pelo Estado, tendo por finalidade precípua resolver conflitos intersubjetivos que sejam levados à sua apreciação. No Brasil, a jurisdição é relegada, tipicamente, ao Poder Judiciário. Trata-se de mister dotado de substitutividade¹ (CHIOVENDA, 2009), consistindo em uma técnica de composição de conflitos por um terceiro imparcial que substitui a vontade das partes, impondo solução para a questão deduzida em juízo. À exceção das hipóteses em que realizam composição pela via consensual, não cabe às partes, quando provocada a jurisdição, solucionar o conflito. Isso implica dizer, ainda, que não pode um litigante invadir a esfera jurídica do outro para satisfazer os direitos que reputa possuir.

Tendo em vista que em todo processo há uma relação de direito material controvertida (BEDAQUE, 2003) e, ainda, que a jurisdição consiste em técnica de tutela de direitos, cabe ao órgão julgador, quando da solução do conflito, interpretar os enunciados normativos e deles extrair as normas jurídicas aplicáveis aos casos concretos.

A atividade interpretativa não pode e nem deve consistir em simples ato de vontade (KELSEN, 2006, p. 393), por meio do qual o juiz, de forma discricionária, escolhe a solução (interpretação) que reputa mais adequada para o caso concreto. Trata-se de atividade por meio da qual se estrutura uma norma jurídica individualizada consubstanciada numa decisão judicial, a regulamentar um caso concreto e estabilizar, em definitivo determinada situação jurídica. A atividade jurisdicional e a legislativa estão, em alguma medida, vinculadas à observância de parâmetros jurídicos preestabelecidos, ambas podendo se desenvolver com certa margem liberdade dentro daqueles marcos (RAMOS, 2010, p. 123).

Considerando a existência de alguma medida de discricionariedade judicial, é possível falar que sempre haverá um grau mínimo de liberdade se o texto normativo a ser interpretado for elaborado de modo fechado, preciso e objetivo, e haverá máxima liberdade quando a solução do caso demandar a integração de alguma lacuna, por exemplo (RAMOS,

¹ O fato de a função jurisdicional ser dotada de substitutividade não quer dizer que, ao atuar, necessariamente a jurisdição se substitua na vontade das partes. É que, contemporaneamente, tem-se entendido que à função jurisdicional não cabe, apenas e tão somente, impor soluções para conflitos, mas auxiliar e facilitar a composição dos mesmos, sobretudo a partir de métodos consensuais. Sobre o tema, valorosas as considerações de Theodoro Júnior et. al. (2015, p. 213-261) acerca do modelo multiportas de acesso à justiça contemplado pelo CPC/2015.

2010, p. 124). Com efeito, os sistemas jurídicos contemporâneos têm conferido ao intérprete um espaço de atuação cada vez mais amplo, valendo-se de conceitos jurídicos indeterminados e, ainda, das chamadas cláusulas gerais, possibilitando ao órgão julgador um amplo poder para dizer o que é o direito (BARCELLOS, 2005, p. 39).

Como resultado dessa atividade interpretativa, surge a decisão judicial. Para compreender a função jurisdicional em sua faceta contemporânea e, ainda, o valor subjacente produto que emana dessa função – a decisão judicial –, é imprescindível a análise histórica ora desenvolvida no presente capítulo. Primeiramente, será analisada a resolução de conflitos pelo Estado, especialmente a partir dos seus aspectos históricos. Em seguida, passa-se à análise da função jurisdicional exercida a partir das principais tradições jurídicas do ocidente, quais sejam, *common law* e *civil law*, bem como as suas características fundamentais. Após, abre-se espaço para a análise da tradição jurídica construída no Brasil a partir do seu enquadramento nessas duas grandes tradições e a construção dos seus traços próprios. Por fim, faz-se um estudo acerca do produto da função jurisdicional na realidade das tradições *common law* e *civil law*, isto é, do precedente judicial e da jurisprudência.

2.1 A resolução de conflitos e a função jurisdicional

Qualquer exame que se pretenda fazer sobre o tema da jurisdição deve, necessariamente, perpassar pelos seus antecedentes históricos e, particularmente, pela história do direito romano. Foi na Roma antiga que se consolidaram os traços iniciais desta função estatal, sendo imprescindível a sua análise para que se possa compreender os atuais contornos da jurisdição, bem como o monopólio estatal do exercício desse mister e a sua conformação nas diferentes tradições jurídicas do mundo ocidental.

Antes de se falar no monopólio estatal da função jurisdicional e, ainda, no monopólio da resolução de conflitos pelo Estado-juiz, importante ressaltar que nem sempre essa foi a tônica. É que desde os primórdios da humanidade existiram os conflitos intersubjetivos, mas a sua solução por um juiz imparcial e de acordo com regras pré-estabelecidas pode-se dizer que é uma conquista relativamente recente. A regra, ante a ausência de uma autoridade que desempenhasse esse mister, era a solução do conflito pelos próprios sujeitos nele envolvidos, seja pela força (autotutela), seja pela via consensual (autocomposição).

Do estudo dos povos pré-históricos, se verifica que a tutela dos interesses era

realizada pelos próprios ofendidos ou pelos grupos a que pertenciam. Assim, se dizia que a “justiça” era realizada de forma privada, em contraposição à noção da pública, realizada pelo Estado (ALVES, 2002, 182). Nessa primeira etapa, os conflitos eram resolvidos primordialmente pela força, a partir da chamada autotutela. Na autotutela, os sujeitos envolvidos no conflito tentam impor ao outro a solução que reputam mais justa, prevalecendo a solução levada a efeito pelo mais forte.

Paralelamente à autotutela, seria possível a solução de conflitos de forma pacífica. Quando dois indivíduos solucionam o conflito, por si só, com ou sem o auxílio de uma terceira pessoa, tem-se a chamada autocomposição. Na autocomposição, os indivíduos em conflito negociam e chegam a um acordo a partir da renúncia, no todo ou em parte, de seus interesses.

Paulatinamente, à medida em que as sociedades vão se tornando mais complexas, os indivíduos começam a buscar a solução do conflito por um terceiro estranho à relação litigiosa e que seja de confiança das partes. Em regra, esse terceiro – o árbitro – era um sujeito que desempenhava um papel proeminente naquelas sociedades, como padres ou sacerdotes. Essa modalidade de solução de conflitos é a arbitragem. Nesse momento da história, a arbitragem é considerada facultativa pois se trata de simples liberalidade dos indivíduos envolvidos no conflito. Com o fortalecimento do Estado, este passou a ser procurado para dirimir conflitos, o fazendo a partir de sujeitos por ele designados para desenvolver essa função (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 28-37).

Com o aumento da complexidade das sociedades, o Estado encontrou a necessidade de monopolizar a solução dos conflitos. Este passou, então, a obrigar os indivíduos em conflito a buscarem a solução arbitral a ser levada a efeito pelos árbitros do próprio Estado. Nesse momento, o Estado também passa a assegurar a execução do comando arbitral em caso de descumprimento da decisão. Em seguida, o Estado afasta por completo o emprego da justiça privada e estrutura órgãos responsáveis apenas e tão somente por resolver os conflitos de interesse surgidos entre os indivíduos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 28-37).

Atualmente, o Estado impede, por via de regra, que os particulares façam justiça pelas próprias mãos. Contudo, mesmo no direito moderno há casos em que a ordem vigente permite a defesa privada de um direito subjetivo. Como clássico exemplo tem-se a legítima defesa, que é a reação proporcional a um ataque injusto às pessoas ou a seus bens. Para melhor compreensão do monopólio, pelo Estado, da função jurisdicional, é imprescindível a análise da solução de conflitos pelo direito romano, que contempla basicamente todas as fases

apresentadas anteriormente.

O processo civil romano se divide nas seguintes fases: ao período arcaico corresponde a prática processual segundo as ações da lei (*legis actiones*); a fase clássica convive com o processo formular (*per formulas*); na fase pós-clássica ou tardia predomina a *cognitio extraordinaria*. Importante ressaltar que cada um desses sistemas não foi abolido pelo sucessor. Em verdade, a substituição foi paulatina, passando os sistemas por um período de coexistência até que o anterior caísse em desuso (ALVES, 2002, p. 183).

No período das *legis actiones*, o procedimento era nitidamente formalista, obedecendo solenidades rigorosas, devendo as palavras e gestos serem estritamente obedecidos. Esse formalismo que marcou a época da *legis actiones*, sendo justificado a partir da união entre o direito e a religião (TUCCI, 1987, p. 14). Um desvio na solenidade, por menor que fosse, poderia ensejar a anulação do processo. O procedimento era eminentemente oral, dividido em duas fases: *in iure* e *iudicio*. A fase *in iure* se desenvolvia perante o magistrado, presentes o proponente da ação e o réu, a partir de um convite do autor. O magistrado, então, analisava se deveria conceder o pedido. Na hipótese da sua concessão, o juiz designava o *iudex* ou *arbiter* e se estabelecia a *litiscontestatio*. A partir daí se fixavam os limites do litígio, que não mais poderiam ser modificados, as partes se obrigavam a permanecer em juízo e a obedecerem a decisão tomada pelo *iudex* (SANTOS, 2002, p. 39).

Importante ressaltar que o *iudex* ou *arbiter* não era qualquer autoridade estatal. Era apenas um particular, designado pelo magistrado, para solucionar o conflito e perante o qual os sujeitos envolvidos na controvérsia se comprometiam. Esse compromisso envolvia desde a permanência em juízo até a concordância, de antemão, com a decisão a ser proferida, se vinculando ao resultado do processo.

O passar dos anos e o aumento da complexidade das relações intersubjetivas acarretaram a necessidade de delegação das funções exercidas pelo monarca para as magistraturas. Esse período coincide com a transição do governo dos reis para a República. Roma passa de uma pequena cidade a um grande território, cuja influência se expande a toda península itálica, incrementando as relações com os povos vizinhos. Surge a necessidade, assim, de se redesenhar a função “jurisdicional”, agora apta a solucionar controvérsias entre os estrangeiros (não sujeitos ao *ius civile*) e os cidadãos romanos.

É nesse contexto que surge o *pretor peregrino*. Procurado pelos interessados, o pretor peregrino lhes concedia uma *formula escrita*, em que se especificava o objeto do litígio

e com o qual poderiam comparecer perante o juiz por eles escolhido, que poderia conhecer a questão e proferir sentença. O *pretor urbano*, magistrado dos romanos, passou a acompanhar a inovação trazida pelo *pretor peregrino*. Dessa forma, se extingue a *legis actiones* e se estabelece, em definitivo, o sistema processual *per formulas* (SANTOS, 2002, p. 41).

No processo formulário, o procedimento também era dividido em duas etapas: *in iure* e *in iudicio*. A fase *in iure* ocorria diante do pretor, oportunidade em que as partes relatavam as suas pretensões de forma livre de solenidades. A partir daí o autor indicava a *formula* correspondente ao seu pleito. Esse documento era um modelo já publicado pelo pretor e que se destinava a concretizar as pretensões das partes e fixar a missão do juiz. Concedida a ação, o magistrado entregava a *formula* ao autor, geralmente talhada em um pedaço de madeira que também continha a *litiscontestatio*. Da *formula* também constava a nomeação do juiz ou árbitro escolhido pelas partes (SANTOS, 2002, p. 42).

O procedimento era majoritariamente oral, à exceção da *formula*. Também era estruturado em contraditório, com a audiência e contrariedade recíproca de ambas as partes. Os litigantes poderiam ser assistidos e orientados por juristas (*cognitores* ou *procuratores*). Também já se falava na distribuição do ônus da prova, cabendo à parte que alegava os fatos prová-los. Ao juiz caberia decidir a causa a partir do livre convencimento e, em caso de condenação do réu, sua responsabilidade se dava em pecúnia, ainda que o objeto litigioso fosse certo e determinado. (SANTOS, 2002, p. 43).

Como se observa, o embrionário exercício da jurisdição passa por um aprimoramento durante o período formulário. Já se apresentam algumas características que se propagaram até os dias atuais, como a assistência por um conhecedor do direito, a questão relativa à distribuição do ônus da prova, a presença do livre convencimento do juiz e a responsabilidade patrimonial do devedor.

O terceiro período do desenvolvimento da jurisdição em Roma é o chamado da *cognitio extraordinaria*. Esse novo sistema resulta da atribuição das funções judiciárias a funcionários do Estado, aos quais incumbia, por solicitação dos interessados, presidir e dirigir o processo, desde a instauração, passando pela sentença e na hipótese de execução. É nesse momento que se substitui o juiz privado pelo juiz oficial, um magistrado, funcionário do Estado, no exercício de uma função pública. É no momento da *cognitio extraordinaria* que se transita da solução de conflitos por meio da arbitragem estatal para, efetivamente, a composição da lide como uma das funções precípuas do Estado.

Na fase da *cognitio extraordinaria*, o autor se dirigia diretamente ao juiz, apresentando a sua pretensão deduzida por escrito. Em seguida, citava-se o réu para comparecer em juízo, a fim de se defender. Essa citação era realizada por um funcionário do Estado, que lhe entregava o libelo exigindo-lhe resposta escrita à acusação e comparecimento em juízo no tempo determinado pela lei. Ao final do prazo, se produzia prova dos fatos e, em seguida, o juiz proferia sentença. Contra a sentença se admitia a interposição de recurso para uma autoridade hierarquicamente superior, visando à sua reforma. (SANTOS, 2002, p. 44)

É nesse período que a função estatal de solucionar conflitos se aprimora mais ainda, consolidando traços que, com os seus devidos temperamentos, se conservam até os dias atuais. Nesse momento da história do direito romano há a efetiva transição daquela modalidade de solução de conflitos – que mais se assemelha à arbitragem – para o modelo jurisdicional, com o monopólio do Estado no exercício da função de compor os litígios intersubjetivos oriundos da sociedade. Traços que se assemelham à atual conformação da jurisdição são aqueles relativos à necessária provocação inicial, com a citação do réu para que efetivamente participe do processo (contraditório). Em seguida, tem-se o aspecto embrionário – e fundamental – da distribuição do *onus probandi* àquele que alega determinado fato em juízo. Também a questão relativa à possibilidade de se recorrer da sentença a uma instância superior (*apellatio*), contemplando um equivalente ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Com a ocupação do território romano pelos germanos invasores, houve uma mescla entre o sistema jurídico então vigente com os costumes dos conquistadores. O processo germânico, em comparação à jurisdição exercida em Roma, era considerado rudimentar. O titular da função jurisdicional era o povo, reunido em assembleias populares, sob a presidência do conde feudal. O procedimento era oral, cabendo à assembleia decidir sobre a matéria de direito, sob orientação de juízes. As provas eram o juramento da parte e de seus conjuradores, que atestavam a veracidade do seu juramento. Também eram possíveis as ordálias ou juízos de Deus, que consistiam em experimentos cruéis como prova pelo fogo, água fervente, cadáver, água fria, serpente, dentre outros. Quanto as sentenças, estas obrigavam não só as partes, como todos que dela participassem. Dessas decisões não cabia recurso, porquanto soberanamente lavradas pelas assembleias (SANTOS, 2002, p. 45).

Esse processo germânico foi, aos poucos, substituindo o processo romano. Trata-se de consequência lógica da sua prática contínua pelos invasores. Contudo, em alguns lugares, a exemplo de Roma e Ravena, o processo resistia ao desaparecimento. Nesse período o direito romano fez par, novamente, com o direito da Igreja, tendo esta contribuído sobremaneira para

a resistência do processo pré-conquista. Inevitável foi a ocorrência de mescla entre o processo romano e o bárbaro, que a partir de influências recíprocas deu origem ao processo romano-bárbaro ou romano-longobardo, tendo em vista o seu desenvolvimento mais intenso na Lombardia (SANTOS, 2002, p. 45).

A essa mescla de direito romano, o direito canônico e o direito romano-bárbaro se somam um fato novo, de ampla repercussão na evolução da função jurisdicional e, por via reflexa, do processo civil: o surgimento das universidades. A primeira, em Bolonha, surgiu em 1088. O papel das universidades no desenvolvimento e aprimoramento do Direito Romano será explorado no item subsequente da presente dissertação.

Assim, é possível afirmar que dos primórdios à queda do Império Romano, se estabeleceram traços característicos essenciais da função jurisdicional como conhecida atualmente. Esse breve esboço histórico acima apresentado possibilita a compreensão das duas grandes tradições jurídicas que se desenvolveram no ocidente e que serão exploradas nos itens subsequentes.

2.2 O exercício da jurisdição nas tradições *common law* e *civil law*

A forma como cada ordenamento exerce a função jurisdicional é determinada a partir das suas características fundamentais, que relacionam, a um só tempo, aspectos do sistema legal – um conjunto operacional de instituições, procedimentos e regras (MERRYMAN; PEREZ-PERDOMO, 2007, p. 1) – e ainda questões relacionadas à cultura, valores e tradições de determinada sociedade. Assim é que a partir de uma análise histórica e comparativa, pode-se identificar uma pluralidade de países ocupantes de determinado espaço regional, ligados a raízes e tradições comuns e portadores de características mais ou menos constantes. Em regra, o enquadramento do ordenamento em determinada tradição é determinante na conformação do exercício da jurisdição (DAVID, 2002).

É possível falar, então, que os ordenamentos que compartilham tais caracteres são pertencentes a uma mesma tradição jurídica. A noção de “tradição jurídica” serve para que se possa trabalhar em abstrato com diversos ordenamentos jurídicos pertencentes a blocos distintos que compartilhem características semelhantes.

A principal distinção entre as tradições jurídicas ocidentais é aquela que se faz entre

common law e *civil law*. Essa distinção é relevante para o presente trabalho na medida em que um dos seus objetos de estudo, os precedentes com força vinculante, são característicos de uma tradição jurídica específica, a *common law*. O sistema brasileiro, por sua vez, é tradicionalmente estudado como pertencente à tradição *civil law*. Portanto, em se tratando de pesquisa que se faz acerca da incorporação de um sistema de precedentes obrigatórios, típico da tradição *common law*, a um sistema cuja tradição é majoritariamente identificada como *civil law*, é que denota a imprescindibilidade da análise histórica dessas principais tradições jurídicas.

A *civil law* e a *common law* se desenvolveram em contextos políticos e culturais diferentes, o que levou ao surgimento de tradições jurídicas igualmente distintas, caracterizadas por institutos e conceitos bastante específicos (LOSANO, 2007).

A *civil law* é amplamente conhecida como tradição romano-germânica ou romano-canônica. Quanto à primeira nomenclatura, esta se refere aos fundamentos no direito romano, derivando do *jus civile*, que consistia no direito civil da república romana e do Império Romano (MACÊDO, 2015, p. 29). A parcela de influência germânica, por sua vez, decorre da influência do direito germânico do *usus modernus Pandectarum*², que se consolida a partir do século XVI. Quanto ao direito canônico, a sua influência pode ser verificada sobretudo nas áreas de direito de família, sucessões, penal e processual, o que se nota na Europa a partir dos séculos XVI e XVII (WIEACKER, 2004).

Pelo menos duas correntes distintas indicam o nascimento dessa tradição jurídica. Para alguns autores, a *civil law* tem início em Roma, com o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (529 a 534, d.C.), que viria a ser amplamente adotado e aplicado pela Europa em períodos posteriores. Os textos de Justiniano foram analisados a partir de diferentes perspectivas, por diferentes povos, em diferentes períodos da história europeia, tendo representado papel significativo na Itália, na França do século XVI, na Holanda do século XVII e na Alemanha ao final do século XIX (BOBBIO, 2006). De outra banda, há quem afirme que o nascimento do *civil law* se deu a partir do início das universidades continentais, a exemplo da Universidade de Bolonha. Nessas universidades, os estudiosos se debruçavam sobre o texto do *Corpus Iuris*, com o intuito de aperfeiçoá-lo e construir um novo sistema jurídico. Assim, até essa época teria existido elementos com a ajuda dos quais este seria construído, mas somente a partir do século

² O estudo do Digesto, também chamado de *Pandectas*, é realizado ao longo da história europeia. Na Alemanha, buscou-se adaptar o direito justinianeu à sociedade alemã moderna, no chamado *usus modernus Pandectarum*, característico da escola pandectista. (DAVID, 2002, p. 44-45; LOSANO, 2007, p. 37)

XIII é que se poderia falar, cientificamente, em um direito romano-germânico (DAVID, 2002, p. 35).

De toda sorte, essa questão é um falso problema na medida em que não é possível precisar, com exatidão, a data de surgimento de qualquer tradição jurídica, especialmente pelo fato de que esses sistemas se modificam com o passar do tempo, sofrendo influências dos mais diversos eventos ao longo da história (MACÊDO, 2015, p. 30).

Três são apontados como os grandes elementos históricos que influenciaram na atual configuração da tradição romano-germânica: o direito romano imperial, a filosofia católica e o movimento da codificação.

O direito imperial romano foi acolhido na Europa Continental, conforme anteriormente mencionado, sobretudo a partir do estudo, nas Universidades, do *Corpus Juris Civilis*. Os juristas medievais viam o direito romano como um conjunto de normas jurídicas fundado na natureza e na razão que tinha como principal vantagem ser escrito e codificado (BOBBIO, 2006, p. 31). Assim, os fundamentos do direito romano foram absorvidos profundamente pelo Ocidente, a exemplo da “eficácia do direito como técnica do exercício de poder e sua aspiração irrestrita de vigência e aplicação em relação a todos, a burocracia e a organização administrativa e financeira do Estado, e a própria perspectiva do direito como ciência especializada e diferenciada” (MACÊDO, 2015, p. 32).

Quanto à influência da filosofia católica e do direito canônico, impende lembrar que o seu estudo era conjunto ao estudo do direito romano nas universidades. Com essa contemporaneidade no estudo do direito romano e o direito canônico, existia uma tendência no sentido de influência recíproca entre ambos (MERRYMAN; PEREZ-PERDOMO, 2007, p. 12). Anteriormente a isso, também seria possível falar em uma adaptação do direito romano a valores e princípios cristãos, sobretudo a partir da influência exercida pela Igreja durante o período medieval. A influência da doutrina cristã se propagou no pensamento jurídico, “mesmo quando legislador e juristas estavam pouco conscientes dessa relação” (WIEACKER, 2004, p. 17-18).

A codificação tem o seu principal marco no Código de Napoleão. O código é um livro, com um conjunto de normas jurídicas organizadas sistematicamente, de forma unitária e dirigido a todos os aqueles sujeitos à autoridade estatal. É especialmente relevante para essa tradição jurídica pois teve como finalidade acabar com a fragmentação e pluralidade de regras que poderiam prejudicar a sua aplicação. Assim, o código reflete a noção de racionalização da

atividade jurídica, em um esforço para atribuir cientificidade e sistematização à atividade desempenhada pelo Estado (WIEACKER, 2004, p. 365).

A tradição *civil law* possui inúmeras peculiaridades e características, sendo as principais, para esta pesquisa: uma rígida tripartição de poderes, sobretudo no que diz respeito à divisão de competência dos juízes e legisladores, apego à codificação e a perspectiva do direito como ciência.

Antes da Revolução Francesa, os membros do Judiciário constituíam classe aristocrática sem qualquer compromisso com os valores preconizados pela revolução. À época, os cargos públicos eram comprados ou herdados, sendo a magistratura usufruída como propriedade particular pelos juízes. A magistratura era vista pelos juízes pré-revolucionários como propriedade particular, a ensejar a obtenção de benefícios pessoais. Nesse contexto, negavam-se os juízes franceses a aplicar a legislação que fosse contrária ao *status quo*, interpretando as disposições legislativas de acordo com os seus interesses (CAPPELLETTI, 2001, p. 269).

A preocupação em desenvolver um novo direito, possibilitando que as intenções progressistas dos legisladores fossem atingidas, e em permitir a formação de uma nova sociedade fez surgir a necessidade de distinção entre as funções do Legislativo e Judiciário, limitando-se sobremaneira a atividade dos juízes e subordinando-os ao Parlamento.

O centro de poder, pela via revolucionária, se transferiu para o povo. Os emergentes, pertencentes à burguesia, insatisfeita com o abuso dos detentores do poder (clero e nobreza), lideraram o movimento revolucionário, inspirados pelas ideias de Rousseau, Hobbes e Montesquieu. Os poderes do Estado deveriam ser distribuídos em três funções, atribuídas a três órgãos distintos. Criou-se, nesse ponto, um Poder Judiciário sem reais poderes (WAMBIER, 2012, p. 25).

Assim, coube ao Legislativo a criação do direito. A prestação jurisdicional era, apenas e tão somente, a declaração da lei. Para que se pudesse limitar o poder do juiz, a lei deveria ser clara o suficiente e regular o maior número de situações possíveis, sendo as compilações legislativas dotadas de clareza, completude e coerência. O receio de que o magistrado pudesse praticar arbitrariedades exigia que a figura do legislador fosse apartada do juiz, cabendo a este, apenas, exercer o papel de *bouche de la loi* (boca-de-lei). Para Robespierre, a palavra jurisprudência deveria ser apagada da língua francesa (WAMBIER, 2012, p. 25).

Para a Revolução Francesa, na lei estava contida a vontade do povo e esta seria a

garantia de liberdade e igualdade. Igualmente, as decisões judiciais deveriam ser dotadas de certeza jurídica, não podendo os juízes proferirem decisões que não estivessem de acordo com o texto legal. Assim é que a manutenção do juiz adstrito à lei seria a melhor maneira de possibilitar a segurança jurídica. Respeitar a lei seria respeitar a vontade do povo.

Outra característica bastante relevante dessa tradição jurídica é a importância dada à produção doutrinária. As universidades, conforme mencionado anteriormente, foram decisivas para a construção da *civil law*. Assim, o jurista formado nesta tradição tem seu raciocínio guiado pelas categorias e conceitos legais. Esse pensamento traduz a ideia do direito como ciência, sendo a lógica substantiva utilizada para a aplicação da norma legal, superando a ideia da aplicação do direito como atividade criativa (MACÊDO, 2015, p. 43).

A tradição *common law*, ao contrário da *civil law*, é marcada pela continuidade. Essa tradição foi representada solitariamente pelo direito inglês até o século XVIII, sendo nesse sistema que ocorre a construção dos seus principais fundamentos. Em se tratando de tradição de apego à continuidade, a análise histórica é imprescindível para a compreensão dos seus principais delineamentos.

Entre os séculos X e XI a Inglaterra estava se encontrava dividida em inúmeros distritos administrativos e povoada por inúmeros castelos militares que realizavam a defesa das terras. Nesses distritos, funcionavam diversas cortes judiciais (*Hundred Courts* e *County Courts*), compostas por sujeitos que administravam a justiça conforme costumes locais. Concomitantemente, existiam as jurisdições senhoriais, que atuavam nas questões fundiárias (CROCETTI; DRUMMOND, 2012, p. 51).

Fato apontado como o dos mais marcantes na construção dessa tradição jurídica é a conquista da Inglaterra pelos normandos em 1066. William, o Conquistador, tomou o controle da ilha desde a vitória na batalha de Hastings, tendo iniciado, imediatamente, uma série de reformas. Com a invasão normanda, passaram a coexistir, na ilha, o direito costumeiro inglês e o direito feudal, incorporado após a conquista. Para além destes, havia a coexistência do direito dos anglo-saxões com o direito canônico, circunstância que futuramente deixa de existir a partir das diretrizes de separação entre Igreja e Estado pelos normandos (MACÊDO, 2015, p. 46).

Muito mais do que simplesmente a ascensão de uma nova dinastia, a conquista dos normandos criou uma sociedade dividida, habitada por duas nações, em que uma minoria dominante (normanda) impôs seus valores, regras e linguagem diferente da massa de nativos. Essas mudanças ensejaram, ainda, uma grave insegurança jurídica. Os costumes eram utilizados

como fonte do direito e esse fato, por si só, já gerava algum grau de insegurança. Com a conquista normanda, o direito costumeiro inglês passou a conviver com o direito feudal, agravando ainda mais o quadro de incerteza (CAENEGEM, 1988).

Diante da insegurança resultante dessa pluralidade de fontes do direito, houve um movimento de centralização conduzido pelos reis Henry I e II que resultou na consolidação dos Tribunais Reais de Justiça (*King's Court* ou *Curia Regis*), também conhecidos por Tribunais de Westminster (*Court of Westminster*), em referência ao local em que se situavam. Havia três tribunais distintos, que conheciam de três categorias de causas submetidas à sua apreciação: o Tribunal de Apelação (*Exchequer*), que cuidava de questões referentes às finanças reais; o Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleads*), para questões de propriedade imobiliária e posse de imóveis; e o Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*), para questões criminais e que se relacionassem com a paz do reino (DAVID, 2002, p. 360).

Assim, com o final do reinado de Henry III, a Inglaterra possuiria os elementos essenciais para a atual configuração do seu sistema judicial. A centralização realizada com a concepção dos Tribunais Reais levou à criação de um sistema responsável por atender às demandas jurídicas da população, em um movimento de substituição do sistema de direito costumeiro anteriormente aplicável na ilha. Essa configuração, inclusive, dá nome à tradição jurídica *common law*, vez que, nesse momento, já é possível falar em um movimento de adoção de um direito comum à toda Inglaterra (VIEIRA, 2007, p. 109).

