



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Daniela Pereira Madeira

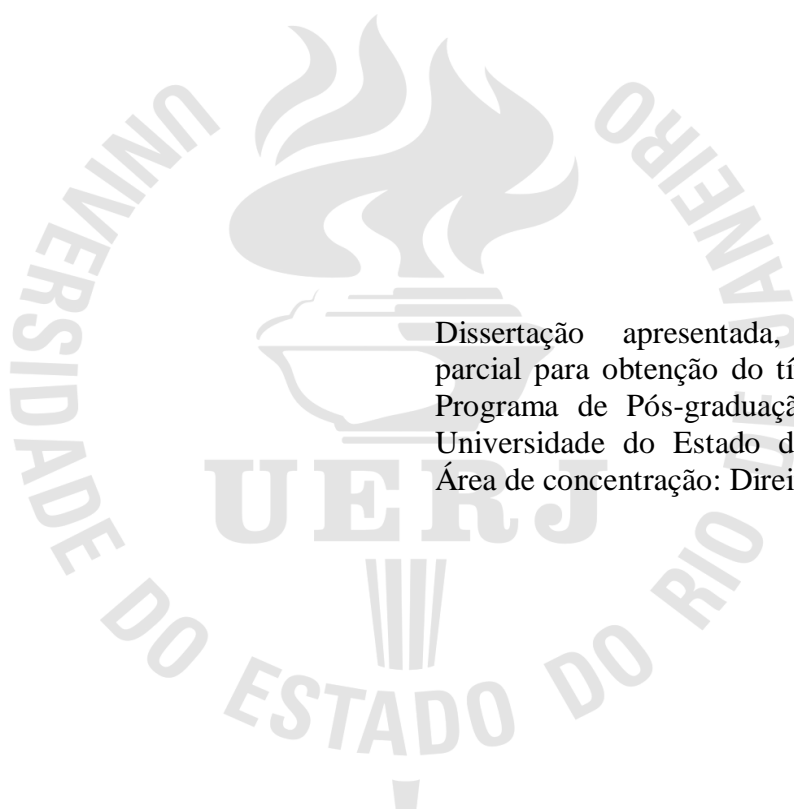
O papel da jurisprudência no Processo Civil contemporâneo

Rio de Janeiro

2012

Daniela Pereira Madeira

O papel da jurisprudência no Processo Civil contemporâneo



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Alúcio Gonçalves de Castro Mendes

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M181 Madeira, Daniela Pereira.

O papel da jurisprudência no Processo Civil contemporâneo / Daniela Pereira Madeira. – 2012.
189 f.

Orientador: Prof. Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Jurisprudência- Teses. 2. Direito processual - Teses. 3. Processo civil – Teses. I. Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340.143

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Daniela Pereira Madeira

O papel da jurisprudência no Processo Civil contemporâneo

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 26 de outubro de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Luiz Fux

Faculdade de Direito -UERJ

Prof. Dr^a. Teresa Arruda Alvim Wambier

Universidade Paranaense

Rio de Janeiro

2012

RESUMO

MADEIRA, D, P. *O papel da jurisprudência no Processo Civil contemporâneo*. 2012. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A utilização correta da jurisprudência conduzirá a sociedade brasileira a uma maior estabilidade jurisprudencial, com respeito ao princípio da isonomia, não somente diante da norma legislada como também perante a norma julgada.

Deve-se afastar a discrepância de decisões judiciais relativas ao mesmo tema, que tratam desigualmente os iguais, evitando assim o longo percurso das vias recursais para se obter um julgamento isonômico em situações idênticas. O princípio da isonomia visa garantir que todos recebam tratamento igualitário da lei e, de outro lado, oferece a certeza de que todos os juízes devem decidir de modo análogo quando se depararem diante de situações semelhantes.

A jurisprudência, uma vez que traduz a interpretação da norma, deve ser estável e previsível, com o fito de pautar as condutas dos jurisdicionados em virtude de se conhecer o entendimento da Corte máxima a respeito de uma determinada matéria. Um direito instável e imprevisível não gera a segurança jurídica, nem a pacificação social que razoavelmente se espera.

A aplicação da jurisprudência no tempo, através da modulação, ganha novos contornos em virtude de sua previsão legal no projeto do Código de Processo Civil. A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas (art. 847, § 1º do projeto concluído no Senado Federal). Privilegia-se, além do princípio da segurança jurídica, o princípio da confiança que deve ter como uma das suas consequências que a expectativa legítima do jurisdicionado seja respeitada mediante a aplicação da jurisprudência dominante antiga e mais benéfica para o jurisdicionado.