A despeito da competência dos Tribunais Reais de exercerem a jurisdição, estes foram considerados, pelo menos até o final do século XIX, jurisdição de exceção. É que esse movimento de fortalecimento e centralização da jurisdição exercida pelos Tribunais Reais enfrentou resistência, especialmente, das jurisdições locais e senhoriais, que tiveram seus poderes esvaziados desde o início da conquista normanda. Os senhores feudais, que lucravam com a administração da justiça, eram os principais opositores à expansão dos Tribunais Reais (DAVID, 2006, p. 5).

Para que se obtivesse uma decisão de mérito um dos Tribunais Reais era necessário, primeiramente, conseguir com que as cortes admitissem sua competência. Nesse ponto, destaca-se a discussão sobre as normas processuais, em especial aquelas relativas ao aperfeiçoamento e definição da competência dos Tribunais. Discutia-se, por exemplo, a ampliação da competência apenas caso a caso (*super casum, on the case*) e a circunstância de que cada Corte deveria se convencer de que a causa a ela submetida poderia e deveria por ela ser julgada. Para além disso, juízes e advogados não tinham a liberdade de elaborar a *common*

law fora das normas processuais existentes e utilizando conceitos e categorias ligadas a essas normas processuais. Esse apego ao aspecto processual redundou no brocardo *remedies precedes rights*, bastante marcante do desenvolvimento histórico da *common law* (DAVID, 2006, p. 5-6).

Esse apego ao formalismo redundou em um desenvolvimento da *common law* em descompasso com as concepções de justiça, em constante mutação. Como a garantia de acesso às cortes não se estendia a todo e qualquer cidadão, mas apenas àqueles que as convencessem da plausibilidade da sua intervenção, havia um grande número de pessoas que não conseguiam um provimento jurisdicional. A estes, restava uma possibilidade, que seria dirigir uma petição ao rei, considerado fonte de justiça e zelador do bom funcionamento do reino. Ao mandatário máximo, excepcionalmente, caberia intervir em nome da equidade (DAVID, 2006, p. 7).

No século XVI, essas manifestações se tornaram bastante numerosas e passaram a ser julgadas por um alto funcionário da Coroa, o Chanceler. O grande número de petições também ensejou a elaboração de uma série de “regras de equidade” (*rules of equity*), de acordo com as quais o Chanceler apreciaria os pedidos a ele dirigidos. A partir daí o sistema inglês passou a contar com uma estrutura dualista, diferentemente ao direito continental. De um lado, o *common law* (direito comum) exercido pelas Cortes de Westminster e de outro a *equity* (*rules of equity*), realizada pela Corte de Chancelaria (DAVID, 2006, p. 9).

Outra série de reformas foi levada a efeito no século XIX. Ritos processuais foram abolidos, simplificados e modernizados, possibilitando a atenção dos juristas ao mérito da causa, não somente aos aspectos procedimentais. As Cortes Reais deixaram de ser jurisdição de exceção, passando a serem a jurisdição de fato e de direito à qual se dirigiam as demandas. Cortes Reais que funcionavam de maneira independente foram unificadas em uma jurisdição superior e foram unificadas as Cortes de *common law* e *equity* (DAVID, 2006, p. 10).

Como fundamentais da tradição *common law*, é possível elencar as seguintes características: a inexistência de uma rígida tripartição de poderes, a função atribuída aos juízes e legisladores, a utilização dos precedentes como fonte primeira do direito e a perspectiva do direito como atividade eminentemente prática.

Enquanto no *civil law* os textos romanos foram adotados como fonte primeira do Direito, a tradição jurídica do *common law* foi marcada pela recusa de tal adoção, tendo o direito continental tomado caminho diverso daquele do direito inglês. Fator determinante para as duas tradições foram as revoluções oitocentistas. Enquanto na Europa continental tais revoluções

ocasionaram a ruptura com o passado, na Inglaterra houve a opção pela conservação, mantendo-se a continuidade do sistema então vigente, consideradas as reformas mencionadas alhures.

As revoluções Puritana e Gloriosa (Século XVII) são o ápice do processo ao cabo do qual se estabelecem na Inglaterra os elementos que orientarão a relação entre o Parlamento e a Coroa. No curso dessas revoluções há uma reclamação do povo inglês por direitos e garantias que fundamentavam o *common law*. Com a Revolução Gloriosa, após forte resistência da Coroa, instituiu-se a doutrina da Supremacia do Parlamento, tendo este passado a desempenhar uma função de destaque dentro das instituições inglesas. Entretanto, a supremacia do Parlamento inglês não se deu nos moldes desenhados pela teoria francesa da separação dos poderes. Isso porque, historicamente, suas funções legislativa e judicial se confundiam, tendo o Parlamento atuado, por um longo período, como conselheiro real em assuntos legais. Dessa forma, o Parlamento não tinha qualquer repulsa com relação aos juízes quanto à criação do direito (CROCETTI; DRUMMOND, 2012, p. 52-53).

Assim é que, na tradição jurídica do *common law*, a segurança e a previsibilidade encontradas pelos franceses no apego à lei escrita foram buscadas em outro lugar. Não se pode falar, diante disso, que a legislação (*statute law*) desempenhou papel insignificante na tradição jurídica inglesa. A bem da verdade, a lei trouxe importantes reformas ao direito inglês, sobretudo no que tange à regulamentação administrativa do Estado (DAVID, 2006, p. 12). Contudo, a lei não desempenha, no sistema da tradição *common law*, o mesmo papel desempenhado na *civil law*. A valorização da tradição, da atividade criativa do magistrado quando do julgamento do caso concreto e, principalmente, o respeito ao passado preconizado pelo *common law* encerram uma de suas características mais marcantes: a primazia dos precedentes.

Na *common law*, ao contrário da *civil law*, não se buscou eliminar os espaços de atuação dos juízes no caso concreto. O fator distintivo de ambas as tradições foi o valor (ou ideologia) atribuído à ideia da codificação: no *civil law* o direito derivava única e exclusivamente da lei, enquanto no *common law* a atividade judicial chegava a se confundir com a legislativa, afinal, decisões criadas para casos inéditos serviriam para casos idênticos e futuros (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 27-28). Enquanto a cultura jurídica da Europa continental tende a sublinhar o caráter racional do direito, os juristas ingleses são levados a valorizar o caráter tradicional do *common law*. Os teóricos ingleses ressaltam a continuidade histórica, vendo na vasta codificação uma ruptura com a sua tradição (CAVANNA, 1982, p. 487).

Apresentadas os principais fatores históricos que ensejaram a configuração das grandes tradições jurídicas ocidentais, bem como suas principais características, cumpre analisar como a tradição jurídica brasileira e o seu encaixe nessa quadra histórica.

2.3 Peculiaridades da tradição jurídica brasileira

Os comparatistas não denominaram, *a priori*, uma tradição jurídica específica para a América do Sul, em especial o Brasil, razão pela qual, costumeiramente, este é considerado como parte do sistema *civil law*. É que, naturalmente, os países colonizados herdaram das suas metrópoles elementos da sua tradição jurídica.

Com efeito, as colônias “espanholas, portuguesas, francesas e holandesas na América, estabelecidas em países praticamente desabitados, cuja civilização estava voltada ao desaparecimento”, acabaram por implantar “de modo natural as concepções jurídicas características da família romano-germânica”. Mesmo que, *a priori*, este direito fosse considerado precário, “à medida que a América foi se desenvolvendo, o direito prático começou a se aproximar do erudito: de início o doutrinal ensinado nas universidades da América ou da metrópole, depois, direito incorporado nos códigos redigidos à imagem e semelhança dos Códigos europeus” (DAVID, 2002, p. 77).

A bem da verdade, é sempre difícil falar em construção de uma tradição jurídica original, inédita e com traços exclusivos do que propriamente em uma construção a partir de um modelo anterior. Veja-se que, mesmo nas tradições ocidentais *common law* e *civil law*, os seus traços distintivos não nasceram de forma exclusiva, tendo pertencido a outras tradições jurídicas (v. g., direito romano, canônico, germânico, etc.) ou mesmo nascendo a partir da miscigenação de duas tradições, a exemplo da mescla do sistema feudal normando e do direito inglês preexistente à conquista.

Assim, “o nascimento de um modelo original é um fenômeno mais raro do que a imitação”. Nesse sentido, é possível falar que o poder político pode improvisar *ex novo* algumas fórmulas breves, não sendo possível, contudo, compor obras complexas, “ricas de milhares de artigos coerentes e exaustivos”. Um código seria devedor de si próprio, ao menos à doutrina nacional. Ou ainda, seria devedor de um outro código. É nesse contexto que assume relevo, mais do que o estudo da origem dos modelos, o estudo da sua circulação. Também é possível falar em difusão, imitação, migração, propagação, recepção, transferência, transposição,

empréstimo, transmissão ou transplante (SACCO, 2001, p. 169-170).

Nesse sentido, importante compreender as noções de migração e transplante de sistemas jurídicos, porquanto caracterizadoras, em grande parte, da formação da tradição jurídica brasileira. A discussão acerca da migração de sistemas jurídicos (AGOSTINI, s/d, p. 251-334) consiste na análise das normatividades jurídicas e de que forma se apresentam na atualidade, especialmente a partir do seu processo de constituição. É possível falar, a partir da investigação de determinada tradição jurídica, se a sua constituição se deu a partir da importação de um sistema ou, ainda, se esta passou por um processo de exportação. A título exemplificativo: a Europa insular exportou o seu sistema jurídico à América do Norte, por ela colonizada. Esta, por sua vez, importou elementos da tradição *common law*, construindo sua tradição própria, mas ainda assim com traços bastante característicos daquela tradição.

Contudo, quando se trata da análise da tradição jurídica brasileira, talvez não seja possível falar em simples exportação (ou migração) de um sistema jurídico. Houve, em verdade, um processo de migração de um povo (português), com toda sua cultura, e a partir daí, de forma lenta e gradual, da miscigenação com a população local (indígena) se construiu um novo povo. Esse povo, porém, já havia assimilado na sua constituição a base da cultura jurídica ocidental (COELHO, 2009).

Por esse motivo é que, no Brasil, não houve uma recepção global de um Direito. Não é possível falar, por exemplo, que os indígenas, então habitantes do Brasil Pré-Colonial, importaram o sistema jurídico da Europa continental. O que ocorreu foi um transplante de uma cultura lusitana, de há muito moldada na tradição romana, desde a conquista da Península Ibérica pelos romanos em 201 a.C. (NASCIMENTO, 2001, p. 183).

Para melhor compreensão da construção da tradição jurídica brasileira, três serão os aspectos tratados neste capítulo. Inicialmente, far-se-á uma análise dos primeiros dias da construção desta tradição jurídica, a partir do contexto do Brasil colonial. Em seguida, analisa-se as em linhas gerais o papel desempenhado pelos bacharéis em Direito na sociedade brasileira. Por fim, faz-se uma breve análise da construção do direito público e do direito privado ao longo da história do Brasil.

2.3.1 Os primórdios da tradição jurídica: o Brasil colonial

Pouco após o descobrimento, o Brasil passou a refletir os interesses do mercantilismo da metrópole (Portugal) e em razão deste foi organizado. Diversos são os aspectos em que esse fenômeno é constatável.

Primeiro, no aspecto econômico, é possível falar que o Brasil se construiu sobre uma sociedade agrário-latifundiária, “existindo, sobretudo, em função da metrópole, como economia complementar, em que o monopólio exercido opressivamente era fundamental para a burguesia mercantil lusitana” (WOLKMER, 2003, p. 29).

Quanto a formação social, houve uma intensa polarização entre os latifúndios e a mão-de-obra escrava, constando, de um lado, os grandes proprietários rurais e de outro, os pequenos proprietários, índios, negros e mestiços. Já no âmbito da estrutura política, o que se verificou foi a consolidação de uma instância que incorporou o aparato burocrático da administração lusitana, sem qualquer identidade nacional e desvinculada dos objetivos da sua população e cidade de origem. Nesse ponto, é possível verificar que a metrópole instalou extensões do poder real na colônia, implantando um espaço institucional que evoluiu para uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários, senhores e proprietários de terra. (WOLKMER, 2003, p. 29).

No aspecto ideológico, vigoravam pensamentos e ideias do colonizador, especialmente no que diz respeito ao pensamento escolástico-tomista e nas teses do absolutismo-elitista português (WOLKMER, 2003, p. 30).

O processo colonizador comandado por Portugal instalou e impôs, em uma região habitada por indígenas, uma “tradição cultural alienígena e todo um sistema de legalidade avançada, sob o ponto de vista do controle e da efetividade formal” (WOLKMER, 2003, p. 33). A colonização lusitana trouxe consigo uma cultura considerada mais evoluída e calcada em uma tradição milenária oriunda do direito romano. Assim, possível dizer que o direito português foi, pelo menos inicialmente, a base do direito brasileiro.

Nos anos de 1520 a 1549, a organização político-administrativa da colônia se deu a partir das capitanias hereditárias, cujas características eram eminentemente feudais. Com o seu fracasso, a metrópole deu à colônia a orientação do sistema de governadores-gerais. Nesse momento, ganham especial relevância as Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603) (WOLKMER, 2003, p. 36).

Com a insuficiência das Ordenações para resolver todas as necessidades da colônia, foram promulgadas diversas leis extravagantes. Posteriormente, com as reformas capitaneadas pelo Marquês de Pombal, uma grande inovação foi a chamada Lei da Boa Razão (1769), que dispunha sobre a interpretação das leis em caso de omissão, imprecisão ou lacuna. Esta lei suplantava a autoridade do Direito Romano, dando preferência “à dignidade das leis pátrias e só recorrendo àquele direito (...) se em boa razão fossem fundadas” (VALLADÃO, 1980, p. 86).

No que toca à administração da justiça no período colonial, alguns aspectos merecem destaque. No período das capitanias hereditárias, cabia aos senhores donatários – possuidores soberanos das terras – exercerem as funções de administradores, chefes militares e juízes. O donatário não dividia com outros o direito de aplicar a lei aos casos ocorrentes, dirimindo os conflitos de interesses entre os habitantes da capitania, confundindo-se, em uma só pessoa, a função legislativa, de acusação e julgamento (MARTINS JÚNIOR, 1979, p. 125). Com o advento dos governadores-gerais, o sistema se modificou, criando-se uma pequena burocracia composta por agentes profissionais, sendo as primeiras autoridades judiciais da época os ouvidores. Com a implantação do primeiro governo-geral, os antigos ouvidores ganharam mais poderes e mais independência com relação à administração política (SCHWARTZ, 2011).

O aumento da população e, conseqüentemente, dos conflitos, ensejou um alargamento do quadro de autoridades judiciais. Assim, esta passou a ser dotada de três instâncias: a primeira, composta por juízes singulares (ouvidores, juízes ordinários e juízes especiais); a segunda instância, composta por órgãos colegiados (Tribunais de Relação); a terceira instância, composta pelo Tribunal de Justiça Superior, com sede na metrópole e representado pela Casa de Suplicação (CARVALHO, 1980, p. 135).

A magistratura portuguesa compôs, fundamentalmente, a primeira instância brasileira de apelação e influenciou o perfil dos juízes nascidos na colônia, sobretudo a partir do século XVIII. Os magistrados do período colonial revelavam lealdade e obediência aos interesses da Coroa, o que se traduzia em benefícios e futuras promoções e recompensas. Com efeito, a atividade dos magistrados era regulamentada por uma série de normas que visavam coibir o envolvimento dos mesmos com a vida local, mantendo-os distantes e leais à metrópole. Dentre as regras, destacam-se as que determinavam a permanência por um período limitado de tempo em determinado local, a impossibilidade de casar sem licença especial, de pedir terras ou de praticar o comércio em proveito próprio (CARVALHO, 1980, p. 134).

Os magistrados eram escolhidos a partir de dois critérios fundamentais. Primeiro, dentre os membros da classe média, fazendo o uso da carreira para alcançar a ascensão social. A pequena nobreza, composta de filhos de fidalgos, e o funcionalismo, composto por filhos de fiscais, inspetores ou tabeliães foram os que mais contribuíram para a composição de cargos profissionais na justiça. Além da questão relativa à origem social, era imprescindível a formação na Universidade de Coimbra, especialmente em Direito Civil ou Canônico (SCHWARTZ, 2011).

Assim, percebe-se que a relação entre governantes e governados, é caracterizada por um aspecto dual. De um lado, há a constituição de uma burocracia profissionalizada na colônia, de modo a proteger todos os interesses da metrópole e de sufocar as pretensões locais. De outro lado, as relações pessoais – de parentesco, amizades e inimizades – acabam por servir de paradigma na tomada de decisões dos agentes ocupantes de órgãos da administração pública. Essa interface entre a burocracia e as relações sociais e de parentesco vai permear todo o desenvolvimento histórico da tradição jurídica brasileira.

2.3.2 O papel do bacharel na sociedade brasileira

As universidades, conforme mencionado alhures, foram decisivas para a construção da tradição *civil law*. Foi nelas que se consolidou o estudo e aperfeiçoamento dos textos romanos, bem como a circunstância da influência recíproca entre este e o direito canônico. Também nas faculdades que foram elaboradas as principais categorias e conceitos legais que ainda guiam o pensamento do jurista da tradição *civil law*, especialmente a partir da noção do direito como ciência. Na tradição jurídica brasileira, também as universidades desempenharam um papel demasiadamente importante, seja a partir da valorização do bacharel no espaço organizacional brasileiro, seja a partir da produção do discurso jurídico calcado na lógica da racionalidade técnico-formal e nos pressupostos do cientificismo positivista.

Conforme mencionado no item *supra*, houve, no período colonial, uma migração de um povo (português), com toda sua cultura, e a partir daí, de forma lenta e gradual, com a miscigenação com a população local (indígena), se construiu uma nova sociedade. Dentre os valores, costumes e tradições foram herdadas dos colonizadores portugueses estava a valorização dos títulos nobiliárquicos de barão, visconde, conde, marquês e duque. No Brasil, ante a ausência de uma fidalguia, outra característica acabou por ser incorporada: o

bacharelismo (CRUZ; MARTINS, 2006).

Além do apreço dos povos ibéricos aos títulos, que dignificavam os seus detentores, outra circunstância decisiva na valorização do bacharel foi a sua inexpressiva formação nos séculos XVIII e XIX no Brasil, sobretudo em virtude da pequena quantidade de cursos jurídicos no país. Estima-se que, no período compreendido entre 1775 e 1821, o número total de graduados brasileiros em Coimbra girava em torno de 720 profissionais (HOLANDA, 2014). Nesse sentido, o bacharel começou a ocupar a posição de uma nova classe da nobreza, responsável pela importação de tendências europeias em consequência de terem residido no exterior durante o período da sua formação.

Essa valorização do bacharel, como detentor de título equivalente ao nobiliárquico, ensejou outro tipo de fenômeno durante a formação da sociedade brasileira: a elevação do diplomado acima dos demais, reforçando o poder de dominação sobre aqueles que não possuíam qualquer título.

Com o surgimento dos cursos jurídicos no Brasil, primeiro em Olinda e depois em São Paulo, o bacharel em Direito virou uma constante na vida política local. Antes filhos da elite formados em Portugal, a partir de 1827 começaram a se formar os primeiros bacharéis no próprio território nacional. Além da já propagada possibilidade de ascensão social e de todo o poder de dominação exercido pelo bacharel, também era possível se falar na possibilidade de ocupação de cargos a serviço de uma administração estatal que crescia sobremaneira. Os bacharéis eram encaminhados às carreiras jurídicas, à magistratura, à advocacia, ao Ministério Público, à política e à diplomacia. Mas não só. Os bacharéis também ocupavam áreas afins, como a filosofia, a literatura, a ficção, as artes e o pensamento social. Considerando a sociedade escravocrata em que o trabalho manual era desprezado, naturalmente se relegou aos bacharéis o exercício das atividades públicas (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 273)

Dados estatísticos dão conta da presença massiva dos bacharéis em Direito na atividade política. Tome-se, a exemplo, a função de ministro do Império, que fora ocupada por 219 pessoas. Destas, 147 eram formados em Direito, o que correspondia a 67% do total. A função de presidente do Conselho do Império foi exercida por 23 pessoas, sendo que destas 18 eram formadas em Direito, numa proporção de 78% (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 275).

O magistrado português do período colonial e o bacharel-jurista dos séculos XIX e XX se assemelhavam na medida em que aos primeiros caberia a defesa dos interesses da metrópole enquanto aos segundos caberia a representação dos interesses locais das elites

agrárias. Nesse sentido, o Governo preparava escolas para criar letrados e bacharéis que por sua vez se incorporavam à burocracia, regulando a educação, de acordo com os seus fins, cabendo a estes profissionais sustentar setores da administração política, do Poder Legislativo e do Judiciário.

A análise do bacharelismo enquanto traço característico da tradição jurídica brasileira é importante para que se compreenda em que medida o Brasil se apresenta como um terreno particularmente infértil para formas não personalistas de argumentação. É que o respeito à autoridade dos precedentes fustiga o ímpeto da fundamentação personalista, na qual predominam argumentos de autoridade e a erudição, traços característicos do saber bacharelesco. Essa questão será retomada, com mais vagar, no último capítulo da presente pesquisa.

2.3.3 A tradição de direito público e de direito privado

No âmbito do direito público a tradição jurídica brasileira também denota essa mescla de inspirações e importações de modelos jurídicos, a começar pela primeira carta constitucional aplicável no Brasil: a Constituição de Cádiz. No contexto da revolução liberal portuguesa, D. João VI determinou por meio do decreto de 21.04.1821, fosse aplicada no Brasil a Constituição espanhola de 1812 até que a Constituição em elaboração fosse concluída. No dia seguinte, novo Decreto revogou o anterior e a Constituição espanhola perdera vigência (MENDES; BRANCO, 2016, p. 97).

A Constituição de 1824 foi outorgada por D. Pedro I após a dissolução da constituinte convocada no ano anterior. Tratava-se de carta que teve por inspiração a doutrina liberal-conservadora do constitucionalista francês Benjamin Constant, tendo sido a mais duradoura das constituições brasileiras, vigendo 65 anos. Essa Constituição instituiu a monarquia constitucional e o Estado unitário, concentrando a autoridade política na capital e dividindo o restante do país em entidades administrativas denominadas províncias. O Executivo era presidido pelo Imperador e exercido por um Conselho de Ministros, o Legislativo era estruturado por Câmara transitória e Senado vitalício e o Poder Moderador era exercido pelo imperador (WOLKMER, 2003).

Em 15 de novembro de 1889 há a queda do Império e o país passou a ser governado provisoriamente por Deodoro da Fonseca. Em 15 de novembro de 1890 formou-se o congresso

constituinte, que promulgou a primeira Constituição republicana em 1891. Esta carta representou uma mudança substancial de paradigma. Passou-se, então da inspiração francesa em 1824 à inspiração americana, com a adoção de um modelo de Estado federado, com o controle de constitucionalidade difuso, difundido a partir do caso *Marbury v. Madison* (1803). Também era prevista, na ordem constitucional de 1891 o *judicial review*, consistente na possibilidade de o Poder Judiciário rever as relações estatais com os civis, bem como a constitucionalidade das leis. A Constituição de 1891 criou a Justiça Federal e a Estadual e o Supremo Tribunal Federal no ápice do Judiciário. Uma área foi reservada no planalto central para a nova capital do país, as províncias passaram a se chamar Estados-membros e se reconheceu a sua autonomia para elaborar suas próprias constituições.

A revolução de 1930 culminou com a queda da Velha República, o que redundou na Constituição de 1934. Agora, a inspiração da carta constitucional era a Lei Fundamental de Weimar (1919) e a Carta Mexicana (1917), sobretudo nos campos econômico e social (MENDES; BRANCO, 2016, p. 98). Sua duração foi bastante curta, tendo em vista o golpe de Estado de 1937. Nesse mesmo ano foi promulgada uma nova Constituição por Getúlio Vargas, tendo sido apelidada de polaca em virtude da inspiração no fascismo europeu, especialmente na carta polonesa de linha ditatorial, de 1935. A Constituição de 1935 ampliava sobremaneira os poderes do Executivo, o permitindo dissolver o Parlamento e governar por decretos-leis.

Getúlio Vargas foi deposto em 1945 e em 1946 instalou-se a assembleia constituinte. O texto de 1946 tinha por objetivo restabelecer a democracia participativa, superando o Estado autoritário, assegurando direitos individuais e liberdade política, a relativa autonomia aos Estados e a função do Poder Legislativo, dissolvido pelo governo autoritário. Tal Constituição pós-guerra polarizou as principais forças políticas, os liberais reformistas e as os conservadores (WOLKMER, 2003).

Em 1964, durante um período de conturbação política, as Forças Armadas assumiram a condução do país e modificaram a carta de 1946 por meio dos atos institucionais. Em 1967, o Congresso aprovou uma nova Constituição, marcada pela preocupação com a “segurança nacional”, conceito vago que tinha por finalidade a manutenção da ordem e a dissipação de movimentos de esquerda, sobretudo os comunistas. Novamente o Poder Executivo tem seus poderes hipertrofiados, possuindo a Carta de 67 um caráter centralizador, arbitrário e antidemocrático. Em 1969 a Constituição de 67 fora vastamente emendada, tendo se tornado mais ainda centralizadora e violadora das liberdades individuais (WOLKMER, 2003; MENDES; BRANCO, 2016, p. 99).

A Constituição de 1988, até hoje vigente, pôs fim a um longo período de autoritarismo e repressão, restaurando a fundamentalidade do respeito aos direitos individuais. A tônica da Carta de 88 é o respeito pela dignidade humana, o respeito aos direitos fundamentais, de liberdade política e a adoção de um amplo catálogo de direitos fundamentais. Tendo em vista que o objetivo deste item é fornecer um panorama da tradição jurídica brasileira de direito público, desnecessárias maiores digressões sobre a Carta Cidadã, cuja análise pormenorizada não é possível nesta dissertação.

Em que pese a elaboração de uma série de legislações de direito público a partir da emancipação política ocorrida em 1822, no âmbito do direito privado, as regulamentações civis aplicadas eram aquelas oriundas das ordenações, leis e jurisprudências portuguesas. A Lei de 23.10.1823 declarava “em vigor as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções pelos quais o Brasil já se governa, enquanto não se organizar o novo código ou a legislação portuguesa não for especialmente alterada”. As Ordenações Filipinas permaneceram em vigor no território brasileiro, até que se realizasse um movimento de organização de um Código Civil.

No ano de 1855, o governo imperial atribuiu a Teixeira de Freitas a consolidação das leis civis brasileiras. Assim, o privatista baiano apresentou uma proposta de Consolidação das Leis Civis com mais de 1.300 artigos que aglutinavam preceitos civis e comerciais. Esse Esboço, apesar de não aproveitado, abriu o caminho e influenciou a elaboração do projeto de Clóvis Beviláqua, em 1899, além de ter influenciado as legislações privatistas sul-americanas do período, tais como Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile (WOLKMER, 2003).

O Código de Beviláqua foi apresentado ao Congresso em 1900, tendo tramitado até 1916, ano da sua aprovação. Como as leis de direito público, o Código Civil também sofreu influência de legislações estrangeiras, sendo a principal delas o Código Civil alemão de 1896 (PONTES DE MIRANDA, 1981).

Em 1975, o Presidente Ernesto Geisel apresentou à Câmara dos Deputados um projeto de novo código com base no trabalho de uma comissão de juristas coordenada por Miguel Reale. Na exposição de motivos, Reale indicara que as principais diretrizes daquela comissão de juristas, dentre eles: preservação do Código anterior sempre que possível; alteração principiológica do Direito Privado para incorporar princípios da eticidade, socialidade e operabilidade; aproveitamento dos estudos anteriores em que houve tentativas de reforma da lei civil; legislar apenas sobre questões consolidadas, relegando à legislação especial questões que ainda se encontravam em debate; valorizar um sistema com cláusulas gerais, que dariam

mais margem de interpretação aos julgadores (REALE, 2003, p. 1118-1119). Essa nova Lei Civil entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, um ano após a sanção da Lei n. 10.406/2002.

A partir dessas linhas sobre a tradição jurídica brasileira, é possível enunciar que, inequivocamente, o Brasil deita suas raízes na tradição *civil law*, já que compartilha com essa tradição jurídica inúmeras de suas características. Dentre elas: a origem no direito romano (Portugal), o papel desempenhado pelas universidades e pela doutrina (seja na formação dos sujeitos que ocuparão os espaços de maior proeminência na sociedade ou na construção dos principais diplomas legais), bem como o apego ao direito codificado, dada a profusão de leis atualmente em vigor. Contudo, não é possível afirmar que essa tradição se desenvolveu, historicamente, de maneira estéril. Com o passar dos anos, especialmente a partir da circulação de modelos jurídicos, leis e constituições foram elaborados com inspiração em outras tradições, inclusive da *common law*. Isso fez com que significativa parte da doutrina passasse a questionar o enquadramento do ordenamento jurídico na tradição *civil law*, suscitando, inclusive, a existência de uma tradição jurídica própria, com traços característicos bastante marcantes.

O exame aprofundado de alguns desses traços, a fim de verificar a (in)compatibilidade do sistema de precedentes vinculantes paulatinamente introduzido na realidade brasileira, será realizada no último capítulo da presente dissertação.

2.4 O precedente e a jurisprudência nas principais tradições jurídicas ocidentais

Feita a análise dos principais aspectos históricos da *civil law* e da *common law*, bem como os principais elementos da tradição brasileira, cumpre analisar, agora, o valor do produto da função jurisdicional em cada uma dessas tradições.

Na tradição *common law*, os precedentes possuem bastante relevância como fonte do Direito. Conforme o quadro já delineado anteriormente, há, nessa tradição jurídica, forte valorização do produto da atividade jurisdicional. O precedente é uma decisão judicial, tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo servirá ao julgamento de casos posteriores que sejam idênticos ou análogos (TUCCI, 2004, p. 11). Também pode-se falar que precedente é a decisão judicial pronunciada para solucionar o caso que historicamente decidiu que vem a se tornar padrão normativo para decisão de casos análogos (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 12). Ou ainda: precedente enquanto regra jurídica utilizada por órgão jurisdicional em decisão proferida em momento anterior, que será utilizada como fundamento de posterior decisão que contenha

controvérsia análoga ou idêntica (CHIASSONI, 2016, p. 65).

Trata-se do núcleo dos pronunciamentos decisórios que tem por finalidade, sobretudo, a solução de conflitos. O sistema de precedentes comporta uma técnica decisória por meio da qual um caso presente deve receber a solução dada a um caso similar anteriormente (*treat like cases alike*).

A peculiaridade da tradição *common law* reside, principalmente, na ideia de vinculação dos precedentes (*binding precedents*), isto é, na necessidade de observância das decisões judiciais proferidas anteriormente. A noção de precedentes vinculantes restou consubstanciada na doutrina da *stare decisis*, que deriva do brocardo latim *stare decisis et non quieta movere* (“mantenha-se aquilo que foi decidido e não altere aquilo que foi estabelecido”). Assim, de acordo com essa doutrina, há obrigação de o juiz, ao solucionar os casos que estejam sob sua apreciação, não se distanciar daquilo que já fora decidido para casos similares analisados anteriormente (TUCCI, 2004, p. 160-162).

Apontada tradicionalmente como traço característico da *common law*, nem sempre houve a adoção da doutrina da *stare decisis* por esse sistema. Isso não quer dizer que não havia utilização dos precedentes. Em verdade, os juízes seguiam os precedentes ante o costume de segui-los, pela ausência de normas de direito material claras e ante a preocupação com segurança jurídica e uniformização da prestação jurisdicional (MACÊDO, 2015, p. 61). Como mencionado alhures, a insegurança jurídica foi traço característico do desenvolvimento da *common law* dada a convivência de uma pluralidade de ordenamentos após a conquista normanda da Inglaterra. Assim, a busca pela racionalidade, centralização e uniformização da prestação jurisdicional se deu de forma bastante intensa, refletindo, inclusive, na adoção do sistema de precedentes.

Outro motivo apontado como motivo para observância de precedentes é o fato de serem tidos como meios mais claros de enunciação de costumes. Também se afirma que os precedentes eram vistos como parte da experiência, sendo utilizados para fundamentar outras decisões, mesmo não sendo tratados como vinculantes ou imutáveis (DAVID, 2002, p. 428).

A *common law* funcionou, até o final do século XIX, sem a doutrina do *stare decisis* (DUXBURY, 2008, p. 31-33) e também não é possível especificar, claramente, em que momento ela surge. Algumas teorias indicam que a *stare decisis* foi adotada, inicialmente, no caso *Beamish v. Beamish* (1861), tendo sido assentada nessa oportunidade a tese da autovinculação, isto é, a House of Lords estaria vinculada pelos seus próprios precedentes

(WAMBIER, 2012, p. 21). Também se afirma que a *stare decisis* foi adotada no julgamento do caso *Mirehouse v. Rennel* (1833). Por fim, também há parcela da doutrina que indica o surgimento da *stare decisis* com o caso *London Tramways v. London County Council* (1898). Neste último, ficou assentado que, ainda que os juízes discordassem de precedente exarado pelo órgão jurisdicional ao qual pertencessem e pelas cortes superiores, deveriam segui-lo. Uma vez existente o precedente, este deveria ser seguido até o momento em que o Parlamento decidisse revogá-lo (TUCCI, 2004, p. 161).

Ainda que não haja consenso sobre a data do surgimento da *stare decisis*, é possível afirmar que essa doutrina manteve sua rigidez pelo menos até 1966, quando foi aprovado um *Practive Statement* admitindo o afastamento do precedente pelos Lords quando assim reputassem necessário (WAMBIER, 2012, p. 41).

Nas tradições jurídicas marcadas pela adoção do sistema de precedentes, há um constrangimento do julgador a observar o que fora decidido no passado a fim de dar a solução ao caso presente. Se o grau de constrangimento for muito alto, impedindo o julgador de proferir decisão diversa daquela proferida no passado, tem-se o precedente vinculante. Se, por outro lado, o julgador puder divergir daquilo que foi decidido no passado, justificando a mudança de posicionamento, então tem-se o precedente com força persuasiva (DUXBURY, 2008).

Também é necessário realizar a distinção entre o precedente vertical e o horizontal. Verticalmente, tem-se a influência dos órgãos superiores sobre aquilo que se decide pelos inferiores. A título exemplificativo, tem-se que o precedente de maior relevância é aquele que decorre dos órgãos jurisdicionais de cúpula, a exemplo da House of Lords (Câmara dos Lordes) inglesa e da Supreme Court (Suprema Corte) dos Estados Unidos. O precedente horizontal, por sua vez, é aquele que emana de órgão que está no mesmo patamar do órgão julgador, tendo menor influência do que o precedente vertical (TUCCI, 2004, p. 16).

A *common law* não teve início como a adoção explícita dos precedentes vinculantes. Isto acabou ocorrendo imperceptivelmente, à medida em que se aplicava o direito costumeiro em todas as partes do reino, até o momento em que se unificou o exercício da jurisdição e próprias decisões passaram a ser consideradas direito.

O precedente é composto por duas partes: as circunstâncias do fato que embasaram a controvérsia e a tese ou princípio assentado na motivação da decisão (*ratio decidendi*). Muito embora comumente se fale na força vinculante do precedente, o que vincula, em verdade, é a sua *ratio decidendi* (ou *holding*), que constitui um dos seus elementos (TUCCI, 2004, p. 12).

A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão. É composta de duas partes: os fatos relevantes para o deslinde da causa (*statement of material facts*) e o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e do juízo decisório (*judgement*) (TUCCI, 2004, p. 175). A *ratio decidendi* é a tese jurídica ou a interpretação da norma dada pela decisão, não se confundindo com a fundamentação, mas estando dentro dela (MARINONI, 2011, p. 221).

Impende ressaltar que nem toda fundamentação constante da decisão judicial constitui *ratio decidendi*. Há, ainda, os argumentos postos de passagem na motivação das decisões, sendo juízos acessórios, provisórios, secundários, não tendo influencia relevante e substancial para a decisão, sendo estes chamados de *obiter dicta*. O *obiter dictum*, embora não sirva como precedente, não é irrelevante. Pode indicar o posicionamento futuro do tribunal acerca de determinada matéria, além de, quando se tratar de posicionamento vencido num tribunal, fornecer subsídios para a elaboração de recurso ou mesmo para tentativa de superação futura do precedente (MARINONI, 2011, p. 233).

Existem inúmeras técnicas que são utilizadas para manejar os precedentes. Dentre elas, as mais relevantes para a presente pesquisa são o *distinguishing*, o *overruling*, o *signaling* e o *prospective overruling* (BUSTAMANTE, 2012).

Como anteriormente mencionado a aplicação de um precedente a um caso futuro depende da sua adequação ao contexto no qual se pretende utilizá-lo. Tendo em vista que o precedente exerce influência sobre julgamentos futuros e análogos, para que se possa deixar de aplicar um precedente a um caso sob análise, deve o juiz realizar o *distinguishing*. Isso significa operar a efetiva distinção entre a *ratio decidendi* do precedente e a hipótese fática posta sob julgamento (MARINONI, 2011, p. 327-331). *Distinguishing* se apresenta como um método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma” (TUCCI, 2004, p. 174), desempenhando dupla função: serve para contemplar a identidade entre os casos ou para se concluir pela efetiva diferença entre eles.

Na hipótese de se estar diante de casos similares, cujo *distinguish* seja impossível, mas reputando-se a *ratio* do precedente como injusta, ultrapassada ou inadequada, os julgadores deverão operar o *overruling*. Trata-se de técnica de manejo do precedente que enseja a sua superação pelo órgão julgador, observando-se, em todo caso, as questões relativas à hierarquia entre aquele que julgará e o que firmou o precedente (MARINONI, 2011, p. 390). É que só cabe a superação (*overruling*) do precedente pelo Tribunal que o emanou, não podendo um órgão hierarquicamente inferior superar um precedente de uma Corte a ele superior.

O *overruling* também pode ser realizado de maneira “antecipada” por meio do *anticipatory overruling*. Nessa hipótese, a Corte se antecipa à revogação do precedente e, imediatamente, deixa de aplicá-lo antes mesmo da sua revogação. Trata-se de técnica de manejo bastante controversa, dada a obrigatoriedade de observância aos precedentes, que está na base do sistema fundado no *stare decisis* (MARINONI, 2011, p. 404).

Em se tratando de mudança de posicionamento de um tribunal que seja muito brusca ou que possa ocasionar insegurança jurídica, o regime de precedentes prevê as técnicas do *signaling* e do *prospective overruling*. O *signaling* consiste numa “sinalização”, por meio de mensagem, realizada pelo órgão que firmou o precedente, no sentido de o posicionamento adotado está prestes a ser modificado. Essa sinalização pode ser realizada, inclusive, via *obiter dictum*. O *prospective overruling*, por sua vez, consiste na postergação da eficácia da mudança do precedente, a fim de não acarretar mudanças muito bruscas que possam por em risco a segurança jurídica e a previsibilidade (MARINONI, 2011, p. 336).

Como exposto alhures, na tradição *civil law*, o valor dado ao precedente é substituído pelo apego às leis escritas e às codificações. Contudo, como o enfoque do trabalho repousa sobre o papel que as decisões judiciais pretéritas desempenham em cada tradição é que se faz importante discuti-las sob a perspectiva da *civil law*.

Nesse ponto, cabe realizar uma definição terminológica.

Jurisprudência é uma expressão polissêmica, ou seja, dotada de múltiplos sentidos. Essa pluralidade de sentidos tem arrimo histórico, sendo possível afirmar que, desde o Direito Romano, já se encontravam diversos significados para a palavra em comento. Jurisprudência poderia ser utilizada para se referir a um Direito Pretoriano (éditos baixados por magistrados) e ainda para significar os repositórios, ou “coleções de *responsa* dos jurisconsultos do período clássico, ou interpretações, desprovidas de originalidade, do período anterior” (GUSMÃO, 1960, p. 6). A depender da tradição jurídica em questão, também é possível se falar em jurisprudência como sinônimo de precedente, caso se refira à *common law*, hipótese em que importa conhecer a *ratio decidendi* a fim de que se possa identificar o que realmente se vincula.

A expressão jurisprudência comporta pelo menos cinco sentidos (FRANÇA, 1974, p. 273-274). O primeiro é capaz de abranger toda a ciência do direito, teórica ou prática, elaborada por jurisconsultos ou magistrados. O segundo consiste em um conjunto de manifestações dos jurisconsultos (prudentes), ante questões concretas. O terceiro se relaciona com doutrina jurídica de qualquer natureza, ou seja, todas as indagações, estudos e trabalhos

levados a efeitos pelos juristas. O quarto significa o conjunto de manifestações de juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade a partir de um rito imposto pela lei. O quinto e último versa sobre um conjunto de pronunciamentos, por parte do Poder Judiciário, em um determinado sentido, sobre determinado objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.

Para o presente trabalho, o sentido de jurisprudência adotado é aquele equivalente ao quinto conceito acima apresentado, que a considera como uma pluralidade de decisões, de um determinado Tribunal, sobre um mesmo tema. Nesse sentido, “a jurisprudência não é, pois, a decisão isolada de um tribunal: é uma espécie de consolidação do saber difuso, um certo consenso interpretativo, progressivo e inacabado do ordenamento” (CUNHA, 1996, p. 7). Também é possível afirmar que a jurisprudência, “no sentido técnico do termo é o entendimento majoritário esposado pelos tribunais, após reiteradas decisões sobre a mesma matéria” (TOSTES, 2001, p. 198).

É possível distinguir, a partir do conceito acima, o precedente e a jurisprudência a partir de dois aspectos. O primeiro é o aspecto quantitativo. Enquanto no sistema de precedentes (*common law*) o Judiciário pode proferir uma decisão capaz de servir como paradigma para os demais casos subsequentes, no regime jurisprudencial (típico dos países da *civil law*), é necessário que seja proferida uma série de decisões, num mesmo sentido, para que se forme a jurisprudência. E como não poderia deixar de ser, a quantidade condiciona a qualidade, havendo uma distinção qualitativa entre a decisão que forma o precedente e todas aquelas (por vezes dezenas ou centenas) que criam jurisprudência (TARUFFO, 2011, p. 140).

Pode-se afirmar que esse conceito de jurisprudência é “axiologicamente neutro” (MOREIRA, 2011), por ser um conceito técnico-jurídico relacionado a uma realidade que não comporta valoração como boa ou má, certa ou errada. Ou seja: há ou não há um conjunto de decisões, sobre um determinado tema, em um determinado sentido. Em se tratando a jurisprudência de resultado da atividade jurisdicional de forma seriada, porquanto decorrente de múltiplas decisões (ou múltiplos precedentes), é que se torna relevante identificar todas as razões que levaram à formação da jurisprudência a fim de que seja possível verificar a plausibilidade das teses assentadas e, ainda, a possível identificação destas teses com qualquer caso sob análise.

Importante, para essa concepção de jurisprudência, atentar para outras duas precisões. A atualidade é um dado relevante, na medida em que um entendimento solidificado na jurisprudência pode sofrer modificações ao longo do tempo. Para além da atualidade, o local

(*locus*) de onde emana a jurisprudência também releva, considerada a organização piramidal do ordenamento jurídico pátrio (MANCUSO, 2010, p. 42). Apesar de cada órgão judicial – desde os juízos singulares até os órgãos de cúpula – possuir autonomia para formar sua convicção no caso concreto, a estrutura judicial brasileira contemplou órgãos superiores (v. g., Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), a quem cabe fixar, em última instância, entendimento acerca de interpretação de lei federal e da Constituição, respectivamente. Portanto, para além da interpretação levada a efeito no caso concreto, deve o magistrado sempre atentar para o decidido nos órgãos de cúpula (MANCUSO, 2010, p. 158).

Questão controversa diz com o aspecto do necessário reiteramento de determinado entendimento jurídico para que se possa caracterizar jurisprudência. Pode-se indagar, diante dessa característica, quantos acórdãos seriam necessários para formá-la. Questiona-se, ainda, se essa harmonia deve ser absoluta (concordância entre todas as decisões acerca de determinada matéria) ou relativa (concordância entre parte relevante dos acórdãos prolatados). Ou, ainda, se para criar jurisprudência é necessária a decisão ter sido tomada à unanimidade.

O ordenamento jurídico brasileiro nunca teceu minúcias acerca de tais questões. Há, no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), um único aspecto acerca dos critérios para que se possa formar jurisprudência. É a menção a “jurisprudência dominante” feita nos artigos 120, parágrafo único; 475, §3º; 479, parágrafo único, dentre outros dispositivos daquele Código de Processo Civil. Ao adotar tal expressão, o legislador deixa claro que, para formar jurisprudência, não é preciso unanimidade de posicionamento acerca de determinada matéria. Basta que, dentro do órgão, tal posicionamento se sobressaia e seja dominante em face do posicionamento minoritário. O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), por sua vez, também menciona apenas “jurisprudência dominante” em seu artigo 926, §1º.

Para que se chegue a um posicionamento jurisprudencial emanado de tribunais superiores, inúmeros casos deverão ser julgados pelas jurisdições singulares e pelos próprios órgãos colegiados. Assim é que, não raro, casos similares receberão tutelas jurisdicionais distintas. O dissenso acerca da melhor inteligência a ser dada a um texto legal em nada tem de excepcional, sendo ocorrência normal à própria natureza dialética do discurso jurídico. Há divergência tanto no plano jurisdicional como no plano doutrinal (MANCUSO, 2010, p. 157). A esse fenômeno, da dispersão jurisprudencial, será dedicado item próprio no capítulo seguinte.

Como exposto anteriormente, a construção da tradição jurídica brasileira é permeada por importação de institutos de outros ordenamentos. Tal se deu, igualmente, no que diz respeito aos precedentes. Na realidade brasileira, a valorização dos precedentes é possível

de ser visualizada não só a partir da nova metodologia jurídica contemporânea, mas também da análise da própria evolução dos mecanismos de uniformização jurisprudencial previstos no ordenamento pátrio. Essa análise, contudo, será feita de forma mais aprofundada no próximo capítulo dessa pesquisa.

A circunstância de os homens viverem de acordo com regras preestabelecidas pode ser considerada uma conquista da civilização moderna. É possível, dessa forma, saber de acordo com quais padrões a sua conduta será avaliada, o que tranquiliza os membros da sociedade. O direito, portanto, deve gerar previsibilidade. Mas a sociedade onde nascem essas regras também se modifica, sendo necessário, em alguma medida, que o direito exerça a função de adaptar-se (WAMBIER, 2012, p. 14).

No contexto dessa tensão entre previsibilidade e adaptabilidade que surge a relevância do debate acerca dos precedentes e da jurisprudência. Tradicionalmente, nos sistemas *civil law*, os precedentes têm seu valor quando inseridos em um conjunto de outras decisões em mesmo sentido, quando se diz haver um consenso a respeito da matéria decidida, consolidando a jurisprudência. Na atual conformação das jurisdições *common law*, por outro lado, a regra é que se considere esta única decisão como relevante para todo o sistema (WAMBIER, 2012, p. 16; WAMBIER, 2009).

Entretanto, o que tem se verificado, sobretudo na realidade brasileira, é um movimento de convergência entre a adoção de um sistema jurisprudencial e um sistema de precedentes vinculantes. Assim, para além de quaisquer questões sobre o sistema mais adequado para a prestação jurisdicional, é preciso analisar em que medida essa transposição é possível e, ainda, de que modo esses sistemas podem conviver.

3 A DISPERSÃO JURISPRUDENCIAL E OS INSTRUMENTOS PARA CONSECUÇÃO DOS DEVERES DE INTEGRIDADE, ESTABILIDADE E COERÊNCIA

Como se viu no capítulo anterior, os precedentes e a jurisprudência tem em comum a circunstância de se apresentarem como resultado da atividade jurisdicional. O que os difere nas tradições jurídicas ocidentais é o valor subjacente a esta produção: para uma, tem-se a histórica vinculação dos demais julgadores àquilo previamente decidido (*common law*); para outra, a regra é a eficácia persuasiva do resultado da atividade jurisdicional, enquanto a vinculação encontra-se, sobretudo, relacionada às leis e aos códigos (*civil law*).

De toda sorte, é inegável o diálogo entre ambos os sistemas. De um lado, tem-se a paulatina incorporação do direito legislado aos países pertencentes à *common law*, enquanto os países da *civil law* passam a reconhecer o valor dos precedentes tal como valorizado pelo direito inglês. Esse fenômeno se relaciona com o movimento de circulação dos modelos jurídicos, em que há uma influência recíproca entre os vários ordenamentos, com o compartilhamento de métodos de trabalho entre eles.

Seja na *common law*, seja na *civil law*, o que se verifica é a necessidade de observância do precedente e da jurisprudência. Com efeito, integridade, estabilidade e coerência da ordem jurídica são características inafastáveis do Estado Democrático de Direito e objetivos buscados por inúmeras reformas processuais. Para além disso, o respeito ao passado se relaciona com a igualdade, segurança jurídica, eficiência, razoável duração do processo e boa-fé processual. Nesse capítulo, para além das questões relativas à concretização de todos estes princípios, far-se-á uma análise sobre o fenômeno decorrente da inobservância dos precedentes e da jurisprudência bem como os instrumentos/modelos para a sua contenção atualmente previstos na legislação.

3.1 Porque decidir conforme o passado: o suporte constitucional do respeito aos precedentes e à jurisprudência

O primeiro e mais importante suporte constitucional para o respeito aos precedentes e à jurisprudência³ decorre do princípio da igualdade. A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) contempla a igualdade no art. 5º, *caput*, ao dispor que “todos são iguais perante a lei”. Trata-se de princípio clássico do Estado de Direito, servindo de parâmetro para aplicação da lei infraconstitucional.

Decorre desse dispositivo constitucional uma obrigação para que os órgãos públicos não levem a efeito qualquer distinção em virtude da aplicação da lei, sendo necessário o tratamento igualitário a todos os que se encontram na mesma situação. Nesse ponto, tem-se a igualdade em sentido formal. Em sentido material, por sua vez, a igualdade deve ser vista como um “mandamento de otimização” (ALEXY, 2012), isto é, um princípio que visa a maior concretização possível. Materialmente, o princípio da igualdade consiste na necessidade de, para sua concretização, se dispensar tratamento desigual na medida em que os indivíduos se apresentam como desiguais.

O princípio da igualdade impõe aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O Legislativo não pode editar leis que dispensem tratamento desigual aos indivíduos. A administração pública, por sua vez, deve nortear sua atuação pelo disposto na lei, fazendo a igualdade par com o princípio da legalidade insculpido no art. 37, I, da CRFB/1988. Por fim, tem-se a igualdade perante a jurisdição.

A igualdade processual pode ser analisada, pelo menos, sob duas perspectivas. Em perspectiva interna, tem-se a igualdade processual a partir da necessidade de se dispensar tratamento igualitário aos litigantes no curso da demanda. A “paridade de tratamento” a que se refere a legislação processual civil, em consonância com a Constituição da República, diz com “exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à

³ Uma importante nota metodológica: os termos “precedentes” e “jurisprudência” se referem, neste item, de forma ampla e genérica àquilo decidido pelas Cortes, isto é, ao “passado”. O respeito ao passado encontra suporte constitucional independentemente se em forma de decisão singular qualificada pela sua importância dentro da ordem vigente (o precedente) ou de uma pluralidade de decisões sobre determinada matéria (a jurisprudência). Ao final deste capítulo (item 3.4) será feita uma análise pormenorizada do precedente e da jurisprudência na exata medida do papel por eles desempenhado, porquanto coexistentes na atual sistemática processual (CPC/2015). Essa coexistência decorre, inclusive, da utilização da confusão terminológica levada a efeito pelo legislador. Com efeito, considerações críticas a este modelo ficam a cargo do último capítulo desta pesquisa.

aplicação de sanções processuais”, cabendo ao juiz “zelar pelo efetivo contraditório” (art. 7º, CPC/2015). Impõe-se, ainda, ao juiz, o dever de “assegurar às partes igualdade de tratamento” (art. 139, I, CPC/2015). A igualdade processual material, por sua vez, é concretizada a partir da distinção de tratamento aos litigantes autorizada pela lei em virtude das suas particularidades, a exemplo do benefício da justiça gratuita, que pode ser concedido a apenas uma das partes do processo (arts. 98 a 102, CPC/2015), do prazo em dobro para litisconsortes representados por escritórios de advocacia distintos (art. 229, CPC/2015) e para os representados pela Defensoria Pública (art. 186, CPC/2015) e escritórios-escola (art. 186, §3º, CPC/2015), bem como a concessão de medidas com a postergação do contraditório (arts. 300 a 311 do CPC/2015).

Entretanto, a igualdade não se restringe aos aspectos internos do processo. Também é necessária a igualdade de tratamento àqueles que estão submetidos à jurisdição, mesmo que ainda não sejam parte de qualquer relação processual. Assim, surge a necessidade de tratamento igualitário quanto a solução empregada pela jurisdição para um determinado litígio. Casos iguais devem receber a mesma prestação jurisdicional, como preconiza o adágio *treat like cases alike*. Decorre do princípio da igualdade a noção de que os litigantes que buscam a jurisdição hoje devem receber a mesma tutela que aqueles que receberam ontem.

Nesse ponto a observância aos precedentes se correlaciona com o princípio da igualdade. Respeitar o entendimento fixado pelos tribunais assegura tratamento igualitário, evitando arbitrariedades e injustiças. Assim, todos os jurisdicionados que se encontram em igual situação serão tratados de forma igualitária, o que assegura o mínimo de segurança jurídica e de previsibilidade. É bem verdade que a observância dos precedentes não assegura que o tratamento dispensado à matéria seja necessariamente o melhor, já que esse é um papel que cabe ao órgão jurisdicional no momento da construção do precedente, não ao intérprete e aplicador do caso paradigma. Contudo, assegura ao jurisdicionado tratamento condizente com a segurança e a previsibilidade inerentes ao Estado de Direito.

Ao assegurar o tratamento igualitário, também se garante o respeito à imparcialidade do juiz. A imparcialidade é inseparável da ideia de jurisdição: para que o exercício dessa função estatal seja legítimo, é imprescindível que a pessoa que irá julgar a causa guarde distanciamento das partes envolvidas no conflito e da questão litigiosa. A despeito da falta de previsão expressa na CRFB/1988, houve por bem o constituinte em prever, no artigo 95 da Carta, uma série de garantias e impedimentos dos juízes a fim de assegurar esse distanciamento.

O respeito aos precedentes e à jurisprudência assegura a imparcialidade na medida

em que impede o julgador de decidir, de forma díspar, casos iguais. *A contrario sensu*: caso permitisse tratamento desigual para casos iguais, o sistema possibilitaria a quebra de imparcialidade a partir do estímulo ao arbítrio. Não se deve, portanto, tolerar que o juiz ignore o que tribunais superiores já decidiram e, muito menos, desconheça o que ele mesmo decidiu sobre determinada matéria. A vinculação ao passado implica limitação da liberdade do julgador para decidir de forma discricionária (MARINONI, 2011, p. 175). Nesse jaez, não basta que se exija a devida fundamentação das decisões para assegurar a imparcialidade do juiz, já que é plenamente possível proferir uma decisão internamente coerente e racional, mas desconectada dos casos passados.

Para além da igualdade e da imparcialidade, o respeito ao passado se relaciona com a segurança jurídica. Segurança jurídica tem que ver com a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica, bem como a previsibilidade das consequências das condutas dos jurisdicionados, constituindo característica imprescindível do Estado de Direito (MARINONI, 2011, p. 121).

Muito embora a segurança jurídica não seja prevista textualmente na Carta de 88, em inúmeras passagens é possível verificar a sua adoção enquanto princípio fundamental na ordem vigente. A princípio a CRFB/1988 contempla a segurança como direito fundamental no *caput* do artigo 5º, juntamente com a vida, liberdade, igualdade e propriedade. Também é possível vislumbrar a segurança jurídica na proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CRFB/1988), na adoção do princípio da legalidade (art. 5º, II, CRFB/1988), do princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (art. 5º, XXXIX, CRFB/1988) e em matéria tributária (art. 150, I e III, alínea *b*, da CRFB/1988).

A segurança jurídica se relaciona, igualmente, com a noção de dignidade da pessoa humana, tendo em vista que coincide com as aspirações dos indivíduos, possibilitando, a partir da estabilidade das relações e da própria ordem jurídica, a elaboração e concretização de projetos de vida. Não há que se falar em dignidade quando os seres humanos sejam atingidos por um nível de incerteza jurídica que os impossibilite de confiar nas instituições sociais e estatais com o mínimo de tranquilidade (SARLET, 2007).

A relação da segurança jurídica com os precedentes e a jurisprudência é possível a partir da análise das suas características fundamentais, como a previsibilidade e a estabilidade.

Para que os cidadãos possam se comportar de alguma maneira ou esperar um determinado comportamento, é preciso que exista uma univocidade na qualificação das

situações jurídicas e a previsibilidade das consequências das suas ações. Assim, a previsibilidade demanda o conhecimento das normas com base nas quais as ações serão praticadas e qualificadas. Entretanto, essa previsibilidade resta prejudicada na medida em que há uma profusão de leis cujo completo conhecimento é impossível e ante a impossibilidade de a legislação regulamentar todos os aspectos da vida humana. De outro giro, ainda que se conheça as leis, a última palavra acerca da divergência na sua interpretação deve ser dada pela jurisdição, o que pode acarretar na aplicação de soluções diversas para situações similares.