Neste contexto, em se pensando em uma reforma processual efetiva, deve-se ter como objetivo a ser seguido, além da celeridade processual e eficiência dos atos jurisdicionais, a uniformização da jurisprudência, eis que a necessidade de formação de uma só pauta de conduta para o jurisdicionado deve ser o objetivo almejado. E este objetivo só será alcançado quando houver uma uniformização e aplicação da jurisprudência dominante. Os instrumentos processuais inseridos no Código de Processo Civil devem ser reavaliados e novos elaborados, já que até agora serviram para dirimir conflitos intersubjetivos e não mais respondem satisfatoriamente às novas situações, que são as necessidades e valores de uma sociedade globalizada, massificada.

Palavras-chave: Jurisprudência. Jurisprudência dominante. Jurisprudencial. Decisão. Decisão Judicial. Precedente. Estabilidade. Estabilidade jurisprudencial. Previsibilidade. Previsibilidade jurisprudencial. Isonomia. Princípio da Isonomia. Segurança Jurídica. Princípio da Segurança Jurídica. Confiança. Princípio da Confiança. Interpretação. Aplicação. Modulação. Código de Processo Civil. Novo Código de Processo Civil. Fundamentação. Motivação. Reforma Processual. Instrumentos Processuais. Jurisdição. Jurisdicionados. Jurisdicional. Pauta de conduta. Celeridade. Celeridade processual. Eficiência. Eficácia.

Uniformização. Conflitos. Conflitos intersubjetivos. Sociedade. Sociedade globalizada.
Sociedade massificada.

ABSTRACT

MADEIRA, D, P. The role of case law in the contemporary Civil Procedure. 2012. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

The correct use of case law will lead Brazilian society to a greater judicial stability that complies with the principle of equality, not only before legal rules as well as before judicial norms.

It should be avoided the discrepancy of judgments related to the same matter, which unequally treat the ones in the same circumstances, thus avoiding the long judicial journey in order to obtain a uniform judgment for similar situations. The principle of equality aims to ensure that everyone receives equal law treatment and on the other hand, assures that all judges should decide in the same way when they come across similar situations.

The jurisprudence as it reflects the interpretation of the rule, should be stable and predictable, in order to guide the conduct of citizens as it states the the highest Court understanding on a particular matter. An unstable and unpredictable rule does not create law certainty nor the social peace that one can reasonably expect.

The application of case law in time, by means of its modulation, earns new contours due its legal provision in the Civil Procedure Code Project. The change of a settled understanding claims for an adequate and specific reasoning, considering the need for stability of legal relations (art. 847, § 1 of the completed project in the Senate). This increases the value of the legal certainty principle and of legitimate expectations principle that should have as one of their consequences that the legitimate expectation of the claimer is respected by applying him the old and more beneficial ruling jurisprudence. .

In this context, the aim for an effective procedural reform should be pursued, besides the procedural celerity and the efficiency of judicial acts, and also the standardization of jurisprudence. An unique agenda of conduct for the claimants should be desired as a goal. And this can only be achieved when there is a standardization and application of prevailing jurisprudence.