Assim, para garantir o mínimo de previsibilidade, deve existir um corpo de leis coesas e coerentes e um conjunto de soluções uniformes a serem apresentadas pelo Judiciário para os casos concretos. Nesse ponto, a segurança jurídica se relaciona com a questão dos precedentes e da jurisprudência: respeitar os entendimentos fixados pelos tribunais garante a previsibilidade acerca das soluções empregadas pelo Judiciário, o que viabiliza, inclusive, o aconselhamento dos jurisdicionados sobre a qualificação jurídica das suas condutas e as consequências das suas ações e dos terceiros.

A segurança jurídica também pode ser vista sob o prisma da estabilidade. A ordem jurídica precisa de o mínimo de continuidade para que o Estado de Direito não seja provisório. Em nada adiantaria a continuidade do direito legislado ante a possibilidade de constante alternância de decisões judiciais sobre a mesma matéria. Decisões judiciais, enquanto manifestação do poder estatal, não podem ser desconsideradas sob pena de manifesta violação ao princípio da segurança jurídica (MARINONI, 2011, p. 130).

Outro aspecto a ser considerado quando da tutela da segurança jurídica é aquele relativo à proteção da confiança. Enquanto a segurança jurídica se relaciona com elementos objetivos da ordem jurídica, a proteção da confiança se conecta com componentes subjetivas da segurança, tais como a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos atos dos poderes públicos (CANOTILHO, 2002, p. 257). Assim, respeitar o posicionamento adotado pelos tribunais é tutelar a confiança dos jurisdicionados, garantindo-lhes o mínimo de certeza e previsibilidade.

Considerando que o respeito aos precedentes resulta maior previsibilidade das consequências jurídicas das condutas dos jurisdicionados, torna-se possível a orientação jurídica dos cidadãos acerca dos seus direitos. Isso possibilita a busca pela tutela jurisdicional, pelo exercício do legítimo direito de ação, ao mesmo passo em que desencoraja a provocação do Estado caso não haja plausibilidade no pedido. O conhecimento da lei e da doutrina por si só não possibilita ao profissional do direito garantir informação plena ao cidadão. É necessário

saber o que os tribunais vêm decidindo sobre determinada matéria, já que é do órgão jurisdicional a interpretação que prevalece no caso concreto. Assim, a percepção de que os tribunais decidirão conforme os precedentes e à jurisprudência assegura a orientação jurídica adequada.

O respeito aos precedentes e à jurisprudência também encontra respaldo no princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da CRFB/1988. Trata-se de princípio próprio da administração pública e que se estende à prestação jurisdicional enquanto função própria do Estado de Direito. Com efeito, esse é o sentido do enunciado ao mencionar “qualquer dos Poderes” como destinatários dos princípios ali elencados. No âmbito infraconstitucional, o princípio da eficiência encontra arrimo no artigo 8º do CPC/2015, que dispõe que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz observará a eficiência.

Eficiência consiste no dever de chegar ao melhor resultado com o uso da menor quantidade de recursos possível. Para que o processo seja efetivo, é necessário que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete, qual seja, o de concretizar o direito material. Assim, qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo eficiente à consecução desta finalidade.

Ao observar o entendimento fixado nos precedentes e na jurisprudência, evita-se o despendimento de recursos na busca por soluções para questões que já encontram respaldo em casos anteriores. Assim, novos casos similares demandarão menos recursos para serem solucionados, porquanto desnecessário revolver todos os argumentos já discutidos anteriormente. Também se torna mais eficiente a tutela de casos repetitivos, pois o cuidado na formulação da *ratio decidendi* permite a construção de um enunciado que facilmente responderá às novas questões trazidas ao Judiciário.

Outras facetas podem ser observadas a partir do respeito ao passado e que se relacionam, diretamente, com a eficiência. Primeiro, tem-se a maior previsibilidade das decisões. Conforme os tribunais enunciam seus posicionamentos sobre determinada matéria, espera-se que as novas questões sejam decididas naquele mesmo sentido. Por via de consequência, se desestimula a litigância e se favorece a realização de acordos. Evita-se, então, que parcela dos jurisdicionados se aventure em juízo, apostando na dispersão jurisprudencial para obter uma determinada solução que não encontra respaldo na jurisprudência. Com efeito, a busca pela jurisdição não pode ser uma empreitada incerta, como uma loteria (CAMBI, 2001, p. 112).

A circunstância acima retratada também possibilita relacionar o dever de observância aos precedentes e à jurisprudência com a razoável duração do processo. Trata-se de princípio insculpido no art. 5º da CRFB/1988, em seu inciso LXXVIII, que dispõe acerca da garantia tanto no âmbito judicial como no âmbito administrativo da razoável duração do processo. Processo com duração razoável é aquele que não possui dilações indevidas. Para tanto, deve o processo tramitar por tempo suficiente para que se solucione a controvérsia de direito material, sem que seja lento o suficiente de modo a prejudicá-lo ou rápido o bastante para prejudicar as garantias processuais fundamentais (TUCCI, 2011, p. 206). Ora, se os tribunais inferiores se encontram adstritos ao entendimento firmado pelos superiores, é possível a limitação do acesso a tais cortes, abreviando o trâmite processual e impedindo a sucessiva interposição de recursos.

A despeito da previsão destes princípios que, em tese, estimulariam a observância aos precedentes e à jurisprudência, o que se tem, na realidade, é um cenário de ampla dispersão jurisprudencial. Essa circunstância decorre do fato de o ordenamento jurídico brasileiro ser ambiente fértil para a proliferação de múltiplas decisões sobre uma mesma matéria.

A princípio, o dissenso é ocorrência normal na experiência forense, sobretudo pela sua natureza dialética do discurso jurídico. Assim, não raro as divergências e a pluralidade de entendimentos são verificadas tanto na doutrina como na jurisprudência (MANCUSO, 2010, p. 157). Ademais, o dissenso possibilita, inclusive, a evolução do direito, a partir da sua construção jurisprudencial em consonância com as mudanças sociais e sem que haja necessidade de alteração na legislação (WAMBIER, 2012).

De um lado se preza pela uniformização, integridade, estabilidade e coerência. De outro a natureza do discurso jurídico e a necessidade de acompanhar as mudanças sociais demandam uma maior adaptabilidade. Assim, ponderar entre estabilidade e adaptabilidade é imprescindível quando se trata de dispersão e uniformização jurisprudencial.

A priori, pode-se atribuir a dispersão jurisprudencial aos ambientes decisórios frouxos. Ambiente decisório é “a área de direito material ou substancial, com seus princípios e regras, em que o conflito deve ser resolvido” (WAMBIER, 2012, p. 53). Existem situações em que a natureza da questão controvertida demanda um espaço maior de discricionariedade do juiz para decidir, ampliando-se a flexibilidade e sacrificando-se a certeza. De outra banda, existem hipóteses em que a certeza é mais desejável que a flexibilidade. A diferença entre esses ambientes é que caracterizará o ambiente decisório frouxo ou flácido e um ambiente decisório rígido e, conseqüentemente, o âmbito em que a tarefa uniformizadora será mais ou menos

delicada.

Contudo, a dispersão jurisprudencial se relaciona com as dificuldades inerentes à atividade interpretativa (MANCUSO, 2010, p. 162), sendo algo previsível que demanda a criação de instrumentos para sua solução/contenção.

A primeira dificuldade reside no preenchimento do sentido de normas jurídicas que possuem conceitos que são informados pelas demais áreas do saber, como as ciências exatas. Como exemplo, pode-se mencionar o conceito de “meio ambiente” constante do art. 3º da Lei n. 6.938/81 que versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (MANCUSO, 2010, p. 158).

Também existem as chamadas normas de conteúdo aberto ou indeterminado, em que o legislador entrega ao intérprete e aplicador uma ampla margem para atribuição de sentido, a exemplo da expressão “moralidade administrativa” presente no art. 5º, LXXIII da CRFB/1988. As normas de encerramento também possibilitam ao aplicador uma ampla margem interpretativa, como a expressão “e outros interesses difusos e coletivos” previstos no art. 129, III da CRFB/1988 (MANCUSO, 2010, p. 158-159).

Essa técnica legislativa repercute, inclusive, na lei processual a partir da incorporação das chamadas cláusulas gerais processuais. As cláusulas gerais processuais são dispositivos com grande amplitude semântica a fim de possibilitar, ao órgão jurisdicional, a devida adequação à controvérsia de direito material envolvida. Essa é a relação que deve existir entre direito material e direito processual: uma relação circular, de interdependência, na qual o direito material influencia a criação das normas de direito processual ao passo em que o direito processual serve à concretização do direito material. (BEDAQUE, 2003; CARNELUTTI, 1960). Tais normas consistem em verdadeira “concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva” (WIEACKER, 2004, p. 546).

De mais a mais, ainda que determinado entendimento tenha sido consolidado na jurisprudência ou esteja consubstanciado em enunciado de súmula, o labor interpretativo ainda deve ser exercido. O intérprete e aplicador possui margem para interpretar o texto sumular e a *ratio decidendi* dos julgados que consubstanciam determinado entendimento jurisprudencial a fim de aplicá-lo ao caso sob julgamento como, a propósito, determina o próprio CPC/2015 em seu artigo 489, §1º, V⁴.

⁴ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
(...)

É bem verdade que as escolhas dos intérpretes demandam justificativas. É dizer: a legitimidade das decisões judiciais depende da sua racionalidade e da sua justificação. A racionalidade se relaciona com a capacidade de se demonstrar a conexão com o sistema jurídico e, ainda, a argumentação utilizada para fundamentar a opção pela interpretação possível. A justificação, por sua vez, consiste na necessidade de se explicitar as razões pelas quais uma interpretação foi escolhida dentre as várias possíveis. (BARCELLOS, 2005, 41). Entretanto, não basta que a decisão seja bem fundamentada para que se observem os deveres consubstanciados nos princípios anteriormente elencados. É preciso mais.

Fica claro, nesse ponto, que a análise sob a perspectiva da rigidez do ambiente decisional toca na questão interpretativa: as técnicas que ensejam as maiores dificuldades hermenêuticas e, conseqüentemente, maior dispersão jurisprudencial, são corriqueiramente empregadas em ambientes decisórios frouxos.

Independentemente do viés adotado na interpretação da dispersão jurisprudencial, não é possível deixar de reconhecer que esta tem consequências nocivas para o sistema de justiça e em algumas hipóteses são absolutamente injustificáveis (MANCUSO, 2010, p. 165). Inúmeras são as possibilidades: divergência nas hipóteses em que já há entendimento consolidado nos tribunais sobre a matéria; quando não tenha ocorrido nenhuma mudança nas fontes substanciais ao tempo da elaboração da norma jurídica; quando se tolera pluralidade de demandas coletivas sobre um mesmo tema, a exemplo da ação popular e da ação civil pública, que podem resultar em decisões diversas; quando demandas de ordem coletiva são atomizadas em um sem-número de ações individuais; quando os próprios órgãos responsáveis pela uniformização de entendimento divergem entre si (LEITE; JOSINO, 2011), dentre tantas outras.⁵

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

(...)

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

⁵ No mesmo sentido: “Evidentemente, esse fenômeno é algo normal no exercício da jurisdição em primeiro grau. Anormal é que a divergência judicial perpassasse os tribunais, órgãos colegiados concebidos para dar trato algo mais qualificado às questões julgadas em primeiro grau. Anormal é que a divergência dos juízes de primeiro grau seja fundamentada em acórdãos conflitantes de colegiados de um mesmo tribunal, como se não existisse ali órgão uno, mas aglomerado de sobrejuízes com competências individuais autônomas, o que contraria o princípio constitucional da colegialidade dos tribunais.

Vale dizer, normal é a jurisprudência dos tribunais orientar a atuação dos juízes inferiores. Anormal é os tribunais oferecerem o insumo da imprevisibilidade e da insegurança jurídica para os magistrados inferiores e a sociedade em geral.” (DANTAS, 2011, p. 65)

Em atenção a essa circunstância é que o ordenamento jurídico pátrio inovou substancialmente com a nova lei processual.

3.2 A função jurisdicional e os deveres de uniformização, integridade, estabilidade e coerência

Para além do suporte constitucional para a observância do passado, o sistema brasileiro contemplou na ordem infraconstitucional uma série de deveres dos tribunais com relação os seus julgados. O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) preconizou no artigo 926, que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la íntegra, estável e coerente⁶.

O primeiro dever consubstanciado no artigo 926 é o de uniformização jurisprudencial. Manter a jurisprudência uniforme consiste na obrigação que o Tribunal possui de não se omitir ante a divergência entre seus órgãos fracionários sobre uma mesma questão. Nesse sentido, cabe ao tribunal resolver a divergência e uniformizar o entendimento sobre o tema. Deste dever de uniformização decorrem outros dois, consubstanciados nos parágrafos do artigo 926.

Primeiro, o dever de editar enunciados de súmula correspondentes à sua jurisprudência dominante, sintetizando os posicionamentos já consolidados no Tribunal (§1º). Em seguida, determina o Código que a edição da súmula deve considerar os aspectos fáticos dos precedentes que ensejaram a sua criação (§2º). A ideia, neste ponto, é evitar a elaboração de enunciados de súmula que somente contenham tese jurídica descolada das circunstâncias fáticas que determinaram a sua elaboração, respondendo a um “problema histórico dos enunciados das súmulas criados de forma abstrata, sem referência aos precedentes que levaram à sua conformação” (ZANETI JUNIOR., 2014, p. 380).

O dever de estabilidade consiste na manutenção dos entendimentos jurisprudenciais já consolidados nos tribunais. Trata-se de dever que está intimamente relacionado com a segurança jurídica, afinal tutela-se a previsibilidade e a confiança dos jurisdicionados. O dever

⁶ 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.

de estabilidade impõe ao órgão jurisdicional o ônus argumentativo de justificar qualquer mudança de posicionamento, devendo ocorrer apenas em casos excepcionais.

Decorre do dever de observância aos posicionamentos já consolidados a noção de inércia argumentativa (ATAÍDE JUNIOR, 2014). A inércia argumentativa estabelece uma forte carga argumentativa ao sujeito do processo que pretende afastar entendimento já consolidado pelo Tribunal, cabendo ao interessado na superação do precedente justificá-lo ou, ainda, indicar os motivos para o seu afastamento a partir da distinção do caso sob julgamento. Por outro lado, se mitiga o ônus argumentativo daquele que advoga a tese consubstanciada no entendimento do Tribunal ou ao juiz que deseja julgar de acordo com os precedentes.

Bem vistas as coisas, o princípio da inércia argumentativa restou contemplado pelo CPC/2015, ao passo que estabeleceu ao órgão jurisdicional o dever de qualificar a sua fundamentação⁷ quando diante de hipótese de superação do precedente (art. 489, *caput* e §1º, VI, CPC/2015). Por outro lado, àquele que deseja decidir conforme anteriormente, coube apenas e tão somente o dever de identificar os fundamentos determinantes e o ajuste do caso concreto ao precedente (art. 489, §1º, V, CPC/2015).

Os dois últimos deveres previstos no artigo 926 são de integridade e coerência. O projeto original do Código de Processo Civil de 2015, oriundo do Senado, dispunha apenas que a jurisprudência guardasse “estabilidade”. Por sugestão de Lênio Streck e com a concordância da comissão de especialistas responsáveis pela elaboração e discussão do Código, o Relator Deputado Paulo Teixeira incluiu no texto do Código os deveres de coerência e integridade. Tais deveres são de há muito contemplados por Streck (2014) no âmbito da principiologia constitucional, dentre os cinco princípios que devem ser observados quando da decisão judicial, sob explícita influência de Dworkin (2003; 2007) e MacCormick (2005). Assim, o ponto de partida para a análise do dispositivo será a perspectiva do autor mencionado.

Haverá coerência quando os mesmos fundamentos (preceitos e princípios) aplicados em uma decisão forem aplicados para casos idênticos. Coerência está conectada com

⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

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

(...)

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

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

a consistência que as decisões de casos semelhantes devem guardar entre si (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016).

Didier (2015b, p. 390-391) subdivide o dever de coerência, apontando pelo menos dois aspectos em que esta pode ser observada. No primeiro aspecto, tem-se a coerência em sua dimensão formal, ligada à ideia de não-contradição, e a dimensão substancial, que consiste na conexão positiva de sentido. Também o autor menciona a coerência na sua dimensão interna, que consiste no dever de atenção, pelo Tribunal, à linha evolutiva do desenvolvimento da sua jurisprudência, seja quando do julgamento de caso semelhante (dever de observância) ou de caso distinto (dever de distinção). Na dimensão externa, a coerência está relacionada ao desenvolvimento judicial do direito, vez que a partir da atuação dos tribunais, há uma formação de uma cadeia de decisões, que dialogam entre si e dão densidade às normas construídas a partir de casos concretos. Assim, coerência se relaciona com o dever de diálogo com as decisões anteriores.

O dever de coerência faz par com o dever de integridade. A integridade demanda a construção argumentativa dos fundamentos das decisões de forma integrada a todo o conjunto do Direito⁸, evitando assim arbitrariedades e decisões voluntaristas (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016). Nesse ponto, o CPC/2015 positivou a ideia consubstanciada na teoria de Ronald Dworkin (2003, p. 275-277) do Direito como integridade. Para o autor, a construção judicial do Direito é um romance em cadeia, cabendo a cada julgador escrever um capítulo, sem deixar de dialogar com o capítulo anterior, a fim de que a história possua coerência.

A despeito da explícita inspiração na teoria de Dworkin, a doutrina tem construído interpretações para o dispositivo que, nem sempre, se restringem à teoria do autor. Didier (2015b, p. 395-396) indica que, para decidir com integridade, o Tribunal deve adotar uma série de posturas. Primeiro, deve decidir em conformidade com o Direito em toda sua complexidade (normas constitucionais, legais, administrativas, negociais, precedentes e afins), não sendo possível a utilização de argumentações arbitrárias e voluntaristas, que consideram apenas o que de interesse do julgador. Também existe o dever de observância à Constituição Federal,

⁸ O conceito de integridade adotado por Streck, Nunes e Cunha (2016) se assemelha ao que Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) entendem por coerência. Para estes, a coerência serve para que se possa aferir o a racionalidade do resultado da atividade interpretativa, isto é, uma conexão que “denote um suporte circular, complexo e gradual entre as normas: deve haver consistência e completude no plano formal e dependência recíproca e comunidade de elementos no plano substancial” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 871). Essa confusão denota a simbiose dos conceitos de integridade e coerência, que se fundam, sobretudo, nas noções de igualdade e segurança jurídica anteriormente explicitadas.

porquanto fundamento de todas as demais normas jurídicas. Observar a integridade é, ainda, considerar toda a unidade do ordenamento jurídico, considerando-o um sistema de normas e não um amontoado delas. Em seguida, menciona o autor a necessidade de observância da relação entre direito processual e direito material, já que a conexão entre as normas robustece a fundamentação das decisões judiciais. Por fim, fala-se na necessidade de enfrentar, na formação do precedente judicial, todos os argumentos favoráveis e contrários à tese jurídica discutida, a fim de qualificar a decisão judicial que servirá de paradigma para casos futuros.

3.3 O controle (solução/contenção) de dispersão jurisprudencial no Código de Processo Civil de 2015

Não foi o suficiente o Código de Processo Civil dispor sobre a necessidade de uniformização da jurisprudência e sobre a obrigação dos tribunais de mantê-la íntegra, estável e coerente. Na tentativa de concretizar a Constituição e o disposto na legislação infraconstitucional, houve por bem o legislador instrumentalizar esses deveres a partir da incorporação de um rol de pronunciamentos que devem ser observadas pelos juízes e tribunais. Essas decisões qualificadas constam do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, que pode ser considerado elemento-chave para compreensão do atual modelo de solução e contenção da dispersão jurisprudencial do direito brasileiro⁹.

3.3.1 Decisões proferidas em controle de constitucionalidade

O artigo 927, I, do CPC/2015 determina a vinculação das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, isto é, oriundas do julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de

⁹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

Preceito Fundamental. Trata-se de dispositivo que, a princípio, não teria condão de despertar maiores divergências, afinal a Constituição determina em seu artigo 102, §2º que tais ações produzirão efeito vinculante relativamente aos órgãos do Judiciário e da administração pública direta e indireta¹⁰.

Contudo, a interpretação desse dispositivo não é pacífica. De um lado, há quem entenda que a vinculatividade a que se refere o artigo é aquela decorrente da interpretação estrita da Constituição, ou seja, vinculante é o dispositivo do acórdão de julgamento das ações constitucionais que são acobertadas pela coisa julgada (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016; NERY; NERY, 2015). Para os autores, essa é a interpretação que melhor se coaduna com a aplicação de precedentes nos moldes do *stare decisis*. Fundamentam seu posicionamento no sentido de que a leitura do artigo 927 deve se dar à luz da Constituição, que por sua vez não admite outra forma de vinculação que não aquelas expressamente previstas em seu texto.

A parte dispositiva do acórdão é o comando final que acolhe ou rejeita a pretensão de direito material do autor. Fundamentação, por seu turno, é o conjunto de razões pelas quais esses pleitos são acolhidos ou rejeitados, isto é, que levaram àquele desfecho. Não se poderia então atribuir efeito vinculante à fundamentação da decisão tomada em controle de constitucionalidade ante a ausência de previsão legal. O Código de Processo Civil de 2015 prevê, em consonância com os diplomas anteriores, a vinculação externa do dispositivo do julgado, e não dos seus motivos determinantes (art. 504, I, CPC/2015¹¹, que manteve redação idêntica ao seu equivalente art. 469, I, CPC/1973). Já que “a solução pratica do caso é aquela contida no decisório e não nos fundamentos, é ela que deve tornar-se imutável e não as eventuais tomadas de posição sobre temas teóricos e conceituais” (DINAMARCO, 2007, p. 213).

Com efeito, esse é o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 3014/SP (Pleno, rel. Min. Ayres Britto, julgado em 10.03.2010, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 21.05.2010), oportunidade em que o Tribunal decidiu não atribuir efeitos irradiantes aos fundamentos determinantes das decisões tomadas em controle

¹⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹¹ Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

concentrado de constitucionalidade.¹²

De outro, há quem entenda que a vinculatividade a que se refere o dispositivo é aquela da *ratio decidendi* do julgamento daquelas ações (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 464; CÂMARA, 2016, p. 442; MEDINA, 2016, p. 1.325), sendo este, inclusive, o teor do enunciado n. 168 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.¹³ Para os partidários desta corrente, a vinculação a que se refere o inciso I do artigo 927 não poderia se referir ao dispositivo da decisão proferida em controle de constitucionalidade, mas aos seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*).

É que a vinculação do dispositivo da decisão já decorre de expressa previsão constitucional e infraconstitucional, inclusive anteriores ao CPC/2015. Essa vinculação emana apenas e tão somente da necessidade de respeito à coisa julgada *erga omnes* prevista do artigo 105, §2º da CRFB/1988 e dos artigos 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99¹⁴ e do art. 10, §3º, da Lei n. 9.882/99¹⁵. Outro argumento é que a natureza da vinculação presente no artigo 927 é diversa daquela dos dispositivos supramencionados, sendo obrigatória a observância por ser um precedente qualificado como tal, não em virtude de formação da coisa julgada.

Assim, ao proferir julgamento em sede de controle de constitucionalidade, o poder público se encontra vinculado à decisão em virtude da coisa julgada. Essa coisa julgada é *erga omnes ex lege*. De outro lado, a leitura da decisão enquanto precedente obrigatório é diversa da sua leitura enquanto coisa julgada. Dessa forma os demais órgãos do Judiciário se vinculam não apenas à coisa julgada (*erga omnes*), mas aos seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) quando do julgamento de casos futuros.

¹² No mesmo sentido, inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal: Reclamação n. 3249-AgRg/RN, Relator Ministro Dias Toffoli; Reclamação 6204-AgRg/AL, Relator Ministro Eros Grau; Reclamação n. 6319-AgR/SC, Relator Ministro Eros Grau; Reclamação n. 9.778-AgRg/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski; Reclamação n. 11.831-AgRg/CE, Relatora Ministra Carmen Lúcia; Reclamação n. 14.098/TO, Relator Ministro Roberto Barroso; Reclamação n. 14.111/DF, Relator Ministro Teori Zavascki; Reclamação n. 14.391/MT, Relatora Ministra Rosa Weber.

¹³ 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.

¹⁴ Art. 28. (...)

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

¹⁵ Art. 10. (...)

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Para que se entenda melhor a divergência pode-se citar a título exemplificativo o possível julgamento de uma ADI intentada em face de lei estadual de São Paulo que proíba a prestação de serviço de transporte por aplicativo de dispositivo móvel. Caso o STF entenda que a lei estadual é inconstitucional por versar sobre transporte (matéria de competência privativa da União, consoante art. 22, XI da CRFB/1988) e não sobre consumo (competência concorrente de União, Estados e DF, conforme art. 24, V da CRFB/1988), caberá a todos os entes observarem tal lei (eficácia *erga omnes*). Entretanto, por ocasião de julgamento de ADI futura e similar, em face de lei do Maranhão, os motivos determinantes daquela decisão (*ratio decidendi*) deverão ser observados e a conclusão deverá ser semelhante (observância do precedente).

O autor desta pesquisa se filia à primeira corrente, segundo a qual a vinculação estabelecida na decisão de controle de constitucionalidade é aquela relativa ao dispositivo do julgado, não à sua *ratio decidendi*. A uma, por ser esse o entendimento de há muito fixado pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo possível crer que o Código de Processo Civil tenha superado o entendimento da Suprema Corte sobre matéria constitucional. Para além disso, o Código de Processo Civil deve ser interpretado à luz da Constituição, e não o contrário, sendo esta, inclusive, a dicção do primeiro artigo da nova lei processual¹⁶. Por fim, há especial dificuldade no estabelecimento dos motivos determinantes das decisões proferidas em órgãos colegiados, sobretudo quando o julgamento não é unânime e há divergência quanto aos fundamentos das decisões. A essa questão, em especial, será dedicado item específico no último capítulo desta dissertação.

3.3.2 Os enunciados de súmula vinculante e demais enunciados de súmula do STF e do STJ

As súmulas foram inseridas no sistema jurídico brasileiro a partir da Emenda ao Regimento do Supremo Tribunal Federal publicada em agosto de 1963, por influência da obra do então Ministro Victor Nunes Leal. Elas constituem um conjunto de enunciados que sintetizam o entendimento dos tribunais ou de órgãos fracionários sobre determinado tema a partir do julgamento de recursos ou ações originárias (DANTAS, 2008, p. 181).

¹⁶ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Existem duas espécies de enunciados de súmula: os enunciados persuasivos e os enunciados vinculantes. Os enunciados de súmula eram meramente persuasivos e serviam, tal como os assentos, para que se conhecesse o posicionamento consolidado nos tribunais, evitando, assim, divergência na aplicação das leis. Com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 instituiu-se a possibilidade de vinculação dos enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal a partir da inserção do artigo 103-A no texto maior¹⁷. No âmbito infraconstitucional, a súmula vinculante foi regulamentada pela Lei n. 11.417/2006. O enunciado de súmula vinculante possui rito peculiar para sua elaboração, revisão e cancelamento, bem como requisitos específicos, tais como a controvérsia sobre matéria constitucional atual que gere risco de multiplicação de processos e insegurança. Ademais, esse enunciado de súmula vincula não só aos juízes como a administração pública direta e indireta.

Assim, no que diz respeito as súmulas vinculantes, o CPC/2015 redundava ao afirmar a sua vinculação (art. 927, II), vez que prevista constitucionalmente. Inova, contudo, ao equiparar as súmulas simples em matéria constitucional (STF) e infraconstitucional (STJ), originalmente não vinculantes, às vinculantes do artigo 103-A da CRFB/1988, sem que para elas tenham sido observados os mesmos ritos e rigores destas (art. 927, IV). Nesse sentido, há autores que apontam uma possível inconstitucionalidade desse dispositivo do CPC/2015 (STRECK; NUNES; CUNHA; 2016).

Como mencionado alhures, os enunciados de súmula consolidam o entendimento dos tribunais ou de órgão fracionário sobre determinada matéria. Nesse sentido, importante que, no momento da sua aplicação, seja feito um exame dos motivos determinantes que ensejaram a sua elaboração. É nesse ponto que os precedentes e as súmulas se aproximam: para que exista a súmula, necessária a preexistência de decisões anteriores sobre a matéria a ser contemplada pelo enunciado. É a existência de precedentes que autoriza a edição da súmula. De outro lado,

¹⁷ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

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

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

súmula não se confunde com precedente na medida em que aquela é elaborada a partir de procedimento distinto do que ensejou o precedente, este sendo um resultado do processo judicial.

Uma vez elaborado, o enunciado ganha relativa autonomia e vinculatividade próprias, estando sujeito a interpretações das mais diversas (MACÊDO, 2015, p. 475). Para que se extraia o melhor sentido do enunciado, é necessária a análise dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) que ensejaram a sua elaboração, com o exame dos casos pretéritos que serviram de norte para a concepção do texto.