Keywords: Case law. Judicial. Stability. Principle of equality. Legislated standard. Judicial standard. Discrepancy. Unequally treated. Judgment isonomic. Equal treatment. Certainty. Interpretation. Stable. Predictable. Modulation. Civil Procedure Code. Principle of legal certainty. Principle of legitimate expectations. Efficiency. Standardization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SEGURANÇA E MUTAÇÃO	14
1.1 Estabilidade e Sociedade de risco	14
1.2 Legislação e julgados. Direito e sociedade	15
1.3 Sociedade aberta de intérpretes e o debate constitucional e infraconstitucional ..	16
1.4 Do papel das Cortes Superiores por meio dos recursos extraordinários ou excepcionais	21
2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	25
2.1 Princípio da segurança jurídica	28
2.1.1 <u>Segurança de orientação e segurança de realização</u>	31
2.1.2 <u>A necessidade de eficácia normativa da segurança jurídica</u>	32
2.2 Princípio da proteção da confiança	33
2.2.1 <u>O princípio da boa-fé como fundamento do princípio da proteção da confiança</u>	35
2.2.2 <u>O princípio da segurança jurídica como fundamento do princípio da proteção da confiança</u>	37
2.3 O princípio da igualdade na aplicação da lei	38
2.4 O princípio da motivação (fundamentação) da decisão como forma de controle da aplicação uniforme da lei	42
2.5 A necessidade de unidade do ordenamento jurídico	43
3 O IMPACTO DO PRECEDENTE NA JURISPRUDÊNCIA	46
3.1 A análise do precedente	46
3.2 O precedente como regra universalizável à luz de Michele Taruffo	48
3.2.1 <u>Dimensão institucional do precedente</u>	49
3.2.2 <u>Dimensão objetiva do precedente</u>	50
3.2.2.1 <u>A diferença entre <i>obiter dictum</i> e <i>ratio decidendi</i></u>	50
4 DA VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	56
4.1 O sistema da <i>common law</i> e a vinculação pelos precedentes	56
4.1.1 <u>Técnicas que geram a flexibilidade no sistema da <i>common law</i>. O <i>overruling</i> e o <i>distinguishing</i></u>	58
4.2 O sistema do <i>civil law</i> e a vinculação à lei	61
4.2.1 <u>Em busca da uniformização da jurisprudência no CPC de 1973</u>	63

4.2.2 <u>Direito português e o seu reflexo no Direito brasileiro</u>	67
5 O PAPEL DA JURISPRUDENCIA NO CONTEXTO DO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	70
5.1 Aspectos Gerais da Jurisprudência	70
5.2 O significado do termo jurisprudência e os precedentes de uniformização da jurisprudência	71
5.3 Das funções da Jurisprudência	80
5.3.1 <u>Interpretar e humanizar a lei</u>	81
5.4 A importância da jurisprudência nos países que adotam o sistema do <i>civil law</i>	83
5.4.1 <u>O novo enfoque dado ao papel da jurisprudência e à sociedade moderna</u>	85
5.4.2 <u>A arte da decisão judicial na aplicação das normas jurídicas</u>	88
5.5 Das súmulas e da jurisprudência dominante	90
5.5.1 <u>Das súmulas como instrumento de revelação da jurisprudência</u>	91
5.5.2 <u>Da súmula vinculante</u>	92
5.5.3 <u>Eficácia expansiva da jurisprudência consubstanciada nos enunciados das súmulas</u> ..	94
5.5.4 <u>Contornos da definição da expressão “jurisprudência dominante”</u>	98
6 MECANISMOS TENDENTES A PROPICIAR A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	104
6.1 Mecanismos de fortalecimento da jurisprudência	106
6.1.1 <u>O Julgamento de mérito sem citação no artigo 285- A do Código de Processo Civil</u> .	106
6.1.2 <u>Juízo de impedimento de recurso de apelação realizado pela primeira instância no artigo 518, § 1º do Código de Processo Civil</u>	110
6.1.3 <u>A não aplicação de reexame necessário no artigo 475 § 3º do Código de Processo Civil</u>	112
6.1.4 <u>A negativa de seguimento e provimento de recurso por confronto com orientação dominante dos tribunais no artigo 557 caput e § 1º do Código de Processo Civil</u>	113
6.2 Mecanismos formadores de jurisprudência	116
6.2.1 <u>Da repercussão geral no recurso extraordinário nos artigos 543-A, §§ 3º e 5º do 543-B, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil</u>	116
6.2.1.1 <u>Repercussão Geral versus Arguição de Relevância</u>	117
6.2.1.2 <u>A inspiração norte-americana do <i>petition for certiorari</i></u>	118
6.2.1.3 <u>Inovações advindas com a repercussão geral</u>	119
6.2.1.4 <u>O uso do método difuso como instrumento de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil</u>	121

6.2.1.5 Do procedimento do Recurso Extraordinário.....	125
6.2.2 <u>Dos recursos repetitivos no artigo 543-C do Código de Processo Civil.....</u>	129
7 FORMAS DE FORTALECIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA.....	134
7.1 Da necessidade de especialização dos tribunais.....	134
7.2 A orientação por meio da jurisprudência dominante ou enunciados da súmula como uma forma de expressão da coerência do sistema jurídico.....	137
7.3 Da necessidade de identificação do precedente por meio da <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> e seus reflexos na uniformização da jurisprudência.....	143
7.4 Análise dos precedentes que embasaram os enunciados das súmulas e a aplicação do método chamado <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i> no nosso ordenamento jurídico.....	146
7.5 A questão da necessidade da aplicação da jurisprudência no tempo.....	150
7.6 Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em cotejo à formação da uniformização da jurisprudência.....	156
CONCLUSÃO.....	165
REFERÊNCIAS.....	168

INTRODUÇÃO

O tema do papel da jurisprudência no direito processual contemporâneo surge no momento em que as mudanças da sociedade moderna impõem uma visão diferente do direito em virtude da complexidade dos casos trazidos ao Judiciário, obrigando o juiz a decidir de acordo com a peculiaridade do caso concreto.