Por uma questão lógica, o enunciado não poderia se desprender do posicionamento jurisprudencial consolidado que ensejou a sua elaboração. Tem-se um problema, contudo, quando na própria elaboração dos enunciados de súmula os fundamentos determinantes dos precedentes que ensejaram a sua criação não são contemplados. Veja-se, a título exemplificativo, os enunciados números 622, 625 e 626 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, que em pesquisa desenvolvida por Leonardo Greco (2004, p. 44-54) ficou demonstrado não corresponderem aos acórdãos paradigmas. No mesmo sentido, o enunciado n. 3 da súmula vinculante denota problema na sua elaboração: em três dos quatro precedentes utilizados para a sua elaboração, a matéria sumulada foi contemplada apenas como *obiter dictum* (MELLO, 2008, p. 166-173).

Também há que se refletir acerca da compatibilidade entre a metodologia das súmulas e os precedentes vinculantes nos moldes da doutrina do *stare decisis*.

A princípio, é possível argumentar que a súmula pode servir como forma de elucidar a *ratio decidendi* em hipótese em que esta seja indecifrável ou de difícil extração, havendo plena compatibilidade entre as súmulas e os precedentes obrigatórios. Para a hipótese de a *ratio decidendi* ressaír de forma cristalina da decisão, a súmula é absolutamente desnecessária (MARINONI, 2011, p. 85; WOLKART, 2012, p. 292-294). De outro lado, argumenta-se que a questão relativa à dificuldade na extração da *ratio decidendi* decorre da própria falta de cuidado dos tribunais em decidir de forma a criar um paradigma. De mais a mais, a própria legislação processual já enumera as espécies de decisão judicial que seriam vinculantes, sendo dispensável – caso os tribunais cuidassem para a elaboração cuidadosa de seus acórdãos – resumir o entendimento fixado em enunciados.

Assim, tem-se um sistema redundante: o precedente é criado quando do julgamento de determinadas matérias que, por lei, vinculam os demais órgãos jurisdicionais. Não sendo o

suficiente, sumula-se o entendimento em enunciado que, acaso interpretado de forma apartada da *ratio decidendi*, pode levar exatamente a decisão diversa do entendimento consolidado no precedente. Ante a necessidade de interpretação da *ratio decidendi*, imprescindível retornar aos precedentes que ensejaram a elaboração do enunciado, não havendo, em termos práticos, simplificação alguma.

Outro ponto passível de crítica diz com a omissão do CPC/2015 quanto a vinculatividade das súmulas elaboradas pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais. Essa prática – a elaboração de enunciados por essas Cortes – não é incomum e é, inclusive, encorajada pela nova lei processual, que assim dispõe no artigo 926, §1º. Não se pretende manifestar, aqui, concordância com o sistema de vinculação das súmulas contemplado pelo CPC/2015. Ponderações sobre a constitucionalidade da medida à parte, contribuiria para a lógica do sistema se a lei processual tivesse contemplado a vinculação dos enunciados dos demais tribunais, sobretudo quando há a possibilidade de estes darem a última palavra sobre a questão posta sob apreciação. Sobretudo nos casos em que não cabe recurso para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, que é quando os TJs e TRFs dão a palavra sobre a controvérsia. Logo, devem os tribunais “observar” as súmulas por eles elaboradas, tendo o artigo 927 permanecido silente sobre estas.

3.3.3 Recursos extraordinário e especial repetitivos

O recurso extraordinário e o recurso especial são recursos excepcionais que estão previstos na Constituição de 1988, em seus artigos 102, III¹⁸ (extraordinário) e 105, III

¹⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

(especial).¹⁹ Anteriormente à Constituição de 1988, só existia o recurso extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal Federal. A finalidade deste recurso pré-1988 era assegurar “a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais” (MOREIRA, 2011, p. 581). Com o advento da Carta de 1988 e a criação do Superior Tribunal de Justiça, cindiu-se a matéria antes relegada ao recurso extraordinário. A este se destinou o debate acerca de questões constitucionais, enquanto as demais passaram a ser suscitadas pelo recurso especial, de competência do recém-criado tribunal.

Os recursos extraordinário e especial não ensejam um reexame da causa em sua inteireza, tal como oportunizado pelo recurso de apelação. Nesses recursos excepcionais o que se discute são questões de direito e, especialmente, de direito federal (constitucional e infra). Isso não quer dizer que os fatos não sejam analisados em sede de recursos excepcionais, já que não é possível falar sobre aplicação de normas jurídicas sem falar dos fatos sobre os quais estas incidem (MACEDO, 2015, p. 494). O que se veda, no julgamento dos recursos excepcionais, é a revisão da versão dos fatos que foi acolhida nas instâncias ordinárias, sendo este, inclusive, o teor das súmulas n. 7 do STJ²⁰ e 279 do STF.²¹

Tampouco se poderia falar em distanciamento das matérias de fato quando o julgamento realizado em sede de recursos especiais e extraordinários, por firmarem tese sobre questão federal, têm o condão de servirem de paradigma para casos futuros e similares. Nesse sentido, imprescindível a análise das questões de fato para que se possibilite aplicação analógica do quanto decidido pelos tribunais superiores aos novos casos sob exame dos órgãos jurisdicionais, oportunidade em que se possibilita o efetivo cotejo analítico entre o caso e o precedente.

Ante a multiplicidade de recursos excepcionais que chegavam aos tribunais

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

¹⁹ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

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

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

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

²⁰ Súmula n. 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial

²¹ Súmula n. 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

superiores se instituiu, no Brasil, a sistemática do julgamento de recursos repetitivos. Trata-se técnica de tutela pluri-individual, a fim de racionalizar o julgamento dos recursos extraordinário e especial no âmbito do STF e do STJ. Essas reformas foram levadas a cabo pelas Leis n. 11.418/2006 e 11.472/2008, que inseriram os artigos 543-B e 543-C ao CPC/1973. O regime de julgamento dos recursos repetitivos foi mantido no CPC/2015, em seus artigos 1.036 a 1.041.

Havendo multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais sobre uma mesma matéria de direito, estes serão afetados para julgamento. Caberá ao presidente ou vice-presidente do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhar ao STF ou STJ para julgamento, ao passo em que determinará a suspensão de todos os processos em trâmite que versem sobre essa matéria. Esses recursos são selecionados a partir da sua abrangência e capacidade de contemplar os argumentos relevantes para ambos os lados da controvérsia. Uma vez selecionados os recursos, o relator proferirá decisão de afetação, que contemplará inúmeros itens, a saber: a identificação precisa da questão controvertida, suspensão de todos os processos que versem sobre a matéria e, caso necessário, poderá solicitar aos tribunais mais recursos representativos da controvérsia.

Uma vez julgados os recursos repetitivos, o Tribunal publicará acórdão paradigma, fixando tese a ser observada no julgamento de todos os recursos sobrestados. Assim, busca-se criar um determinado precedente que deverá ser observado pelos demais juízes e tribunais ao se depararem com a matéria. Eis aí decisão à qual o artigo 927, III, atribuiu efeito vinculante. Trata-se de precedente que tem rito próprio para sua formação, a partir de contraditório ampliado, com realização de audiências públicas e possibilidade de participação de *amicus curiae*.

A despeito de constituir um sistema bem concebido para solução de recursos repetitivos, a vinculação do acórdão proferido quando do julgamento de recursos especial e extraordinário não é imune a críticas. A primeira delas se relaciona com a possível inconstitucionalidade do dispositivo, dada a ausência de previsão constitucional acerca da vinculação dessa categoria de decisão judicial (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016; NERY; NERY 2015).

Também há de se questionar a eficiência do sistema de recursos repetitivos, sobretudo quando o julgamento processos com repercussão geral mitigam o princípio da razoável duração do processo. Em recente conferência, o Ministro Luis Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, estimou que a Corte demoraria doze anos para julgar todo o estoque de processos com repercussão geral reconhecida, que somavam 330 (trezentos e trinta) à época

em que veiculou sua exposição (BARROSO, 2014). O Ministro Marco Aurélio Mello, já em 2012 alertava sobre a incapacidade do STF para examinar a quantidade de recursos extraordinários que tramitavam na Corte (MELLO, 2012).

Por fim, a construção do precedente a partir de julgamento de recursos repetitivos é considerada apenas um paliativo ao problema da inobservância, pelas instâncias inferiores, dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que têm por função, respectivamente, a uniformização de interpretação de lei federal e a guarda da Constituição (MARINONI, 2011, p. 497). Assim, ao instituir técnica de julgamento que resulta em uma categoria das decisões que devem ser observadas, se possibilita a interpretação *a contrario sensu* no sentido de que as demais decisões do STJ e STF não são vinculantes.

3.3.4 Os incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é uma técnica de solução coletiva de conflitos incorporada pelo CPC/2015 a fim de racionalizar a solução de demandas de massa. Trata-se de instituto novo, *sui generis*, contemplado no Capítulo VIII, do Título I do Livro Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões, dos artigos 976 a 987.

Demandas repetitivas são uma constante no sistema processual brasileiro. Por diversas vezes o órgão jurisdicional é instado a se manifestar sobre idêntica matéria, apenas porque as partes são distintas. Isso se dá, sobretudo, porque a coisa julgada se restringe aos sujeitos envolvidos no conflito, não beneficiando quem se encontra em igual situação. Assim, terceiros não são favorecidos pelas decisões proferidas em demandas individuais, o que enseja a propositura de inúmeras outras ações.

Essa multiplicidade de demandas, como é sabido, gera inúmeros problemas para o sistema de justiça. Dentre eles, a dispersão jurisprudencial: casos idênticos são tratados de forma distinta, em frontal violação à isonomia, segurança jurídica, eficiência, dentre outros princípios já expostos anteriormente. Assim é que a nova ordem processual civil, com inspiração em modelos estrangeiros, concebeu o IRDR a fim de lidar com o fenômeno da litigiosidade repetitiva. Soma-se, então, à sistemática do julgamento de recursos repetitivos (item *supra*) enquanto mecanismo de resolução de demandas de massa.

O artigo 976²² do CPC/2015 estipula os requisitos para instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. Inicialmente, o IRDR somente é cabível quando houver controvérsia sobre uma “mesma questão” em uma grande quantidade de processos (art. 976, I, CPC/2015). Não basta, nesse particular, que as questões sejam semelhantes. Deve haver completa identidade entre elas, a fim de que a solução encontrada quando do julgamento do incidente seja uniformemente aplicável a todos os casos relacionados (MEDINA, 2016).

Outro requisito a ser observado é a questão debatida no IRDR seja “unicamente de direito” (art. 976, I, CPC/2015). É difícil, *a priori*, imaginar uma questão que seja unicamente de direito, porquanto a construção de normas jurídicas esteja relacionada com a solução de conflitos que ocorrem no plano dos fatos. O que intenta o legislador com essa exigência é delimitar o debate no incidente à fixação de determinada tese jurídica, não com a discussão sobre como ocorreram os fatos. Nesse ponto, assemelha-se ao regime de julgamento dos recursos excepcionais, em que não se rediscute a versão dos fatos constante dos autos, mas a tese jurídica relativa à controvérsia.

Por fim, a lei processual estabelece que somente caberá o IRDR quando houver efetiva repetição de processos que contenham a controvérsia e que ofereçam riscos de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. A lei, nesse tocante, utilizou expressões amplas e que podem dificultar o preenchimento desse requisito. Rigorosamente, solucionados dois ou mais casos de forma diversa, já há risco à isonomia. Daí a necessidade de se interpretar o risco à isonomia em conjunto com a segurança jurídica: caso a controvérsia não seja solucionada logo, via IRDR, pode-se criar um ambiente de instabilidade na ordem vigente (MEDINA, 2016). Deve-se ressaltar que não há necessidade de ofensa concreta à isonomia ou à segurança jurídica, bastando que se ponha em risco esses valores (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 913).

O IRDR pode ser suscitado de ofício pelo juiz ou relator da causa em que a questão surja, bem como pelas partes, Ministério Público e Defensoria Pública, a teor do artigo 977 do CPC/2015²³. Ao suscitá-lo, o legitimado deve demonstrar, cabalmente, a existência da

²² Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

²³ Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

multiplicação das demandas e em que medida essa circunstância oferece risco à isonomia e à segurança jurídica (artigo 977, parágrafo único, CPC/2015).

Uma vez julgado o IRDR, a conclusão adotada pelos julgadores será necessariamente aplicada em todos os processos individuais ou coletivos que tratem sobre a matéria, em trâmite ou futuros, limitando-se à área de jurisdição do tribunal que julgou o incidente, inclusive nos juizados especiais. Esse é o teor do artigo 985 do CPC/2015²⁴, que faz par com o artigo 927, III, que atribui o *status* de precedente obrigatório à decisão do IRDR.

Como as demais hipóteses do artigo 927 do CPC/2015, o IRDR não está imune a críticas. A doutrina aponta quatro motivos pelos quais o IRDR poderia ser considerado inconstitucional. Inicialmente, por violação da independência funcional dos juízes e separação dos poderes, tendo em vista a vinculação destes à tese jurídica fixada no incidente do qual não participaram. Também é possível suscitar violação ao contraditório (art. 5º, LV, CRFB/1988), já que os sujeitos interessados no deslinde do IRDR não podem excluir-se do incidente, estando vinculados, mesmo contra sua vontade, à tese ali sedimentada. A violação ao sistema dos juizados especiais também é um ponto de crítica, já que estes se submetem à decisão proferida no IRDR (art. 985, I, CPC/2015), mesmo não havendo vínculo de subordinação entre juizados especiais e Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Também é possível encontrar, na literatura, críticas ao julgamento por “processos-modelo”, sobretudo com relação ao efeito retardante que este poderia ocasionar. É que, admitido o IRDR, fica suspenso o trâmite de todos os processos que versam sobre a questão (art. 982, I, CPC/2015²⁵), o que poderia prejudicar a tutela individual dos conflitos (NERY;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

²⁴ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

²⁵ Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

NERY 2015). Essa crítica, contudo, não cabe na sistemática de julgamento do IRDR, já que a lei processual prevê expressamente prazo de um ano para julgamento do incidente e determina o tratamento prioritário do mesmo (art. 980, CPC/2015).

Além do IRDR, o CPC/2015 prevê que os juízes deverão observância aos acórdãos em incidente de assunção de competência (art. 947, CPC/2015²⁶). A vinculação a que se refere o dispositivo também tem sua constitucionalidade questionada, com base nos mesmos argumentos expendidos acima, especialmente a ausência de previsão na Carta Maior.

O incidente de assunção de competência (IAC) pode ser suscitado quando o órgão jurisdicional se deparar com questão de ampla relevância social e ante a necessidade de prevenir ou compor divergência entre órgãos do Tribunal. Assim, pode o relator propor que o julgamento que seria realizado por órgão fracionário seja realizado pelo órgão indicado no regimento interno da corte, como o plenário ou órgão especial. Assim, o colegiado maior assume a competência do colegiado menor em virtude do interesse público e fixa tese jurídica que deverá ser observado pelos demais.

O CPC/2015 determinou que os juízes e tribunais observassem, ainda, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estivessem vinculados. A finalidade da norma, nesse particular, é assegurar a unidade da prestação jurisdicional, evitando que nos tribunais se profira decisões dissonantes entre seus órgãos colegiados fracionários (câmaras, turmas ou seções) ou nos juízos singulares. Trata-se de inciso que, a princípio, se imagina desnecessário porquanto contemplado pelos deveres de integridade e coerência já consubstanciados no artigo 926 do Código de Processo. Por outro lado, também tem a sua constitucionalidade questionada pelos mesmos motivos mencionados nos itens anteriores.

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

²⁶ Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

3.4 As técnicas de manejo incorporadas pelo Código de Processo Civil de 2015: aplicação, distinção e superação dos precedentes e da jurisprudência

Conforme exposto no primeiro capítulo desta pesquisa, especificamente no item sobre a *common law*, existem inúmeras técnicas que são utilizadas para manejo dos precedentes naquela tradição jurídica. Dentre elas, *distinguishing*, *overruling*, *overriding* e *signaling*. Considerando que o CPC/2015 incorporou um rol de decisões a serem observadas pelas demais instâncias dos órgãos jurisdicionais, também houve por bem incorporar técnicas de manejo semelhantes às enumeradas acima.

Por ter contemplado um rol de decisões a serem observadas pelas demais instâncias judiciais, o legislador apostou em um sistema de vinculação vertical a partir daquilo que foi decidido nos tribunais. Ao julgar, o intérprete e aplicador da norma encontra-se constrangido a observar se o caso sob exame possui alguma semelhança com matérias que possam ter sido contempladas por decisões enumeradas no artigo 927 do CPC/2015. Nesse sentido, a aplicação se dá de forma analógica: analisa-se os elementos das demandas, verificando a sua correspondência com as anteriores. Havendo similitude, deve ser extraída a *ratio decidendi* consolidada nos julgados pretéritos – inclusive nos que resultaram em enunciados de súmula –, a fim de que se possa identificar a tese jurídica aplicável ao caso sob julgamento.

Com efeito, a própria lei processual civil estabelece no § 1º do art. 927 que, ao julgar com fundamento no artigo, os juízes deverão observar o disposto nos artigos 10 e 489 da mesma lei.

O artigo 10 contempla o princípio do contraditório, dispondo sobre a impossibilidade de os juízes decidirem com base em fundamento sobre o qual não tenham tido as partes oportunidade de se manifestar. É dizer: a aplicação do entendimento firmado nas decisões elencadas pelo art. 927 deve ser norteada pela garantia de influência e não-surpresa (THEODORO JÚNIOR et. al., 2015), sendo oportunizada às partes a manifestação sobre a decisão utilizada como paradigma e o efetivo debate acerca da sua aplicabilidade ao caso em questão.

De outro lado, a lei impõe a fundamentação analítica conforme prevista pelo artigo 489, § 1º, que aprofundou o conteúdo do princípio constitucional da motivação das decisões (artigo 93, IX da CRFB/1988), elaborando um rol exemplificativo de pronunciamentos que podem ser considerados não fundamentados (art. 489, § 1º, do CPC/2015), a fim de assegurar

a maior concretização do mandamento constitucional. Não havia, nas legislações processuais anteriores, qualquer dispositivo equivalente ao atual artigo 489 do CPC/2015, sendo qualquer controvérsia sobre a ausência de fundamentação das decisões dirimida na análise do caso concreto, quando impugnada a decisão supostamente não fundamentada. Com a entrada em vigor do CPC/2015, o julgador se vê compelido a seguir o roteiro do art. 489, § 1º, a fim de evitar a incidência em quaisquer daquelas hipóteses. Incurrendo nos vícios previstos no dispositivo, se estará diante de decisão judicial carente de fundamentação e, portanto, dissonante dos critérios mínimos de racionalidade e justificação agora previstos em lei.

Para além da garantia do contraditório, da não-surpresa e da fundamentação analítica, o CPC/2015 contemplou o dever de publicidade e organização com relação ao posicionamento dos tribunais. Esse é o teor do art. 927, §5º, do CPC/2015, que determina que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. Trata-se de medida que visa assegurar não só a ampla publicidade dos atos do Poder Judiciário como também a eficiência, possibilitando a todos – julgadores e jurisdicionados – o conhecimento sobre os entendimentos fixados.

Esse dever de publicidade e organização dos tribunais acerca dos seus entendimentos reforça o aspecto colaborativo que deve nortear a prestação jurisdicional, como, a propósito, disposto no artigo 6º do CPC/2015. Ao organizar e publicizar seus posicionamentos, os tribunais facilitam o manejo dessas decisões pelos jurisdicionados e possibilitam a sua utilização quando da provocação do órgão jurisdicional.

Em se tratando de aplicação do art. 927, também previu o CPC/2015 a distinção, que seria equivalente ao *distinguishing* da tradição *common law*. Essa foi incorporada à lei processual sob duas perspectivas: a primeira, enquanto método para comparação entre caso concreto e paradigma (art. 489, §1º, V, CPC/2015); a segunda, para designar o resultado da distinção entre o caso concreto e o paradigma (art. 489, §1º, VI, CPC/2015).

O inciso V do §1º do artigo 489, indica que o juiz não poderá decidir somente invocando precedente ou enunciado de súmula sem a identificação dos seus fundamentos determinantes e a devida adequação entre o caso concreto e o paradigma. É que o precedente, conforme concebido pelo sistema processual brasileiro, não pode servir como “fórmula pronta” (NERY; NERY 2015), demandando atividade interpretativa do seu aplicador. Por outro lado, o inciso VI do mesmo dispositivo proíbe o afastamento do precedente sem que sem identifique a efetiva distinção entre o caso em julgamento. Portanto, havendo decisão contemplada pelas

hipóteses do art. 927, não há possibilidade de omissão do julgador: para afirmar que se amolda ao caso concreto ou operar a distinção, deve-se realizar o cotejo do caso com o paradigma. Trata-se de aplicação pura e simples do princípio da isonomia, um dos grandes fundamentos do sistema de precedentes judiciais: tratar casos iguais de forma igualitária (*treat like cases alike*).

As decisões capituladas no artigo 927 do CPC/2015, embora vinculantes, não são imutáveis. É possível que sofram transformações, sendo os posicionamentos dos tribunais superados. O direito acompanha as mudanças que ocorrem no seio da sociedade e os tribunais, responsáveis pela interpretação e aplicação das normas jurídicas, também devem equacionar seus posicionamentos. Ora, o que fundamenta a observância do passado são os deveres de segurança jurídica e igualdade, dentre inúmeros outros. Quando a aplicação do entendimento consolidado caminhar para a violação destes princípios, o que se constata é a necessidade de superação do precedente. Nesse sentido, abarcou o CPC/2015 a possibilidade de modificação dos entendimentos consolidados nas decisões pretéritas.

As regras gerais para superação (*overruling*) do entendimento dos tribunais foram previstas nos §§2º a 4º do artigo 927²⁷. O primeiro aspecto a ser observado quando da mudança de um determinado posicionamento é a fundamentação (§4º), “adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. É dizer: não podem os tribunais mudar de posicionamento ao seu talante, sem uma justificativa que leve em conta os aspectos fundamentais do regime de vinculação da jurisprudência. Além do respeito à segurança jurídica, isonomia e confiança dos jurisdicionados, o CPC/2015 também se preocupa com o aspecto democrático do processo. Dessa forma, a lei possibilita aos tribunais a realização de audiências públicas, com a “participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” (§2º).

Ainda em respeito à segurança jurídica dos jurisdicionados, a modificação do

²⁷ Art. 927. (...)

(...)

§ 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.

posicionamento dos tribunais pode sofrer modulação em seus efeitos. É esse o teor do §3º do artigo 927. A principal finalidade da lei, ao possibilitar a modulação dos efeitos da mudança no posicionamento dos tribunais, foi evitar que os jurisdicionados fossem surpreendidos com a mudança no posicionamento e, ainda, que esta ocasionasse violação à segurança jurídica e à isonomia. Assim, abriu-se a possibilidade para que os efeitos da mudança de posicionamento fossem modulados temporalmente. Veja-se que o “interesse social” aparece como motivo determinante para modulação dos efeitos da superação do entendimento. Assim, essa técnica de modulação se assemelha ao *prospective overruling*, tal como concebido para as tradições *common law*.

Esse é, em síntese, o sistema de precedentes e de direito jurisprudencial incorporado pela nova legislação processual brasileira. Outras técnicas de manejo não foram expressamente previstas, a exemplo do *signaling*, *overriding*, *overturning* ou *transformation*, mas ainda podem inspirar os intérpretes e aplicadores da lei, considerando a clara inspiração na metodologia de trabalho da tradição *common law*. Cabe, agora, analisar em que medida essa sistemática de uniformização ou solução/contenção da divergência jurisprudencial pode prosperar, bem como os obstáculos que podem ser encontrados na tradição jurídica pátria.

4 LIMITES E POSSIBILIDADES DE UM SISTEMA DE PRONUNCIAMENTOS VINCULANTES NA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

Cumprido ao capítulo final desta pesquisa investigar em que medida esse sistema de solução/contenção da divergência jurisprudencial pode prosperar, tendo em vista a tradição jurídica brasileira. Duas são as questões a serem analisadas: a primeira, se o sistema brasileiro de pronunciamentos vinculantes constitui um legítimo sistema de precedentes; a segunda, se esse sistema, conforme incorporado pela legislação brasileira, encontra algum óbice à sua concretização. Essa análise se dará a partir de três aspectos: a lei, especialmente o Código de Processo Civil de 2015; a atuação dos juízes, a quem está direcionada o mandamento de observância dos pronunciamentos vinculantes; e os tribunais, que devem construir e consolidar os entendimentos a serem observados por eles e pelas demais esferas do Judiciário.

Parte-se da premissa de que houve uma tentativa, pelo legislador, de construção de um sistema de direito jurisprudencial como forma de alcançar uma prestação jurisdicional cujo resultado seja apresentado de forma íntegra, estável e coerente. Com efeito, essa intenção fica clara a partir da exposição de motivos do CPC/2015 (BRASIL, 2010, p. 17). Considerando o objetivo do legislador, impende realizar considerações críticas acerca da forma como esse sistema foi positivado no ordenamento jurídico pátrio.

A par da análise acerca da racionalidade e constitucionalidade do sistema, cumpre investigar de que modo, ao longo dos anos, o legislador atuou a partir da importação de modelos de solução e contenção das mais diversas tradições jurídicas. Em seguida, a análise será centrada na figura dos juízes, intérpretes e aplicadores da lei e a quem cabe observar os deveres insculpidos na legislação processual no que diz respeito à observância das decisões elencadas no artigo 927 do CPC/2015. Em perspectiva macro, parte-se da investigação acerca do papel dos juízes para a análise da forma como os órgãos jurisdicionais são estruturados, de como suas competências são distribuídas e de que modo os juízes deliberam, a fim de investigar se a divisão de trabalho dos órgãos jurisdicionais se coaduna com o sistema proposto pela legislação processual.

4.1 Considerações críticas sobre o sistema de solução e contenção de divergência jurisprudencial incorporado pelo Código de Processo Civil de 2015

No capítulo anterior foi exposto o desenho do atual sistema de contenção e solução de divergência jurisprudencial previsto no Código de Processo Civil de 2015. O legislador dispôs, no artigo 926 da nova lei processual, que “os tribunais deveriam uniformizar sua jurisprudência e mantê-la íntegra, estável e coerente”. Nos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo, afirma-se que os tribunais editarão enunciados de súmula correspondente à sua jurisprudência dominante, bem como deverão ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que ensejaram a sua criação. Apenas nesse dispositivo, inúmeras são as questões que podem ser suscitadas.

O artigo menciona os tribunais de forma completamente indistinta. É dizer: para o legislador, todos os tribunais têm o condão – e a finalidade – de uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a íntegra, estável e coerente. Nesse ponto, parece ter ignorado a divisão de trabalho que existe entre as cortes de Justiça e as cortes Supremas no ordenamento pátrio. As cortes de justiça são aquelas voltadas à solução do caso concreto, a exemplo dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, cuja finalidade é analisar os fatos da causa e interpretar e aplicar o direito ao caso concreto. As cortes supremas, por seu turno, têm por finalidade interpretar o direito a partir de um caso concreto e dar a última palavra sobre como deve ser interpretado o direito constitucional e o direito federal no Brasil. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 869)

Assim, a melhor técnica indica que o legislador deveria especificar a função a ser desempenhada pelos tribunais: ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal incumbe dar unidade ao direito. Existindo decisões destes Tribunais sobre determinadas questões, é dever dos mesmos zelar pela uniforme aplicação destes entendimentos nos demais órgãos do Judiciário. Às cortes de justiça, por outro lado, cumpre debater acerca da melhor interpretação à luz dos casos concretos, o que contribui, sobremaneira, para o diálogo e experiência judiciária. Assim, ao dizer que compete aos tribunais uniformizar a sua jurisprudência, parte o legislador do pressuposto de que a todos os órgãos colegiados cabe o controle de casos. Os tribunais superiores devem decidir com o cuidado para que as soluções jurídicas empregadas sejam uniformes e forneçam uma resposta que possa servir de paradigma no julgamento de casos futuros e similares pelos demais tribunais, enquanto o dissenso é mais frequente nas cortes de justiça (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 870). A propósito, a questão relativa à divisão de trabalho dos tribunais no ordenamento brasileiro será

objeto do último item deste capítulo.

Também o legislador contempla a obrigação de os tribunais manterem a sua jurisprudência íntegra. A incorporação do dever de integridade à lei se deu a partir de sugestão de Lênio Streck e em aberta inspiração na teoria de Ronald Dworkin. Nesse ponto, adoção do dever de integridade a partir de uma determinada corrente doutrinária gerou toda sorte de críticas por parte da literatura em direito processual. Argumenta-se que a teoria da interpretação do jusfilósofo americano acerca da “resposta correta” não pode ser adotada em sua totalidade no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo porque não responde aos problemas decorrentes da interpretação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, amplamente incorporados à legislação brasileira (DIDIER JUNIOR, 2015b, p. 395). Também se afirma que seria inoportuno um Código de Processo Civil incorporar tal teoria e tomar partido em assunto tão debatido entre os jusfilósofos, vez que desnecessário à sua concretização (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 872).

Outro ponto de enfoque é a menção a jurisprudência, precedentes e súmulas sem maiores cuidados terminológicos, o que também merece considerações críticas.

O CPC/2015 utiliza o vocábulo “precedentes” em quatro oportunidades. A primeira, ao tratar do princípio da fundamentação das decisões judiciais, no artigo 489, §1º, incisos V e VI. No inciso V, afirma o legislador que o juiz, ao julgar de acordo com precedentes, deve indicar os fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob análise a eles se amolda. No inciso VI, diz o CPC/2015 que o juiz não pode deixar de julgar conforme precedentes suscitados pelas partes sem demonstrar a distinção ou a sua superação. No artigo 926, §2º, afirma que os tribunais, ao editarem enunciado de súmula, deverão atentar para as circunstâncias fáticas dos precedentes que ensejaram a sua criação. Por fim, no §5º do artigo 927, diz o legislador que os tribunais devem garantir a publicidade dos seus precedentes. Em nenhum momento, entretanto, a lei diz o que se deve entender por precedente.

Com efeito, o primeiro dispositivo que permite extrair qualquer tipo de conclusão – ainda que superficial – é o §2º do artigo 926, que diz que os precedentes dos tribunais podem ensejar a elaboração de enunciados de súmula. Assim, o Código estabelece que as súmulas resultam de decisões pretéritas, o que é mezinho na literatura processual. Entretanto, questiona-se a quais decisões o CPC/2015 se refere ao falar em “precedentes dos tribunais”. Considerando a literalidade da lei, o que se entende é que toda e qualquer decisão que possa servir de paradigma para elaboração de enunciado de súmula é considerada precedente.

Essa noção de precedente contemplado pelo Código no §2º do artigo 926 não se compatibiliza, contudo, com o conceito que se pode extrair da leitura do §5º do artigo 927. Ao dispor sobre a obrigação que os tribunais têm de publicizar os seus precedentes e, ainda, considerando a posição topográfica do dispositivo, o que se pode concluir é que a lei processual se refere ao rol do artigo 927 como de “precedentes”. Essa conclusão é reforçada pelas diretrizes acerca do princípio da fundamentação das decisões, consubstanciado no artigo 489, §1º, V e VI da lei instrumental, cuja observância é indicada no §1º do artigo 927. Ora, ao estipular o dever de observância a um rol de pronunciamentos (artigo 927) e ao delinear os cuidados que o julgador deve ter ao aplicá-los ou ao afastá-los, pode-se inferir que os precedentes a que se refere o Código são exatamente aqueles do artigo 927.

Mas essa ainda não é a conclusão definitiva. É que, ao mesmo passo que a lei possibilita a interpretação no sentido de que os pronunciamentos do artigo 927 são considerados precedentes, os próprios §§ 2º a 4º do dispositivo estabelecem diretrizes para os enunciados de súmula, julgamentos de casos repetitivos e jurisprudência do Supremo e de tribunais superiores, em uma aparente distinção acerca da natureza dos pronunciamentos.

Ao mencionar a jurisprudência, o CPC/2015 também não possui o mesmo cuidado terminológico. O artigo 926, *caput*, menciona jurisprudência dos tribunais, ao determinar que estes a mantenham íntegra, estável e coerente. Assim, pode-se chegar à conclusão de que o Código adotou a perspectiva da jurisprudência enquanto produto da atividade jurisdicional das cortes. Entretanto, no artigo 489, §1º, VI, o CPC/2015 dispõe sobre a impossibilidade de o juiz deixar de seguir jurisprudência invocada pela parte sem demonstrar a distinção do julgamento ou a superação do entendimento. Nesse ponto, jurisprudência passa a ser lida como decisões, dos tribunais, em determinado sentido, sobre uma determinada matéria. Some-se a isso as passagens em que a lei processual adjetiva a jurisprudência como “dominante” (artigo 926, parágrafo único), sem indicar o que a caracterizaria.

Pois bem. Mesmo com a incompatibilidade entre os conceitos de “precedente” que se pode extrair a partir da letra do Código, vasta é a doutrina que considera o rol de pronunciamentos do artigo 927 como de precedentes obrigatórios, especialmente a partir da determinação de “observância” dos mesmos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015; DIDIER JÚNIOR, 2015a; THEODORO JÚNIOR et. al., 2015). Mesmo com a ampla adesão da doutrina a esse posicionamento, não é essa a melhor interpretação que se extrai da lei instrumental. Há, não se pode desconsiderar, uma imprecisão de cunho técnico: os pronunciamentos contemplados pelo artigo 927 do CPC/2015 não se assemelham ao precedente

conforme concebido para a tradição jurídica *common law*, que vasta parcela de doutrina defende ser a inspiração do sistema vigente.

Conforme exposto alhures, o precedente é uma decisão judicial, tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo servirá ao julgamento de casos posteriores que sejam idênticos ou análogos (TUCCI, 2004, p. 11). O sistema de precedentes comporta uma técnica decisória analógica, por meio da qual um caso presente deve receber a solução dada a um caso similar anteriormente (*treat like cases alike*). A peculiaridade da aplicação dos precedentes reside, principalmente, na ideia de vinculação (*binding precedents*), isto é, na necessidade de observância das decisões judiciais proferidas anteriormente. Essa vinculatividade restou consubstanciada na doutrina da *stare decisis*. Ocorre que, na tradição *common law*, o precedente não nasce precedente. É dizer: a decisão não possui o caráter de paradigma a partir do momento que foi prolatada e tampouco ostenta essa qualidade em virtude de lei. Ademais, os tribunais não têm o condão de, ao julgar um caso concreto, afirmar que a solução aplicada terá valor de precedente judicial. Este assim será considerado se, historicamente, ele for utilizado na argumentação das partes e em novas decisões judiciais. É o processo histórico referente à sua futura aplicação que determinará o seu *status* de precedente (ABBOUD, 2012, p. 514).

Para que se entenda o distanciamento do rol de pronunciamentos da noção de precedente, basta que se analise individualmente cada um deles.

A decisão proferida em controle de constitucionalidade é vinculante para os demais órgãos do Judiciário e para a administração pública direta e indireta por determinação constitucional (102, §2º da CRFB/1988), não sendo considerada precedente. As súmulas vinculantes, por sua vez, também não se confundem com precedentes, tendo em vista que constituem enunciados que consolidam o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria, e também são de observância obrigatória por determinação constitucional (art. 103-A da CRFB/1988). O mesmo raciocínio se aplica às demais súmulas do STF e STJ, que ganharam obrigatoriedade a partir do CPC/2015: precedentes podem resultar nas súmulas, mas estas, por si só, não o são.

As decisões proferidas no julgamento de casos repetitivos (recursos ou IRDR) e no incidente de assunção de competência também não são precedentes, no genuíno sentido da *common law*. Trata-se de técnica de julgamento de casos repetitivos ou com o potencial de assim se tornarem em que, a partir do julgamento de alguns casos-piloto, o Tribunal fixa tese que deverá ser aplicada aos demais casos. É dizer: o trabalho do julgador de fixar antecipadamente tese com o fito solucionar demais casos é bastante diverso daquele em que o

juiz busca solucionar apenas o caso concreto e, dada a higidez, complexidade, integridade e coerência do *decisum*, acaba por formar um precedente que será utilizado em outros casos.

Assim a conclusão a que se chega é que não há um sistema genuíno de precedentes no CPC/2015. A utilização deste vocábulo para se referir à sistemática do CPC/2015 deveria ser acompanhada da seguinte ressalva: há um sistema de precedentes à brasileira, *sui generis*, que em nada se assemelha àquele do *common law*. Dificilmente, contudo, essa ideia encontrará eco na literatura processual, sobretudo porque a premissa da qual partem os defensores de que o CPC/2015 adotou um sistema de precedentes é no sentido de que houve um movimento de *commonlização* do direito nacional. O que se propõe, então, é que se leia o artigo 927 como um rol de provimentos vinculantes, ante a necessidade de se estabelecer um efetivo distanciamento entre a previsão da lei processual brasileira e os precedentes da *common law*, já que o vocábulo é vastamente utilizado para se referir a estes.

Em se tratando de rol dos mais variados pronunciamentos com caráter vinculante, também importa investigar a racionalidade e a higidez do sistema. Com efeito, algumas questões já foram suscitadas ao longo do segundo capítulo e merecem ser retomadas neste ponto do trabalho, assim como urge suscitar tantas outras.

De início, pode-se questionar a compatibilidade entre a metodologia das súmulas e um sistema de pronunciamentos vinculantes. As súmulas podem servir para consolidar entendimentos dos tribunais, elucidarem a *ratio decidendi* na hipótese em que seja difícil a sua extração e para compilar entendimentos que não estejam consolidados em um pronunciamento contemplado no rol do CPC/2015 mas que correspondam à posição do Tribunal sobre determinada matéria. De outro lado, as súmulas seriam plenamente desnecessárias se: a *ratio* estivesse bastante clara nas decisões paradigma; os tribunais mantivessem entendimento claro e uniforme sobre determinadas matérias; os tribunais elaborassem seus acórdãos de modo a possibilitar o seu uso futuro.

O sistema, nesse ponto, aparenta redundância: o precedente é criado quando do julgamento de determinadas matérias que, por lei ou pela lógica do sistema, devem nortear os demais órgãos jurisdicionais. Não sendo o suficiente, sumula-se o entendimento em enunciado que, ao ser interpretado de forma apartada dos precedentes que o originaram, pode levar exatamente a decisão diversa do entendimento consolidado no precedente.

Também deve-se ressaltar a questão relativa à não contemplação, pelo CPC/2015, das súmulas elaboradas pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais. É que,

nos casos em que não cabe recurso para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais dão a última palavra sobre a controvérsia. Logo, por uma questão de lógica e de higidez do sistema, estes tribunais e os juízes a eles vinculados também deveriam “observar” as súmulas por eles elaboradas, tendo o artigo 927 permanecido silente sobre estas.

O CPC/2015 contemplou a vinculação dos acórdãos proferidos em recursos especial e extraordinário repetitivos. Entretanto, deixou de fazê-lo com relação aos demais acórdãos de julgamento de recursos extraordinário e especial que não fossem julgados pela sistemática do julgamento por amostragem. Ora, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça a uniformização de interpretação sobre lei federal e, ao Supremo, a última palavra sobre a Constituição, deixar de contemplar esses pronunciamentos é dizer que a autoridade desses tribunais somente se sobressai quando dos julgamentos repetitivos.

Também passou ao largo do legislador, no CPC/2015, as decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais e as Turmas de Uniformização de Jurisprudência. No microsistema dos juizados especiais, a sua instância recursal não é o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal ao qual estejam vinculados, mas às Turmas Recursais e de Uniformização. É isso que se depreende do artigo 41 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais), do artigo 21 da Lei n. 10.259/2001 (Juizados Federais) e artigo 17 da Lei n. 12.153/2009 (Juizados da Fazenda Pública). Ora, em se tratando de reforma que pretende instituir um sistema de pronunciamentos vinculantes a fim de garantir integridade, estabilidade e coerência, não se reputa adequado ignorar os juizados especiais, que constituem 1751 unidades jurisdicionais no país. Em números, isto corresponde a 14,7% da Justiça Estadual e 21,8% da Justiça Federal, atingindo uma parcela significativa de jurisdicionados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 28).

Por fim, cumpre destacar que a tentativa de incorporação de um sistema de pronunciamentos vinculantes no CPC/2015 pode ser considerada incompatível com a Constituição da República de 1988²⁸. O questionamento acerca da constitucionalidade do sistema incorporado pelo CPC/2015 se arrima em dois grandes argumentos: a ausência de previsão constitucional acerca da vinculação daquelas modalidades de pronunciamentos e a violação frontal a alguns princípios constitucionais.

²⁸ Além da inconstitucionalidade do sistema como um todo, há autores que suscitam inconstitucionalidades que maculam o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015) e a disciplina da reclamação (art. 988, CPC/2015) (LENZA, 2015).

A primeira questão suscitada é a necessidade de previsão constitucional para a criação de um sistema de pronunciamentos vinculantes (NERY JÚNIOR, 2015, p. 1837; TESHEINER, 2015; STRECK; NUNES; CUNHA, 2016). Os autores partem da premissa de que, ao decidirem de forma a vincular todos os demais juízes, os tribunais estariam estabelecendo preceitos abstratos e de caráter geral, em atividade similar àquela desempenhada pelo Poder Legislativo. Para fazê-lo, o Judiciário deveria contar com autorização constitucional, como, a propósito, assim ocorreu quando da incorporação ao ordenamento dos enunciados de súmulas com caráter vinculante, introduzidos na CRFB/1988 em seu artigo 103-A. Posição semelhante é aquela adotada por Scarpinella Bueno (2016), para quem um sistema vinculatório só poderia ser previsto constitucionalmente, como, a propósito, o fez a Emenda Constitucional 45/2004.

Nesse sentido, ao determinar que demais juízes e tribunais “observem” (*i. e.*, se vinculem a) decisão proferida em recursos extraordinário e especiais repetitivos, decisões, proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas, entendimento fixado em súmula simples do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal ou decisão do órgão especial ao qual esteja vinculado o julgador seria inconstitucional. O exemplo mais gritante é a vinculação dos enunciados de súmula do STJ e do STF, equiparados, por lei infraconstitucional, às súmulas vinculantes. Somente estariam resguardados pela constitucionalidade os enunciados de súmula vinculantes, dada expressa autorização constitucional, e as decisões proferidas em controle de constitucionalidade.

4.2 As reformas processuais como tentativas de importação de modelos concebidos para outras tradições jurídicas

Conforme suficientemente demonstrado no item anterior, não existe, na tradição jurídica brasileira, um genuíno sistema de precedentes como o da *common law*. É dizer: não há identidade entre o sistema de pronunciamentos vinculantes incorporado pelo CPC/2015 e aquilo que se entende por precedentes na tradição anglo-saxônica. Essa conclusão é reforçada não só a partir da análise legislativa, mas do próprio aspecto histórico das duas tradições. É possível constatar que estas trilharam caminhos bastante diversos: enquanto, na *common law*, o respeito aos precedentes se liga com o passado, sendo dela um traço histórico característico após anos de desenvolvimento, na tradição brasileira o respeito ao passado se dá a partir da incorporação,

via recentes mudanças legislativas, de técnicas alienígenas com alguns temperamentos.

A doutrina dos precedentes foi construída no final do século XVII e teve como partida uma virada no método que guiava o pensamento filosófico do período. Os filósofos do direito da época entendiam que a validade dos princípios legais, no mesmo sentido dos princípios das ciências naturais, é decorrente da verificação e validação dos membros da comunidade. Assim, a preocupação com a observância dos precedentes passou de uma regra de experiência a categoria de pensamento. A construção jusfilosófica de Edward Coke, John Selden e Mathew Boyle tinha como ideia fundamental a noção de que o precedente judicial deveria ser considerado fonte imediata do direito, ao lado da equidade e da legislação. A defesa dos precedentes se dava, sobretudo, pelo seu caráter histórico e pela necessidade de preservação e desenvolvimento da tradição do povo a quem pertence o direito (ABBOUD, 2012, p. 510).

Mesmo antes da construção de uma doutrina dos precedentes (século XVII) ou da adoção da *stare decisis* (século XIX), a *common law* sempre se estruturou em contato com a história e com a tradição da comunidade em que se formava. Trata-se de uma consolidação que é fruto de uma evolução histórica, política e filosófica, o que difere, sobremaneira, de uma criação por imposição legislativa. Nesse sentido, esforços para que se crie uma cultura (ou um sistema) de precedentes a partir de mudanças na lei quando a própria comunidade destinatária do comando legal não tem, na sua cultura, arraigada a ideia de observância aos precedentes, parece não ser a melhor alternativa. Uma análise crítica dos instrumentos de solução/contenção da divergência jurisprudencial atualmente previstos no ordenamento é o suficiente para que se conclua que o que há é uma ampla importação de modelos concebidos para uma variada gama de tradições jurídicas que, muitas das vezes, sequer possuem qualquer similaridade.

Esse debate perpassa, inclusive, a controvérsia sobre a adoção, ou não, do *stare decisis* no Brasil. Mais uma vez, traz-se à baila o entendimento daqueles que veem nas recentes mudanças legislativas a paulatina transição para a *common law* em território nacional. Para parte da doutrina (v. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015), o CPC/2015 teria adotado o *stare decisis*, dada a necessidade de compatibilização horizontal e vertical das decisões judiciais. Fala-se em *stare decisis* horizontal quando há a necessidade de um tribunal observar os próprios precedentes e a orientação jurisprudencial por ele fixada anteriormente. Este teria sido contemplado pelo Código de Processo Civil em seu artigo 926, que dispôs sobre a necessidade dos próprios tribunais uniformizarem sua jurisprudência e manterem-na íntegra, estável e coerente. Trata-se de requisito mínimo para que se constitua um sistema de precedentes, qual seja, o respeito dos próprios tribunais às suas decisões. O *stare decisis*

vertical, por sua vez, constitui na obrigatoriedade de os órgãos jurisdicionais observarem aquilo que fora decidido pelos órgãos a ele superiores e aos quais estejam vinculados. Para que um sistema seja íntegro, estável e coerente, é necessário que seja visto de forma unitária, não destoando as decisões proferidas entre os órgãos da jurisdição.

De outro lado, há quem entenda que o CPC/2015 não incorporou o *stare decisis* e nem poderia fazê-lo (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016). De início, afirma-se que o *stare decisis* é regra típica do *common law*, tendo sido gestada e aprimorada naquela tradição jurídica, nada tendo que ver com o sistema contemplado pelo CPC/2015. Basta que se veja que o *stare decisis* nasce mesmo sem uma expressa determinação constitucional acerca da vinculação dos precedentes. Quando se analisa o CPC/2015, o que se verifica é a enumeração de um rol de decisões que são consideradas vinculantes, sobretudo aquelas emanadas dos tribunais Superiores, tendo a lei apostado na verticalização vinculante. É dizer: há uma lei infraconstitucional indicando a vinculação de decisões judiciais, o que contraria o *stare decisis*, dado que por aquela regra a decisão não nasce qualificada como precedente. Ela assim é reconhecida quando no momento da sua aplicação posterior, ocasião em que se constata a adesão das instâncias inferiores àquilo que fora decidido no passado. Além do mais, há a opção pelas súmulas, que em nada se assemelham à regra do *stare decisis*, conforme visto em item próprio.

Pois bem. O artigo 927 do CPC/2015 contemplou um rol de pronunciamentos que deverão ser observados pelos juízes e tribunais. São eles: as decisões proferidas em controle de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante e demais enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça; o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos; e o incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.

A primeira espécie de decisão judicial a ser observada, nos termos do artigo 927, I, do CPC/2015, é aquela proferida em controle de constitucionalidade. Isto é, são consideradas decisões vinculantes, para a nova lei processual, as decisões oriundas do julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade.

Conforme a doutrina clássica, os métodos de controle jurisdicional de constitucionalidade podem ser classificados em dois grandes tipos. Primeiro, o controle por via de ação. Nessa modalidade de controle, se ajuíza uma ação própria, com o fito exclusivo de

impugnar a validade de determinado ato que se reputa inconstitucional. No controle por via da exceção, a parte interessada ou legitimada ingressa em juízo e impugna a aplicabilidade do ato impugnado ao caso concreto. É dizer: a parte se defende da aplicação de determinado ato que reputa incompatível com a Constituição (BITTENCOURT, 1949, p. 97).

No controle realizado por via de ação – comumente chamado de controle concentrado de constitucionalidade – o juiz, ao conhecer da alegação de inconstitucionalidade suscitada pela parte, cassa ou anula o ato impugnado, suprimindo-lhe todos os efeitos. Na hipótese de se realizar o controle por via de exceção – denominado controle difuso – o juiz não procede à anulação ou invalidação do ato, limitando-se a não aplicar-lhe ao caso concreto sob análise (BITTENCOURT, 1949, p. 98).

Dentre os países que adotaram o controle concentrado de constitucionalidade (por via de ação), talvez a experiência mais conhecida seja a austríaca, elaborada conforme o pensamento de Hans Kelsen. Provocado, o Tribunal competente para julgamento da demanda que questiona a constitucionalidade põe termo à vigência da lei. Assim, as leis inconstitucionais não são consideradas nulas ou irrelevantes. Os atos praticados na sua vigência são tidos como válidos até a decisão do Tribunal que as declare inconstitucionais (BITTENCOURT, 1949, p. 98).

O exemplo mais significativo do controle difuso de constitucionalidade (por via de exceção) é o americano. No sistema de controle de constitucionalidade por via de exceção o juiz declara a incompatibilidade da lei com a Carta Maior no bojo da fundamentação da sua decisão a ser proferida em um caso concreto. O órgão julgador reconhece o conflito, declara a inconstitucionalidade da lei ordinária e lhe nega aplicação, considerando-a inexistente para solucionar a questão controvertida submetida ao seu julgamento (BITTENCOURT, 1949, p. 99). Trata-se de caso em que os americanos “reconheceram o direito de fundarem os juízes as suas decisões na Constituição, antes que nas leis”. (TOCQUEVILLE, 1998, p. 83). Isto é: reconhece-se o dever de o juiz americano deixar de aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais.

Nos regimes de controle exclusivamente difuso de constitucionalidade não se permite a provocação do Judiciário com o fito exclusivo de se declarar determinado ato ou lei do Poder Público inconstitucional. A apreciação da inconstitucionalidade é feita no bojo de um caso concreto, cuja solução necessita de análise da compatibilidade da lei aplicável com a Carta Maior. O primeiro e mais famoso precedente acerca de controle de constitucionalidade, o caso *Marbury v. Madison* (BARROSO, 2012, p. 35). O segundo – precedente que inaugurou a

doutrina do controle de constitucionalidade no Brasil – foi a demanda dirigida ao Supremo Tribunal Federal por Rui Barbosa, em 1893 (BARBOSA, 2003, p. 14-15; CAVALCANTI, 1966, p. 57). Em ambos os casos, os Tribunais apreciaram a constitucionalidade das leis a fim de decidir um caso concreto, estando restrita, às partes, a eficácia daquela decisão.

O modelo de controle difuso de constitucionalidade, foi reconhecido como possível no Brasil sob a égide da Constituição de 1891. Esse modelo perdurou exclusivamente até a adoção, pelo ordenamento pátrio, das representações interventivas previstas na Carta de 1946, quando se pôde constatar o movimento do ordenamento jurídico pátrio no sentido da adoção do sistema vigente pós-88, qual seja, um sistema misto de controle de constitucionalidade, que contempla tanto o controle por meio de ação como por meio de exceção.

Em verdade, na atualidade, é possível falar que os modelos de controle de constitucionalidade já não se resumem a apenas dois. Essa conclusão se extrai não apenas a partir da realidade brasileira, que incorporou características dos dois grandes modelos iniciais. É possível verificar, nos sistemas de justiça constitucional de vários países, a gradação entre os modelos difuso e concentrado, com incorporação de características de cada um deles em maior ou menor proporção (PEGORARO, 2004).

Nesse sentido, Pegoraro (2004, p. 164) propôs uma nova classificação dos modelos de controle de constitucionalidade que leva em conta exatamente todos os matizes dos modelos de controle. O autor inicia sua classificação a partir do contexto estrutural em que se inserem os órgãos de justiça constitucional, distinguindo tribunais que operam em posição monopolista (sistemas unitários) ou concorrencial (sistemas plurais). Essa classificação se relaciona com a dicotomia entre controle difuso e concentrado, a partir da distinção entre modelos de justiça constitucional que concentram as tarefas relativas ao controle a um só órgão e outros sistemas que permitem que esse mister seja desempenhado por uma pluralidade de entes (PEGORARO, 2004, p. 165)

A partir dessa distinção, é possível se classificar os sistemas da seguinte maneira: integralmente concentrados (quando uma única Corte ou Tribunal exerce todas as competências de justiça constitucional, a exemplo de Espanha, Itália, França, Itália e Bélgica); parcialmente concentrados (quando cada nível territorial tem somente um órgão capaz de exercer justiça constitucional, possuindo estes órgãos competências diversas entre si, a exemplo da Alemanha e da Áustria); parcialmente desconcentrados (a função se divide entre vários juízes de uma Corte Suprema, sem superposição hierárquica; integralmente desconcentrados (função pode ser exercida por qualquer juiz ou tribunal, como é o caso americano) (PEGORARO, 2004, p. 165).

Uma outra classificação apresentada pelo autor italiano leva em consideração as funções desempenhadas pelos órgãos de justiça constitucional. Historicamente, assim, podem-se distinguir sistemas monofuncionais e plurifuncionais. Órgãos monofuncionais são aqueles que tem por função, única e exclusivamente, o controle de constitucionalidade. Exemplo de tais órgãos é a Suprema Corte Americana. Quanto aos plurifuncionais, além da guarda da Constituição, o Tribunal possui outras funções. É o exemplo do Supremo Tribunal Federal do Brasil, que além de exercer controle de constitucionalidade das leis, também possui, por exemplo, competência criminal (PEGORARO, 2004, p. 166).

Também é possível classificar os modelos de justiça constitucional a partir da amplitude do parâmetro de constitucionalidade. Assim, os sistemas podem ser limitados ou extensos. Limitados quando possuem como parâmetro apenas e tão somente a Constituição. Nos sistemas extensos, o parâmetro para análise da constitucionalidade não deve ser apenas a Constituição, mas também os tratados internacionais e convenções que versem sobre direitos e, a exemplo da Europa, documentos que disciplinam e estruturam a atividade da União Europeia (PEGORARO, 2004, p. 167).

Quanto ao objeto a ser analisado pelos tribunais, os sistemas podem se classificar em integrais e parciais. Integrais são aqueles que podem analisar a constitucionalidade de uma ampla gama de leis e atos administrativos, bem como propostas e emenda à constituição, atos políticos e tratados. Os parciais restringem seu controle às leis ou, com procedimentos diferenciados, atos administrativos (PEGORARO, 2004, p. 167).

Em se tratando da modalidade de acesso, os sistemas podem ser puros ou mistos. Puros são os sistemas que se valem de apenas uma modalidade de acesso, seja ela por via direta, difusa, incidental ou preventiva. Mistos são os sistemas que englobam diversas modalidades de controle (preventivo e repressivo; por via incidental e via direta; por via de recurso; abstrato ou concreto) (PEGORARO, 2004, p. 167).

Quanto aos sujeitos legitimados, os ordenamentos podem ser abertos ou fechados. Nos sistemas fechados, se limita taxativamente o acesso aos órgãos de justiça constitucional a apenas alguns sujeitos legitimados. Nos abertos, por outro lado, o acesso é permitido a diversos sujeitos, inclusive pessoas físicas (PEGORARO, 2004, p. 168).

Essa mescla no modelo de controle de constitucionalidade é comumente apontada como traço característico da convergência entre as tradições *common law* e *civil law* (DIDIER JÚNIOR, 2015a, p. 57-60; MACÊDO, 2015, p. 74). Entretanto, como demonstrado acima,

trata-se de ocorrência bastante comum, verificável na experiência jurídica de diversos países, não podendo caracterizar fator determinante para (re)enquadramento do Brasil nesta ou naquela tradição.

A segunda espécie de pronunciamento vinculante, nos termos do CPC/2015, são os enunciados de súmula. Estes foram concebidos a partir da inspiração nos assentos da Casa de Suplicação. Os assentos têm origem no direito português, sendo tomados por instâncias superiores dos órgãos jurisdicionais, “com o objetivo de unificação da jurisprudência, para que não fosse esta um amontoado de julgados contraditórios a solapar o prestígio desta importante fonte do Direito” (AZEVEDO, 1971, p. 117).

O embrião para o surgimento dos assentos no Direito português foi a publicação, em 1472, das Ordenações Afonsinas. No período que antecedeu as Ordenações, o Direito português se caracterizava pela pluralidade de suas fontes. Da fundação do reino até D. Afonso III, preponderou o direito consuetudinário e foraleiro (vindo de “forais”, que regiam cidades específicas). Nessa época, vigoravam o Código Visigótico, leis gerais dos monarcas lusitanos, o Direito Canônico, o Direito Consuetudinário e os Forais (AZEVEDO, 1971, p. 117).

Com a publicação das Ordenações Afonsinas, o direito romano de Justiniano (*Corpus Juris Civilis*) passa a ser aplicado no reino em conjunto com o direito canônico, o que ensejou um grande esforço para que o direito escrito se sobrepujasse ao direito consuetudinário e local. A par dessa maior relevância atribuída ao direito escrito, formou-se jurisprudência do Tribunal da Côrte que, paulatinamente, implantou assentos no Direito português, a fim de que fosse unificado o Direito e suplantada a pluralidade decorrente do período anterior ao das Ordenações Afonsinas (AZEVEDO, 1971, p. 118).

Posteriormente, foram publicadas as Ordenações Manuelinas e Filipinas, o que consolidou o caminhar do Direito português para a preponderância do direito escrito e unificado. Em 1769 foi publicada pelo Marquês de Pombal a Lei da Boa Razão, que determinava que os julgamentos fossem feitos pelas leis, pela jurisprudência da Casa de Suplicação, pelos costumes do Reino e pelo Direito Romano, sendo estes dois últimos aplicados em consonância com a “boa razão” (AZEVEDO, 1971, p. 118)

Na Lei da Boa Razão já é possível encontrar referência aos assentos. No Livro I, título V, §5º, ficou estabelecido que, na hipótese de dúvida com relação a alguma ordenação ou entendimento dela, os Desembargadores deveriam levar a dúvida ao Regedor, que na Mesa grande com Desembargadores fixaria o entendimento a ser aplicado, sentenciando a questão.

Esse entendimento ficaria registrado no Livro da Relação para que não houvesse mais dúvidas, devendo ser observado quando a questão fosse novamente suscitada (AZEVEDO, 1971, p. 118).

Estes foram aplicados em território brasileiro por força do Decreto n. 2.684 de 1875²⁹. Para além da aplicabilidade, em território nacional, dos assentos tomados pela Casa de Suplicação de Lisboa, este Decreto possibilitou a elaboração de assentos pelo então Supremo Tribunal de Justiça (art. 2º), na hipótese de divergência na interpretação e aplicação das leis civis, comerciais e criminais. Os assentos deveriam ser registrados em livro próprio, numerados, incorporados à coleção de leis, publicados e tornados obrigatórios até que sobreviesse determinação em sentido contrário (art. 2º, §2º). É possível, então, constatar desde logo em que medida os assentos já se assemelhavam aos enunciados de súmula tal como introduzidos no direito brasileiro.

Outra espécie de pronunciamento considerado vinculante pelo CPC/2015 é o acórdão proferido em julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos. Também essa espécie de pronunciamento judicial não possui origem no ordenamento jurídico brasileiro, consistindo em uma importação de sistemas alienígenas.

O recurso extraordinário tem origem no direito norte-americano. A Constituição americana não havia contemplado, a princípio, a competência recursal para além dos órgãos judiciários inferiores da União. Em 1789 o Congresso dos Estados Unidos editou a lei orgânica do seu Poder Judiciário, o *Judiciary Act*. A seção 25, ao tratar da competência recursal, instituiu a revisão pela Suprema Corte das decisões finais dos Tribunais dos Estados, a partir do *writ of error*. O Judiciary Act teve sua constitucionalidade questionada, mas a própria Corte o entendeu constitucional a partir dos casos *Martin v. Hunter's Lessee* e *Cohens v. Virginia* (WAMBIER;

²⁹ Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Imperio.

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

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

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

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

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

DANTAS, 2016, p. 295; MOREIRA, 2011, p. 578).

Durante um longo período, o *writ of error* foi o instrumento por meio do qual a Suprema Corte realizou controle sobre decisões proferidas por Tribunais Estaduais. Já era possível perceber, então, que esse recurso tinha por finalidade, para além da tutela do interesse das partes, o resguardo da unidade do Estado e da supremacia constitucional³⁰. Em 1925, com o novo *Judiciary Act*, o *writ of error* foi substituído por dois instrumentos, o *writ of certiorari* e o *appeal* (MOREIRA, 2011, p. 578).

Com a importação do sistema republicano para o Brasil, o sistema constitucional foi bastante influenciado pelo sistema americano. A Constituição de 1891 contemplou o recurso extraordinário no seu artigo 59, §1º, muito embora não tivesse recebido esse nome à época. Essa modalidade recursal abrangia a impugnação de decisões de tribunais estaduais nos casos de conflito entre normas estaduais e a Constituição Federal³¹ (CAVALCANTI, 1966, p. 62). Assim, desde de 1891 até 1988, todas as Constituições brasileiras, as ao fixarem a competência da Suprema Corte, contemplaram o recurso extraordinário.

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça e a divisão de trabalho entre este e o Supremo Tribunal Federal, criou-se o recurso especial enquanto equivalente do extraordinário, mas dirigido àquela Corte. Enquanto no recurso extraordinário se busca a uniforme interpretação da Constituição, no recurso especial cuida-se da aplicação de lei federal. Ante a multiplicidade de recursos direcionados ao STF e ao STJ, o legislador contemplou a técnica de julgamento dos recursos repetitivos. Estas foram inseridas no então vigente CPC/1973 pelas leis n. 11.418/2006 e 11.672/2008, pelos artigos 543-A a 543-C da lei instrumental. Essa sistemática foi mantida pelo CPC/2015, em seus artigos 1.036 e seguintes

³⁰ Com efeito, o debate acerca da necessidade de uma esfera federal para o Judiciário, a fim de assegurar a unidade da Federação, já estava presente nos Artigos Federalistas. Dentre os motivos suscitados por Alexander Hamilton no artigo n. 80 estão a necessidade de manter a supremacia constitucional em face da legislação e de atos dos governos estaduais, bem como a uniformização da interpretação do direito federal constitucional e infraconstitucional (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003).

³¹ Art 59 - Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar:

(...)

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

(...)

a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação;

Assim, o pronunciamento ao qual se refere o artigo 927 do CPC/2015 é o acórdão de recursos especial e extraordinário julgados no rito dos recursos repetitivos. No julgamento de recursos repetitivos, há uma seleção de recursos representativos da controvérsia para fim de fixação de tese jurídica que deverá ser aplicada em todos os demais. Muito embora se trate de recurso que se origina no direito americano, a técnica de julgamento dos repetitivos se assemelha a um outro instrumento, oriundo do direito alemão, que serviu para a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas. É o *Musterverfahren*.

O acórdão proferido em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (artigo 927, III), cujo funcionamento foi suficientemente explicitado no capítulo anterior desta pesquisa, também possui caráter vinculante. Nos termos da exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo, o IRDR teve por inspiração o direito alemão:

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta (BRASIL, 2010, p. 21).

A técnica de julgamentos à qual se refere o anteprojeto é o *Musterverfahren* alemão, cujo nome consiste na união de dois vocábulos: *muster*, que em português pode significar modelo, padrão ou amostra e *verfahren*, cujo significado é processo ou procedimento. Assim, o processo-modelo é uma técnica de julgamento que consiste na seleção de um caso piloto para que se fixe o entendimento a ser replicado nas demais ações que tenham controvérsia jurídica em comum.

O *Musterverfahren* foi inserido no ordenamento tedesco no âmbito dos tribunais administrativos em 1991 e no âmbito jurisdicional em 2005 pela Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores do mercado de capitais (CABRAL, 2007, p. 131; MENDES; SILVA, p. 574-575). Em 2008, nova lei instituiu o *Musterverfahren* para instrumentalizar conflitos relativos à assistência e previdência social (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016). Lá, diferentemente do sistema contemplado pelo IRDR, a aplicação do instrumento é bastante restrita, contemplando apenas uma categoria específica de conflitos, além de o procedimento contar com um prazo de validade.

Nesse ponto, é possível perceber que o *Musterverfahren* em muito se assemelha ao IRDR, com alguns temperamentos: enquanto o primeiro tem aplicabilidade restrita e caráter

transitório, o segundo foi incorporado ao ordenamento jurídico de forma definitiva (até que sobrevenha lei em sentido contrário), sendo aplicável sempre que houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre uma mesma questão de direito e risco à isonomia e segurança jurídica (artigo 976 do CPC/2015).

Da análise histórica acima, é possível constatar que a construção do atual sistema de solução e contenção de divergência jurisprudencial é um apanhado de técnicas de diversas tradições jurídicas. Essa circunstância afasta a noção de que a tradição jurídica brasileira estaria passando por um processo de *commonlização* ou mesmo que teria incorporado a *stare decisis*. É que os métodos de trabalho incorporados a partir das reformas legislativas não são oriundos apenas daquela tradição, mas de diversas outras, inclusive civilísticas. Trata-se de ocorrência comum, sobretudo a partir do movimento de circulação de modelos jurídicos, com o compartilhamento de técnicas e instrumentos legais dos mais diversos matizes entre os países.

4.3 Solipsismo judicial, livre convencimento e o sistema de pronunciamentos vinculantes

A tradição jurídica brasileira foi construída e consolidada sobre bases da *civil law*, especialmente a partir da herança portuguesa. Dentre as características herdadas dessa tradição, tem-se a origem no direito romano (Portugal), o papel desempenhado pelas universidades e pela doutrina (seja na formação dos sujeitos que ocuparão os espaços de maior proeminência na sociedade ou na construção dos principais diplomas legais), bem como o apego ao direito codificado, dada a profusão de leis atualmente em vigor.

Mesmo que, originalmente, a tradição jurídica brasileira tenha encontrado arrimo na *civil law*, o que se verifica é uma incorporação de diversas técnicas com inspiração nos mais diversos ordenamentos jurídicos. O CPC/2015 contemplou um rol de pronunciamentos que, em maior ou menor grau, devem ser observados pelos juízes e tribunais. Esses pronunciamentos não constituem um genuíno precedente da *common law*, a não ser pelo seu caráter vinculante. No que cinge à atuação do órgão jurisdicional nesse contexto, há um duplo constrangimento dos julgadores: a sua adstrição à lei enquanto fonte primeira do Direito e a necessidade de observar o que foi decidido pelos tribunais, a fim de assegurar uma prestação jurisdicional uniforme, íntegra, estável e coerente.

Entretanto, o que se verifica é um cenário de ampla dispersão jurisprudencial. Os juízes continuam se sentindo livres para julgar conforme o seu íntimo convencimento, a

despeito do que digam os tribunais em entendimentos já consolidados sobre determinados temas. Essa é a postura do julgador solipsista, que entende que “constrói o seu próprio objeto de conhecimento” (STRECK, 2013). Portanto, urge investigar como, a despeito do amplo esforço legislativo no sentido de impedir a dispersão jurisprudencial, a tradição jurídica brasileira consolidou um sistema que historicamente permitiu – e ainda permite – aos julgadores julgar conforme o seu convencimento, ainda que ao arrepio da lei e da jurisprudência.

Como antecipado desde o primeiro capítulo desta pesquisa, a história do pensamento jurídico brasileiro é caracterizada pelo personalismo e individualismo. Esse apego à personalidade remonta a origem da burocracia brasileira, que herdou de Portugal os seus principais caracteres: o desprezo ao trabalho manual, a valorização dos títulos nobiliárquicos e, na ausência deles em território brasileiro, a valorização do bacharel, fez com que os ocupantes dos cargos de proeminência na estrutura jurídica brasileira se voltassem para si. O personalismo impregnou inúmeras instituições e com o Judiciário não poderia ser diferente. As relações pessoais são determinantes para o sucesso em empreitadas perante órgãos públicos (NUNES, 2003, p. 31-32). Os brasileiros enaltecem o jeitinho e o uso da autoridade pessoal como instrumentos para regular as relações com as instituições formais (DA MATTA, 1997).

Some-se a isso a circunstância de o desenvolvimento histórico do direito processual brasileiro ter caminhado, paulatinamente, para uma ampliação do espaço de atuação do julgador e uma abertura para a prevalência das suas convicções em detrimento das decisões impessoais e bem fundamentadas (STRECK, 2013).

A evolução científica do direito processual civil é dividida em três fases bem delineadas: imanentista, científica e instrumentalista. A fase imanentista, também chamada de praxismo ou sincretismo, é anterior ao desenvolvimento científico do direito processual, não havendo que se falar na autonomia deste ramo do direito ou na separação entre este e o direito material (CÂMARA, 2013, p. 11).

Com a obra *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais* de Oskar von Bülow (1868) se inaugura a fase científica do direito processual civil, também chamada de processualismo. É nesse momento que o direito processual passa a ser reconhecido como ramo autônomo do direito e o processo passa a ser visto como uma relação jurídica autônoma. É nesse momento do desenvolvimento do direito processual civil que surgem as suas principais categorias, tais como os conceitos de ação, processo e coisa julgada (CÂMARA, 2013, p. 11; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 50). À época, os principais expoentes da fase cientificista apostavam no protagonismo a ser exercido pelo juiz no exercício

da jurisdição. Em Chiovenda (2009), é possível encontrar a noção de que a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma que é. Cernelutti (2000, p. 240) afirma que “o órgão jurisdicional provê quando faz o necessário para composição do litígio”.

A fase seguinte do desenvolvimento do direito processual foi a instrumentalista. Nesse momento há esforço para tornar a prestação jurisdicional mais adequada, efetiva e próxima do ideal de justiça (CÂMARA, 2013, p. 12; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 51). Com a busca pela realização da justiça no caso concreto, os principais expoentes dessa linha de pensamento atribuem aos juízes amplos poderes. Dinamarco (2005, p. 47) entende que o juiz deve ser um canal de captação dos valores sociais, que devem ser assimilados na sentença. Para o autor, o juiz não poderia estar preso ao texto da lei, pois se este apontar para uma direção contrária ao seu sentimento de justiça, muito provavelmente é porque foram mal-empregadas pelo legislador. Logo, caberia ao juiz interpretar a lei de modo a satisfazer o seu sentimento de justiça. Bedaque (2006, p. 471), por sua vez, entende que o juiz pode adotar soluções não previstas pelo legislador, adaptando o processo à realidade concreta.

Apesar de o desenvolvimento científico do direito processual estar dividido em pelo menos três fases por vasta literatura processual, já é possível encontrar autores que defendem a existência de uma quarta: o neoprocessualismo. Como expoentes dessa linha de pensamento pode-se mencionar Fredie Didier (2010, p. 257-263), Daniel Mitidiero (2009), Marinoni (2013), Eduardo Cambi (2006, p. 662-683), Hermes Zaneti Jr (2007), José Herval Sampaio Jr. (2008), Álvaro de Oliveira (2006), dentre outros.

Independentemente da terminologia utilizada, é possível extrair, do pensamento dos autores acima, as principais características dessa fase do direito processual. O que os neoprocessualistas propõem, em síntese, é uma reconstrução dos temas processuais fundamentais à luz da Constituição, bem como o reforço aos aspectos éticos do processo, com o protagonismo dos princípios da boa-fé e da cooperação. Se destacam como principais características da atual metodologia processual a constitucionalização do processo, com a incorporação ao texto constitucional de garantias processuais, e a primazia dos princípios processuais, que devem exercer função interpretativa (regras devem ser interpretadas de acordo com os princípios processuais) e bloqueadora (princípios podem justificar a não-aplicação de regra que com ele esteja em desacordo). Além disso, há um redesenho da atividade jurisdicional com a incorporação das cláusulas gerais processuais, conceitos jurídicos indeterminados, reconhecimento da criatividade do julgador e valorização dos precedentes judiciais.

Não é difícil perceber que, ao reboque da construção de uma nova metodologia

processual, se incorpora ao ordenamento jurídico uma série de técnicas que ampliam demasiadamente a discricionariedade judicial. Ademais, torna-se bastante dificultoso conciliar essa ampliação dos poderes do juiz com um sistema de pronunciamentos vinculantes ou mesmo de fundamentação analítica das decisões judiciais que, em tese, limitariam o seu espaço de atuação.

É esse o contexto histórico que permitiu – e permite – uma ampla liberdade dos juízes para decidirem conforme seu livre convencimento. O Código de Processo de 1939 dizia que “na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento” (artigo 118); que “o juiz apreciará livremente a fé que deva merecer documento” (artigo 227); que na hipótese de recusa de depoimento, a testemunha deveria expor seus motivos por escrito, “decidindo livremente o juiz”; que na “apreciação dos indícios, o juiz considerará livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verossimilhança dos fatos alegados na inicial e na defesa” (artigo 253). O Código de 1973, seguindo a mesma lógica, permitia ao juiz apreciar livremente a prova (artigo 131), a confissão (artigo 353), a fé do documento (artigo 386) e o valor das perícias (artigo 439, parágrafo único).

No CPC/2015, todas essas hipóteses foram suprimidas. O vocábulo “livremente” foi expungido do Código. Em seu exemplo mais significativo, a lei estipulou que o juiz “apreciará a prova constante dos autos” (artigo 371), sem referência à liberdade que tinha nas leis anteriores. Essa opção significa algo: o reconhecimento dos excessos e de que a total liberdade para formar o convencimento do juiz significa a personalização da função jurisdicional, que não combina com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Ainda assim, por muitos anos a tradição jurídica brasileira caminhou em sentido diverso. Basta que se veja que o próprio princípio da fundamentação das decisões teve de ser aprofundado pela nova lei processual a fim de concretizar o disposto na Constituição. Explica-se.

Considerando a atividade interpretativa/criativa dos juízes e, ainda, a necessidade de racionalidade/justificação das decisões é que se apresentam dois aspectos fundamentais da atividade jurisdicional. A fim de assegurar a racionalidade e a justificação das decisões judiciais, evitando a arbitrariedade do Judiciário, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) previu, no artigo 93, inciso IX, o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Pelo referido princípio, todo pronunciamento judicial com conteúdo decisório deve ser fundamentado, sob pena de ser considerado nulo. Nas legislações infraconstitucionais, a fundamentação é considerada parte essencial da decisão (v. art. 458, II, Código de Processo

Civil de 1973 e art. 489, II, Código de Processo Civil de 2015) e a sua ausência implica invalidade do pronunciamento. Mas não só. A fundamentação deficiente e, ainda, a ausência de correlação entre os fundamentos apresentados pelo juízo e a decisão proferida também acarretam a invalidade da decisão judicial (WAMBIER, 2014).

Por outro lado, também é assegurada, aos magistrados em geral, a independência para exercer o seu mister. Tem-se, aqui, a conjugação dos ideais de independência funcional – assegurada constitucionalmente a partir das noções de inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e vitaliciedade (art. 95, CRFB/1988) – com a fundamentação das decisões. Para além disso, a própria Constituição impõe aos magistrados inúmeras vedações, de modo a impedir o comprometimento da sua imparcialidade (art. 95, parágrafo único, CRFB/1988).

As escolhas dos intérpretes demandam justificativas. É dizer: a legitimidade das decisões judiciais depende da sua racionalidade e da sua justificação. A racionalidade se relaciona com a capacidade de se demonstrar a conexão com o sistema jurídico e, ainda, a argumentação utilizada para fundamentar a opção pela interpretação possível. A justificação, por sua vez, consiste na necessidade de se explicitar as razões pelas quais uma interpretação foi escolhida dentre as várias possíveis. (BARCELLOS, 2005, 41).

A despeito de a ordem constitucional brasileira ter adotado o princípio da fundamentação das decisões, não é possível falar na existência de um modelo fechado de racionalidade. Não há, tampouco, acordo entre pesquisadores e operadores do direito sobre qual deva ser o padrão relativo à fundamentação das decisões. Essa ausência de padrão de racionalidade jurídica é definida por Rodriguez (2013, p. 67) como uma “zona de autarquia”. Nesse sentido, o CPC/2015 aprofundou o conteúdo do princípio da fundamentação das decisões, elaborando um rol exemplificativo de decisões não-fundamentadas (art. 489, §1º, CPC/2015) a fim de assegurar a concretização do mandamento constitucional, para além daquele rol de pronunciamentos vinculantes. Assim, não há dúvidas, existe um esforço no sentido da despersonalização das decisões judiciais.³²

Em se tratando da aplicação de entendimentos fixados em pronunciamentos vinculantes, não é possível descurar da ideia de que também há um processo hermenêutico envolvido, no qual a liberdade de interpretar ainda se encontra presente. Ao aplicar o

³² A despeito desse esforço, o Superior Tribunal de Justiça indicou, em sua primeira decisão sobre o princípio da fundamentação das decisões no CPC/2015 (MS 21.315/DF), manter o atual estado de coisas, tendo mitigar a aplicação do artigo 489 e concluído que os juízes não estavam obrigados a enfrentar os argumentos suscitados pelas partes. (v. SOUSA; ALMEIDA, 2017).

entendimento fixado em um pronunciamento vinculante, é necessário investigar os casos que o originaram e realizar o cotejo entre os fundamentos determinantes do precedente e o caso sob análise. Trata-se, não há dúvidas, de uma atividade hermenêutica. Assim, uma tradição jurídica calcada em anos de ampla liberdade para decidir e caracterizada pelo solipsismo dos julgadores se apresenta como um forte óbice à missão do CPC/2015 de incorporar um sistema de provimentos vinculantes que assegure integridade, coerência e estabilidade à prestação jurisdicional.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão de lavra do ministro Luis Roberto Barroso, deixou claro os óbices que encontra o sistema de pronunciamentos vinculantes previsto na nova lei processual. Em sede de Recurso Extraordinário com Agravo n. 992.299 oriundo do Tribunal Regional da 2ª Região (Rio de Janeiro), houve por bem o Ministro negar seguimento ao recurso ao argumento de que estaria de acordo com o entendimento da Corte³³. Ocorre que o julgado, cuja íntegra não ultrapassa três linhas, maneja indevidamente os precedentes e viola o princípio da fundamentação das decisões em pelo menos três aspectos.

A uma, por utilizar fundamentos que se prestariam a fundamentar quaisquer outras decisões (art. 489, §1º, III do CPC/2015), isto é, trata-se de decisão genérica. Ademais, o julgado sequer coteja os argumentos aduzidos pelo recorrente em seu agravo, limitando-se o juízo a afirmar, laconicamente, que a decisão de base estava em consonância com os precedentes do Supremo (art. 489, §1º, IV do CPC/2015). Por fim, o juízo suscita precedentes sem identificar os seus fundamentos determinantes ou demonstrar o porquê de aqueles serem aplicáveis ao caso concreto (art. 489, §1º, VI do CPC/2015). Conforme exposto anteriormente, identificar os motivos determinantes e realizar o efetivo cotejo entre o caso sob julgamento e o caso análogo é mezinha na aplicação de precedentes. A decisão em questão sequer enumera os precedentes aos quais se refere.

Assim, maior exemplo não há acerca das dificuldades, na atuação dos juízes, que sistema do CPC/2015 deve encontrar. Se a própria Suprema Corte, por um dos seus Ministros, abertamente entusiasta do modelo de provimentos vinculantes do CPC/2015 (MELLO; BARROSO, 2016), inobserva o sistema contemplado pela lei, não é despropositado imaginar a quão problemática pode se tornar a atuação dos milhares de juízes que exercem a jurisdição em

³³ Eis a íntegra da decisão:

“Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário. A decisão agravada está correta e alinhada aos precedentes firmados por esta Corte. Diante do exposto, com base no art. 21, § 1o, do RI/STF, nego seguimento ao recurso. Publique-se.”

um país de dimensões continentais.

4.4 A divisão de trabalho nos tribunais e o modelo brasileiro de deliberação judicial

Feitas as análises acerca do sistema de pronunciamentos vinculantes incorporado pela lei processual civil (4.1 e 4.2), bem como os óbices que pode encontrar na atuação dos juízes (4.3), cabe investigar, nesse momento, o papel desempenhado pelos tribunais na consecução dos objetivos previstos pelo Código. A nova lei processual estabelece inúmeros deveres aos tribunais, a exemplo da uniformização e manutenção da sua jurisprudência íntegra, estável e coerente (v. 3.2). Estes foram suficientemente analisadas nos capítulos anteriores do trabalho.

Algumas outras premissas foram assentadas ao longo da pesquisa. A primeira, no sentido de que o sistema de provimentos vinculantes contemplado pela lei processual civil padece de inúmeros problemas de ordem técnica e metodológica, incompatibilidades internas e *fumus* de inconstitucionalidade. Em seguida, constatou-se que não há, no sistema brasileiro, um genuíno sistema de precedentes tal como aquele da *common law*, mas apenas um rol de pronunciamentos vinculantes oriundos de lei. Também se viu que esse rol de provimentos constitui um apanhado de técnicas e instrumentos que foram importados de sistemas alienígenas, não constituindo criação genuína da tradição jurídica brasileira. Por fim, se identificou que a atuação dos juízes, historicamente, é caracterizada pelo individualismo e pelo personalismo, o que pode dificultar a observância aos pronunciamentos pretendida pela lei processual.

Pois bem. A atuação dos tribunais é especialmente relevante no que toca à vinculação de pronunciamentos jurisdicionais. Consoante a opção realizada pelo legislador pátrio, o rol de pronunciamentos do artigo 927 do CPC/2015 constitui produto da função jurisdicional tal como exercida pelos órgãos de cúpula do Judiciário, sejam elas decisões judiciais propriamente ditas, sejam elas enunciados de súmula (que compilam o entendimento consolidado naquelas).

O objetivo da pesquisa, nesse momento, é analisar como os tribunais, dentro da tradição jurídica brasileira, se mostram incompatíveis com a construção de precedentes típica da *common law*. Essa questão será analisada sob dois aspectos. O primeiro a ser contemplado é aquele relativo à divisão de trabalho das cortes. Se se pretende estabelecer um sistema de

pronunciamentos vinculantes que emanam dos tribunais, deve-se atinar para o papel desempenhado pelos mesmos no julgamento dos casos concretos e na construção dos provimentos, problematizando, ainda, o sistema brasileiro de deliberação judicial. Ademais, deve-se analisar em que medida o fenômeno da jurisprudência defensiva pode constituir um empecilho para a efetiva concretização do sistema de provimentos vinculantes adotado pela nova lei processual.

A fim de racionalizar a atividade judiciária, é importante que exista uma adequada distribuição de competências entre as cortes. Uma adequada divisão dos trabalhos repercute na economia processual, na eficiência da prestação jurisdicional e na razoável duração do processo. Uma divisão comumente verificada na literatura em direito processual é aquela entre as cortes responsáveis pela tutela de direitos e aquelas responsáveis pela construção de precedentes. As primeiras, responsáveis pela prolação da decisão justa para o caso concreto, são denominadas cortes de justiça; as segundas, capazes de formar decisões paradigmas para casos futuros, são chamadas de cortes de precedentes (MITIDIERO, 2013, p. 30).

As cortes de justiça são responsáveis por resolver controvérsias ou prolatar decisões justas para os casos concretos. As cortes de precedentes, por sua vez, cuidam do “enriquecimento do estoque de normas jurídicas” e de dar unidade ao direito, formando precedentes. Os órgãos jurisdicionais ordinários seriam aqueles responsáveis para desempenhar a primeira tarefa enquanto os extraordinários seriam os responsáveis pela segunda. Nas primeiras, as cortes de justiça, a interpretação da norma jurídica é uma etapa a ser observada para a solução do caso concreto, enquanto nas cortes de precedentes, a solução do caso é apenas um meio para a construção da adequada interpretação da norma jurídica ali envolvida – interpretação esta que servirá de paradigma para casos futuros e similares (MITIDIERO, 2013, p. 31; TARUFFO, 2011).

Com relação às cortes que se encontram no vértice da justiça civil, é possível pensá-las a partir de dois grandes modelos: como cortes superiores ou como cortes supremas.

A corte superior é aquela cuja atuação deve ser reativa, cabendo à mesma controlar a aplicação da legislação levada a efeito pelos juízes ordinários caso a caso. Para que possa fazê-lo, deve haver recurso da parte interessada, que sempre será cabível para controlar a interpretação e aplicação da lei levada a efeito pelas instâncias inferiores. As decisões emanadas das cortes superiores têm efeito para as partes envolvidas no caso concreto, não servindo, isoladamente, de paradigma para casos futuros (MITIDIERO, 2013, p. 34).

A corte suprema, diferentemente da corte superior, não tem uma ação reativa, mas proativa, de modo a orientar a interpretação e aplicação do direito por parte da sociedade civil, dos seus próprios membros e todos os órgãos jurisdicionais. Também não cuida, a corte suprema, de uma atuação que tem em vista apenas um direito já violado, mas os casos futuros. O caso concreto, na corte suprema, deve servir apenas de ponto de partida para a construção de uma decisão judicial que deve estar apta para vincular todos os demais órgãos do Judiciário, constituindo uma fonte primária do Direito (MITIDIERO, 2013, p. 53).

Analizados os modelos de divisão de trabalho nas cortes, cabe investigar como foi estruturado o sistema brasileiro à luz dessas premissas, a começar pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. O STJ e o STF não são tribunais que trabalham apenas declarando o sentido da Constituição e da legislação infraconstitucional. Ao contrário, esses tribunais dão sentido à Constituição e à legislação federal, sobretudo nas hipóteses em que a possibilidade de uma multiplicidade de entendimentos acerca do mesmo dispositivo legal é agravada.

Compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, decidir acerca da inobservância à lei federal, negativa da sua vigência, controvérsia acerca da sua interpretação e julgar atos de governo local que lhes sejam contrários (artigo 105, III da CRFB/1988). Ao Supremo Tribunal Federal, por sua vez, compete a guarda da Constituição, devendo fazê-lo de acordo com as competências insculpidas no artigo 102 da CRFB/1988. Dada a relevância e a posição que essas cortes ocupam no ordenamento jurídico brasileiro e, especialmente, as diretrizes do CPC/2015 para a atuação dos órgãos jurisdicionais, é que estas devem ser vistas – e redesenhadas – como cortes supremas, não apenas cortes superiores.

Considerando que a sua atuação se reveste de tais características, é imprescindível que, ao julgar, STJ e STF trabalhem de modo a possibilitar que as suas decisões se tornem universalizáveis, levando a efeito interpretações coerentes e justificadas dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais federais (MITIDIERO, 2013, p. 96).

Importa reconhecer que no STF e no STJ deveria preponderar a função nomofilática (CHIARLONI, 2012) em detrimento do singelo controle de legalidade das decisões impugnadas. Isto é, caberia àqueles Tribunais, primordialmente, assegurar a uniforme interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal, servindo o caso concreto de instrumento para que se possa atingir essa finalidade. Não à toa que se faz necessária a demonstração de que a questão levada ao conhecimento desses tribunais é relevante e extrapola as dimensões do caso concreto. No que cinge ao STF, há o critério da repercussão

geral para a admissão do recurso extraordinário. Para os recursos especiais, endereçados ao STJ, está em debate a incorporação de filtro equivalente: a relevância da questão federal (PEC 209/12). Entretanto, a atuação dos mesmos ainda mescla características dos dois modelos de corte, tanto superior quanto a suprema.

O primeiro óbice que se apresenta para o enquadramento desses tribunais enquanto cortes supremas é a ineficiente aplicação do filtro da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal e a inexistência de um filtro com o mínimo de objetividade para o Superior Tribunal de Justiça. Atualmente, o estoque de processos em repercussão geral demoraria doze anos para ser julgado pelo STF. Com efeito, desde 2012 que o próprio Ministro Marco Aurélio Mello já assinalava para essa dificuldade (BARROSO, 2014; MELLO, 2012). Quanto ao STJ, a inexistência de filtro similar à repercussão geral faz com que a Corte adote outros meios nada transparentes para limitar o acesso (MANCUSO, 2014, p. 271).

Além disso, há uma incompatibilidade entre a ideia de que o STJ e o STF sejam concebidas como cortes de precedentes sobretudo porque, atualmente, apenas algumas decisões específicas emanadas destes órgãos possuem caráter vinculante. Admitindo-se a incorporação do filtro da relevância da questão federal para o STJ, o próximo passo a ser tomado deve ser no sentido de garantir a potencial vinculação de todas as suas decisões emanadas em sede de recurso especial; no mesmo sentido, é defensável a vinculação das decisões proferidas pelo STF em sede de extraordinário, e não apenas aquelas proferidas em sede de especial e extraordinário repetitivos.

Para isso, é necessário um redesenho da atuação desses tribunais. A princípio, na sua competência, de modo a possibilitar que todas as questões decididas possuam, de fato, relevância constitucional ou infraconstitucional federal. Em seguida, no reconhecimento de que as decisões emanadas em especial e extraordinário têm condão de se tornarem vinculantes, sendo construídas como genuínos precedentes.

Outra questão que se pode suscitar diz com o próprio modelo brasileiro de deliberação judicial e em que medida este repercute negativamente para a construção de um sistema de provimentos vinculantes. Como o trabalho dessas cortes deveria ser voltado para a construção de sentido para as normas constitucionais e infraconstitucionais federais, bem como a uniformização da interpretação acerca das mesmas, é importante a construção dessas decisões possibilite o seu uso futuro em casos análogos. Entretanto, nem todas as decisões são passíveis de serem utilizadas como paradigma.

Aqui, duas são as possibilidades apresentadas: a cisão dos julgamentos e a alteração do modelo de deliberação judicial.

Com o ajuste na competência dos tribunais e tendo em vista a possibilidade de as suas decisões virem a se tornar precedentes, é importante cuidar para que a decisão seja cindida, a exemplo daquelas tomadas em sede de recursos repetitivos. Assim, uma parte (capítulo) da decisão seria endereçada à solução do recurso, à luz do caso concreto e com base nas normas suscitadas pelas partes e outro destinado à formação do precedente (MITIDIERO, 2014, p. 102). Nesse segundo capítulo, as cortes abstrativizariam o julgamento do especial e do extraordinário, possibilitando a fixação de tese jurídica e construção de uma decisão com potencialidade para ser seguida em todos os casos futuros e análogos. Essa segunda etapa, então, contaria com os mesmos instrumentos para a democratização das decisões judiciais que são capazes de repercutir em toda a ordem jurídica, a exemplo dos *amici curiae*.

Considerando que a decisão que pretende definir o sentido do direito tem qualidade diversa daquela que pretende apenas solucionar o caso concreto, deve-se atentar para a forma como esta decisão é produzida. Aqui, releva por em discussão o modelo de deliberação judicial no STJ e STF, a fim de que se possa identificar o óbice decorrente desse sistema.

Existem dois modelos para a apresentação do resultado da deliberação judicial: *per curiam*, no qual o pronunciamento do tribunal é apresentado em texto único; *seriatim*, em que a decisão é apresentada em texto composto. O modelo *per curiam* possibilita a apresentação do resultado do julgamento enquanto posição do tribunal, enquanto o modelo *seriatim* conjuga todas as decisões individuais dos membros da corte e, após apuração dos votos e posicionamentos, se chega a uma conclusão. No modelo *seriatim*, no qual está inserido o ordenamento brasileiro, há uma peculiar dificuldade para construção de um precedente: é que os julgados não se apresentam como um posicionamento unívoco, que representa o entendimento institucional do tribunal.

A fim de aplicar um precedente, é necessário extrair a sua *ratio decidendi*. Essa tarefa é particularmente mais simples quando se pretende identificar a *ratio* em uma decisão unívoca, que denota posicionamento único do tribunal (modelo *per curiam*). Quando se está diante de decisão colegiada, tomada a partir do modelo *seriatim*, cabe ao intérprete identificar o posicionamento de cada um dos julgadores para que, então, extraia se determinada tese foi adotada à unanimidade ou pela maioria dos membros do órgão colegiado (MARINONI, 2015, p. 30). Não basta, pois, a contagem dos votos no dispositivo do acórdão, mas a investigação acerca dos motivos determinantes do julgado. Decisões majoritárias podem contemplar

fundamentos distintos, muito embora os juízes cheguem à mesma conclusão. Assim, a maioria é formada apenas no resultado, mas não nos motivos determinantes, o que dificulta a extração do sentido da decisão e, conseqüentemente, a sua aplicação a casos futuros e análogos.

Não raro, decisões são tomadas por maioria de votos, mas não é possível formar maioria na tese jurídica adotada. Considere-se como ponto de partida a composição do Supremo Tribunal Federal, que possui onze ministros. É possível que exista uma votação por seis votos a cinco em que os cinco votos vencidos sejam todos proferidos com base em uma mesma tese jurídica. Os seis votos vencedores, por outro lado, possuem duas teses jurídicas distintas, sendo três em um sentido e três em outros. Porém, no resultado, formam maioria em sentido diverso dos votos dos outros cinco ministros. Assim, é possível que se tenha um placar de cinco a três a três quando analisadas as teses jurídicas, mas seis a cinco no resultado do julgamento.

Há que se reconhecer, então, essa limitação inerente à própria construção das nossas cortes: ainda que venham a ser (re)estruturadas como cortes de precedentes, ainda será possível a ocorrência de decisões plurais, sendo estas entendidas como decisões majoritárias que não possuem *ratione decidendi* sustentada pela maioria do colegiado. Tais decisões, então, não serviriam de paradigma para os juízos inferiores, não funcionando como precedentes.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, o problema das decisões plurais ensejou o desenvolvimento do teste denominado *narrowest grounds* (Marks v. United States, 1977). Eis a ideia assentada no julgado, em tradução livre: quando uma Corte fragmentada decide um caso e nenhuma única racionalidade que explique o resultado conte com a concordância de cinco Ministros, a decisão do Tribunal pode ser vista como aquela posição adotada por aqueles membros que concordaram no julgamento sobre os fundamentos mais restritos (ou mais próximos, estreitos).³⁴ Assim, apenas o mínimo de consenso atingido pelos membros do tribunal serviria para aplicação a casos futuros e similares.

Por fim, o fenômeno da jurisprudência defensiva também merece destaque. Com a expansão da competência dos tribunais a partir das reformas legislativas e o incremento da sua atividade, houve um aumento do número de processos em tramitação perante os mesmos. Some-se a isso a atual ineficiência dos filtros de acesso a estes tribunais, conforme

³⁴ No original: When a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds.

anteriormente exposto.

A valorização da atividade dos tribunais se deu sobretudo para que estes pudessem protagonizar um movimento de garantia da isonomia, segurança jurídica e agilidade nos julgamentos. O excesso desse protagonismo e a profusão dos instrumentos disponíveis para o jurisdicionado ensejaram a utilização da própria jurisprudência dominante para obstaculizar o acesso aos tribunais superiores e, paulatinamente, reduzir a sua demanda. Há, então, uma situação paradoxal: de um lado, o sistema oferta os mais diversos meios de impugnar decisões; de outro, busca impedir o acesso aos tribunais por meios dos mais diversos (MANCUSO, 2014, p. 260).

A jurisprudência defensiva é a criação, pela via pretoriana, de inúmeros obstáculos³⁵ para o conhecimento de recursos nos tribunais superiores, sobretudo a partir da utilização da jurisprudência sumular ou dominante (v. MONTEIRO, 2012). No afã de reduzir substancialmente o *input* de recursos nos tribunais, se desvirtuou a *práxis* judiciária: em vez de uma preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional, fixou-se no aspecto quantitativo da mesma (MANCUSO, 2014, p. 270). Acaso houvesse preocupação com o aspecto qualitativo, o caminho adequado deveria ser o redesenho da atividade jurisdicional levando-se em conta alguns aspectos já enumerados anteriormente, como a legítima reforma no papel daqueles tribunais na ordem jurídica brasileira e na mudança no seu modelo de deliberação.

Corre-se o risco, então, a partir da entrada em vigor do CPC/2015 da utilização dos provimentos vinculantes contemplados pela lei processual com a singela finalidade de redução dos estoques dos tribunais, sem se preocupar com a qualidade da prestação jurisdicional.

Isso se torna um problema na medida em que dificulta a rediscussão de matérias já pacificadas pela corte que prolatou a decisão vinculante, impedindo, então, a evolução do direito e a mudança de posicionamento dos tribunais acaso o entendimento consolidado venha a ser considerado injusto. Ora, é comezinho que a revogação de pronunciamento vinculante só pode ser levada a efeito pela corte que prolatou a decisão, nunca por um órgão inferior. Em sendo os pronunciamentos vinculantes barreiras para o acesso aos tribunais superiores, é de se questionar em que ocasião aqueles órgãos rediscutirão os entendimentos consolidados. Não há,

³⁵ Barbosa Moreira (2006, p. 41) já alertava que, ao criar limitações para o juízo de admissibilidade dos recursos, não se deveria “exagerar na dose: por exemplo, arvorando em motivos de não conhecimento, circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimimento”.

no CPC/2015, qualquer regramento específico sobre essa questão, merecendo vigilância a atuação dos tribunais nesse particular.

As questões suscitadas neste item denotam o quão distante ainda se encontram os tribunais brasileiros das genuínas cortes de precedentes. Até o momento, tem-se intentado construir um sistema de precedentes de cima para baixo, pela via legislativa, com a simples definição de um rol de pronunciamentos vinculantes. Não há uma construção histórica, tradicional, acerca da observância dos precedentes, da sua aplicação e sequer acerca do papel dos tribunais na construção dos mesmos. Essas questões denotam o longo caminho que o ordenamento jurídico brasileiro ainda deve trilhar se deseja construir um sistema de pronunciamentos vinculantes minimamente racional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desta pesquisa foi investigar em que medida o sistema de solução/contenção da divergência jurisprudencial incorporado pelo CPC/2015 pode prosperar, tendo em vista a tradição jurídica brasileira. Duas foram as questões analisadas: a primeira, se o sistema brasileiro de pronunciamentos vinculantes constitui um legítimo sistema de precedentes; a segunda, se esse sistema, conforme incorporado pela legislação brasileira, encontra algum óbice à sua concretização.

A forma como cada ordenamento exerce a função jurisdicional é determinada a partir das suas características fundamentais, que relacionam, a um só tempo, aspectos do sistema legal – um conjunto operacional de instituições, procedimentos e regras – e ainda questões relacionadas à cultura, valores e tradições de determinada sociedade. Assim é que a partir de uma análise histórica e comparativa, pode-se identificar uma pluralidade de países ocupantes de determinado espaço regional, ligados a raízes e tradições comuns e portadores de características mais ou menos constantes. Em regra, o enquadramento do ordenamento em determinada tradição é determinante na conformação do exercício da jurisdição.

É possível falar, então, que os ordenamentos que compartilham tais caracteres são pertencentes a uma mesma tradição jurídica. Essa ideia serve para que se possa trabalhar em abstrato com diversos ordenamentos jurídicos pertencentes a blocos distintos que compartilhem características semelhantes. Assim, duas são as grandes tradições jurídicas ocidentais e que forneceram a base para a presente pesquisa: a *common law* e a *civil law*. A primeira, de origem inglesa, que tem como traço distintivo o apego aos precedentes e à criação judicial do direito. A segunda, de origem romano-germânico, que encontra nas leis escritas o seu fundamento e na qual o papel do juiz é primordialmente de aplicador da lei.

A tradição jurídica brasileira, por seus aspectos históricos, finca suas raízes na tradição *civil law*. Trata-se de fácil constatação a partir da análise dos primórdios do desenvolvimento do direito no Brasil colonial, sobretudo a partir do transplante da tradição jurídica portuguesa – de origem romanística – e de toda a burocracia da metrópole para a colônia. Outros traços são bastante característicos da tradição brasileira e que repercutem, sobremaneira, no objeto da presente pesquisa: o papel de destaque desempenhado pelo bacharel no espaço organizacional brasileiro, o apego ao individualismo e personalismo que prepondera

na burocracia brasileira e a tradição de direito público e privado que denota a mescla do ordenamento jurídico brasileiro a partir do seu desenvolvimento histórico.

Após a apresentação dos principais substratos teóricos a serem observados pela pesquisa, o segundo capítulo cuidou do posicionamento do problema: o fenômeno da divergência jurisprudencial, suas consequências para o sistema de justiça e a solução introduzida pelo CPC/2015. O dissenso é ocorrência comum no discurso jurídico, sobretudo a partir da sua natureza dialética. Essa circunstância se agrava nos ambientes decisórios frouxos, em que há maior abertura e liberdade para os juízes decidirem, o que acarreta multiplicidade de interpretações e soluções diversas para casos similares.

O respeito ao passado encontra, no ordenamento jurídico brasileiro, inúmeros suportes principiológicos constitucionais, tais como igualdade (art. 5º, *caput*, da CRFB/1988), imparcialidade, segurança jurídica, eficiência (art. 37, *caput*, CRFB/1988), previsibilidade das decisões e razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988). Para além destes, a nova lei processual civil também incorporou os deveres de uniformização e manutenção da jurisprudência como íntegra, estável e coerente (art. 926, CPC/2015).

Para concretizar essas diretrizes, o CPC/2015 incorporou uma série de pronunciamentos vinculantes (art. 927), tais como as decisões proferidas em controle de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante e demais súmulas do STJ e do STF, os recursos extraordinários e especiais repetitivos, os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, bem como a orientação do plenário ao qual estão vinculados os órgãos. Incorporou, ainda, uma série de técnicas de manejo desses provimentos que vão desde a aplicação à demonstração de superação do entendimento neles consolidados.

Ao terceiro e último capítulo coube a análise acerca da existência de um genuíno sistema de precedentes no CPC/2015 e sobre a compatibilidade desse sistema com a própria tradição jurídica brasileira. A incorporação de um sistema de pronunciamentos vinculantes fez com que, a um só tempo, se vaticinasse a definitiva virada na tradição jurídica brasileira – que agora deixaria de pertencer à *civil law* – ao mesmo passo em que aqueles foram vistos como a incorporação da doutrina do *stare decisis* no Brasil.

Isso não é, contudo, o que se verifica na realidade. A princípio, é possível suscitar as imprecisões técnicas que permeiam o sistema incorporado pela lei processual civil: o legislador menciona, de forma indistinta, os tribunais, sem atinar para a divisão de trabalhos que há entre eles; utiliza as expressões jurisprudência, precedentes e súmulas sem maiores

cuidados terminológicos, como se sinônimos fossem; incorpora o dever de integridade, como se houvesse tomado partido no debate doutrinário construído a partir da obra de Ronald Dworkin.

Em seu artigo 927, o CPC/2015 contemplou um rol de pronunciamentos que a doutrina vastamente considerou como de precedentes. Entretanto, as decisões ali constantes estão longe de serem os genuínos precedentes da *common law* ou, ainda, de denotarem a adoção da *stare decisis*. Trata-se, apenas e tão somente, de um rol de decisões cujo caráter vinculante decorre de previsão constitucional ou legal que em nada se assemelha à realidade da tradição jurídica inglesa. A construção do sistema de precedentes da *common law* não se deu a partir de uma simples mudança legislativa, mas pela paulatina construção histórica. Da mesma forma, os precedentes da *common law* não nascem precedentes por força de lei, mas o são a partir da sua higidez e da forma como são absorvidos e aplicados a casos futuros e similares pelos demais juízes.

Some-se a isso as inconsistências do sistema incorporado pelo CPC/2015. Há uma dificuldade em compatibilizar as súmulas, que demandam múltiplas decisões para que sejam elaboradas, com os provimentos vinculantes, em que basta uma decisão para que surja a vinculação vertical e horizontal dos órgãos jurisdicionais. Também deve-se ressaltar que o CPC/2015 não contemplou, suficientemente, o papel desempenhado pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e o microssistema dos Juizados Especiais. Além disso, deve haver um necessário diálogo entre o IRDR e as tutelas coletivas, incorporadas de há muito no sistema brasileiro.

Por fim, o rol de pronunciamentos vinculantes do CPC/2015 tem constitucionalidade questionável. A principal razão é a necessidade de previsão constitucional para que se institua um sistema de pronunciamentos vinculantes, a exemplo da Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu as súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro. Não poderia legislador, pela via infraconstitucional, equiparar provimentos jurisdicionais a enunciados vinculantes que demandaram previsão constitucional e foram objeto de penoso debate, especialmente pelo novo papel atribuído ao Judiciário na ordem constitucional.

Bem vistas as coisas, o que se constata é que essas inconsistências resultam, sobretudo, da incorporação de diversos mecanismos previstos em ordenamentos alienígenas sem o devido cuidado com a racionalidade e compatibilidade entre os mesmos. Como não poderia deixar de ser, a importação de instrumentos previstos em países com diferentes e

peculiares tradições jurídicas, tais como Portugal, Alemanha, Estados Unidos e Áustria, não poderia redundar em um sistema ótimo. Há uma clara dificuldade na compatibilização entre os instrumentos, como, a propósito, enunciado desde o primeiro item deste último capítulo, o que repercute negativamente no objetivo de manutenção da jurisprudência íntegra, estável e coerente. Some-se a isso a problemática em torno da própria constitucionalidade dos instrumentos, também contemplada no item *supra*.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro se inicia com inspiração americana para, posteriormente, incorporar elementos do modelo austríaco. A metodologia das súmulas, por sua vez, tem origem nos assentos do direito português. O recurso extraordinário vem do direito americano, tendo sido aperfeiçoado com a incorporação do procedimento de julgamento dos repetitivos com inspiração no direito alemão – que também dá origem ao IRDR, inspirado no *Musterverfahren*.

Assim, é possível enunciar, a um só tempo, que não há *commonlização* do direito brasileiro e tampouco um genuíno sistema de precedentes.

Por fim, viu-se que a atuação dos juízes e dos tribunais também pode ser vista como um óbice para a construção e incorporação de um sistema de precedentes na ordem jurídica brasileira. Há, atualmente, um duplo constrangimento: a adstrição dos juízes à lei e a necessidade de observar o que já foi decidido pelos tribunais. Contudo, ainda existe um amplo cenário de dispersão jurisprudencial que decorre sobretudo porque os juízes, a despeito dos constrangimentos legais, se sentem franqueados para decidirem conforme seu livre convencimento. A primazia da ideia de livre convencimento é algo que tem sua origem e está arraigada no pensamento jurídico brasileiro, tendo permeado a burocracia nacional desde os seus primeiros dias. Com o direito processual e o exercício da jurisdição não poderia ser diferente.

A aplicação de precedentes demanda atividade interpretativa. Ao juiz cabe interpretar o provimento vinculante e buscar, na sua raiz, os motivos determinantes para que possa adequá-los ao caso concreto. Enquanto prevalecer a mentalidade solipsista, esses provimentos serão interpretados e aplicados ao talante do julgador e casos iguais continuarão a receber tutelas desiguais. Trata-se de mudança que deve perpassar a mentalidade dos magistrados, mais do que simplesmente constar de um rol legal de decisões a serem observadas.

Por fim, contemplou-se o papel dos tribunais. Em se tratando de reforma que visa estabelecer um sistema de pronunciamentos vinculantes que emanam dos tribunais, deve-se

atinar para o papel desempenhado pelos mesmos no julgamento dos casos concretos e na construção dos provimentos, problematizando, ainda, o sistema brasileiro de deliberação judicial. Primeiro, deve-se repensar a atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a fim de que sejam constituídos, genuinamente, enquanto cortes de precedentes. Assim, a sua finalidade é decidir casos com os olhos para o futuro, preocupando-se em estabelecer teses jurídicas que poderão vir a ser aplicadas futuramente.

Para a construção dessas teses jurídicas, deve-se repensar o modelo brasileiro de deliberação judicial, que se mostra insuficiente para a construção de provimentos vinculantes, sobretudo na hipótese de decisões plurais. No que diz respeito a rediscussão das teses jurídicas assentadas (superação dos entendimentos), um redesenho dos tribunais deve por fim à jurisprudência defensiva, que consiste na criação de inúmeros obstáculos ilegítimos para o acesso aos tribunais superiores.

É somente repensando criticamente a legislação, a atuação dos juízes e dos tribunais à luz da realidade jurídica brasileira e distanciando-se das respostas prontas que se pode ser bem-sucedido no exercício da jurisdição de forma uniforme, estável e coerente.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. *In: Direito Jurisprudencial*. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2012, p. 491-552.

_____.; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *In: Revista de Processo*. n. 240. p. 221-242. São Paulo: RT, 2015.

AGOSTINI, Eric. **Direito Comparado**. Porto: Res Jurídica. S/d.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ATAÍDE JÚNIOR., Jaldemiro Rodrigues. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro. *In: Revista de Processo*. n. 229. p. 377-401. São Paulo: RT, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. *In: Revista Justitia*. Vol. 74. 1971.

BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. Campinas: Russell, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Reflexões sobre a competência e funcionamento do Supremo Tribunal Federal**. 2014. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>. Acesso em 11.08.2016.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: **Revista de Processo**. n. 147. p. 123-146. Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAENEGEM, Raoul C. Van. **The birth of the English common law**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. In: **Revista dos Tribunais**. n. 786. São Paulo: RT, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz. WAMBIER, Teresa. NERY JR., Nelson. (Coords.). **Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, vol. 20. Porto Alegre: UFRGS, 2001, p. 261-286.

CARNELUTTI, Francesco. Perfil dei rapporti tra diritto e processo. *In: Rivista di Diritto Processuale*. n. 4. Pádua: Cedam, 1960, p. 59-66.

_____. **Sistema de Direito Processual Civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem: A Elite Política Imperial**. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do Contrôlo da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa**. Vol. I: Le fonti e il pensiero giuridico. Milano: Giuffrè, 1982.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. *In: Direito Jurisprudencial*. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2012, p. 225-243.

CHIASSONI, Pierluigi. A filosofia do precedente: reconstrução racional e análise conceitual. Trad: Thiago Pádua. *In: Revista Universitas JUS*. v. 27. n. 1. Brasília: UniCEUB, 2016, p. 63-79.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. 4. ed. São Paulo: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. O Romanismo nas origens da cultura jurídica brasileira. *In: Revista do Centro Acadêmico Afonso Penna*. ed. 1º Semestre de 2009. Belo Horizonte: UFMG, 2009, p. 515-560.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2017 (Ano-Base 2016)**. Brasília, 2017. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.p>

df. Acesso em: 21.10.2017.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 39-80.

CRUZ, Breno de Paula Andrade; MARTINS, Paulo Emílio Matos. O poder do bacharel no espaço organizacional brasileiro: relendo Raízes do Brasil e Sobrados e mocambos. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 3, p. 01-09, Out. 2006. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512006000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 de março de 2017.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Nota breve sobre o efeito vinculante. In: **Revista de Informação Legislativa**. n. 129, 1996.

DA MATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**. Para uma sociologia do dilema brasileiro. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DANTAS, Bruno. Súmula Vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. In: **Revista de Informação Legislativa**. n. 48, 2008, p. 179-190.

_____. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. In: **Revista de Informação Legislativa**. n. 190, 2011.

DAVID, René. **Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Direito Inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DIDIER JUNIOR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2015a.

_____. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: *Precedentes (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3)*. Fredie Didier Junior. (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2015b, p. 383-399.

_____. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o Neoprocessualismo. *In*: DIDIER JUNIOR., Fredie. (org.). **Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 257-263.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. **O Direito, a Lei e a Jurisprudência**. São Paulo: RT, 1974

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *In*: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITE, Rodrigo; JOSINO, Miguel. **Análise das divergências jurisprudenciais no STF e**

STJ. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

LENZA, Pedro. **Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>. Acesso em 10.09.2016.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law - A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza; eficácia; operacionalidade**. São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2015.

_____. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Isidoro. **História do direito nacional**. 3 ed. Brasília: UnB, 1979.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; BARROSO, Luis Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In: **Revista da AGU**. v. 15. n. 03. Brasília: AGU, 2016, p. 9-52.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: RT, 2016.

MELLO, Marco Aurélio. Cinco anos de repercussão geral: reflexões necessárias. *In: Revista de Direito do Estado*. Ano 7. N. 24. Julho-Setembro de 2012.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Precedente e IRDR**: algumas considerações. *In: Precedentes (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3)*. Fredie Didier Junior. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 567-589.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The *civil law* tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013.

MONTEIRO, André Luís. Duas providências do projeto de novo Código de Processo Civil para o fim da chamada jurisprudência defensiva – Uma evolução rumo ao pleno acesso à justiça. *In: Revista de Processo*. n. 204. p. 263-280. São Paulo: RT, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. *In: Revista da Escola Nacional de Magistratura*. n. 1., p. 38-52. Brasília: ENM, 2006.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NERY, Nelson; NERY, Rosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Novo CPC – Lei n. 13.105/2015. São Paulo: RT, 2015.

NUNES, Edson. **A gramática política no Brasil**. Clientelismo e insulamento burocrático. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o

formalismo excessivo. *In: Revista de Processo*. n. 137. p. 7-31. São Paulo: RT, 2006.

PEGORARO, Lucio. **La Justicia constitucional. Una perspectiva comparada**. Madrid: Dykinson, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil. *In: NERY JUNIOR*., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. São Paulo: RT, 2001.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval. **Processo Constitucional – nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In: Revista de Direito Constitucional*. Vol. 57. São Paulo: RT, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O que é isto? Decido conforme minha consciência**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (coord. Alexandre Freire). São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; ALMEIDA, Roberto de Oliveira. Fundamentação das decisões judiciais no CPC/2015 e o Superior Tribunal de Justiça: uma análise do Mandado de Segurança 21.315/DF. *In: Revista da AJURIS*. v. 44. n. 142. p. 245-264. Porto Alegre: AJURIS, 2017.

TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. *In: Revista de Processo*. n. 199. p. 139-155. São Paulo: RT, 2011.

TESHEINER, José Maria. Inconstitucionalidades gritantes no artigo 927 do novo CPC. *In: Revista Páginas de Direito*. Ano 15. nº 1276. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/317-artigos-set-2015/7376-inconstitucionalidades-gritantes-no-artigo-927-do-novo-cpc>. Porto Alegre, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Trad. Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes, Uniformização de jurisprudência. *In: Revista de Processo*, n. 104. p. 194-217. São Paulo: RT, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

_____. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil. *In: Revista de Processo*. Vol. 192. p. 193-209. São Paulo: RT, 2011.

VALLADÃO, Haroldo. **História do Direito, Especialmente do Direito Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. In: **Revista de Processo**. n. 172. p. 121-153. São Paulo: RT, 2009.

_____. Precedentes e Evolução do Direito. In: **Direito Jurisprudencial**. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2012, p. 11-95.

_____; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Embargos de declaração e omissão do juiz**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2014.

WOLKART, Erik Navarro. Súmula vinculante. In: **Direito Jurisprudencial**. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2012, p. 277-341.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZANETI JUNIOR., Hermes. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2014.