O mundo moderno, construído sobre sociedades cada vez mais complexas e especializadas, ligado à crescente judicialização de casos que antes não eram de importância para o direito, bem como o surgimento de relações jurídicas não previstas no ordenamento positivo, impõe que se reconheça que não pode a atividade judicial limitar-se a repetir as meras palavras da lei. Isso significa que o reconhecimento do primado da lei no sistema do *civil law* não elimina a necessidade de interpretação

Neste diapasão, a lei passa a ser interpretada, não existindo mais espaço para o juiz robotizado. Exige-se que o Judiciário acompanhe a evolução da sociedade em que esteja inserido, com a incumbência de dar o significado à letra fria da lei. Cabe à atividade judicial a função de adequar a lei ao caso concreto, humanizando o preceito genérico e impessoal.

A necessidade da formação de uma só pauta de conduta para o jurisdicionado, através da uniformização da jurisprudência, deve ser objetivo almejado nas reformas processuais, que devem privilegiar a estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais.

Não resta a menor dúvida que a discrepância de julgamentos sobre matéria idêntica nos tribunais é muito mais prejudicial do que no plano da jurisdição singular. Com efeito, no universo coletivo, o dissenso pretoriano provoca uma sequência de efeitos perversos, quais sejam, desprestigia o Judiciário, gera instabilidade social, acarreta situações de injustiça às partes, importando, no fim, uma verdadeira negação do Direito.

Neste contexto, o objetivo primeiro da dissertação foi contextualizar a importância da jurisprudência no nosso ordenamento jurídico e demonstrar, através da aplicação dos princípios constitucionais, a necessidade de tratamento igualitário de situações semelhantes que são levadas ao Judiciário, bem como o respeito à segurança jurídica. Tratamento jurídico igual a situações iguais nada mais é do que traduzir concretamente a expressão constitucional da isonomia, de outro giro, a falta de uma

interpretação uniforme a respeito de um mesmo texto normativo leva à insegurança jurídica e à violação também do princípio da confiança legítima.

A estabilidade e previsibilidade são dois dos pilares de qualquer ordenamento jurídico que se pretende ver respeitado, e ninguém elabora um intrincado modelo normativo, com uma série de regras que determinam tantas situações quantas possíveis de serem verificadas na sociedade, consolidado ao longo dos séculos, para que ele não seja obedecido.

Um direito instável e imprevisível não gera a segurança jurídica que razoavelmente dele se pode esperar. Instabilidade e imprevisibilidade resultam em nervosismo, ao revés de pacificação social. É correto afirmar, então, que é melhor não haver direito a possuir um direito sujeito a toda e qualquer ingerência externa e parcela de interesses pessoais, celeiro de desigualdade, insegurança e controvérsias.

Neste cenário, analisa-se a questão do precedente como regra universalizável, que pode ser aplicada como critério de decisão num caso subsequente em razão da possível analogia entre os casos a serem decididos, segundo Michele Taruffo, para depois, dentro desta perspectiva, inserir o precedente no contexto da jurisprudência e, conseqüentemente, no ordenamento jurídico brasileiro.

É feita uma breve explanação acerca da uniformização da jurisprudência, inclusive brevemente como ela é tratada no direito comparado, para alcançar o seu ponto de fortalecimento. Aborda-se, ainda, as diferenças entre as vinculações das decisões judiciais, no sistema do *civil law* e *common law*. Destaca-se o valor do precedente no sistema anglo-americano, já que neste sistema a lei desempenha papel secundário, onde o local propício de interpretação do direito é o Judiciário através dos seus juízes, ao contrário do sistema do *civil law*, em que em virtude do princípio da legalidade, as decisões devem ser fundamentadas com referência à lei.

Através do paralelo feito entre o sistema do *civil law* e *common law* verifica-se a vinculação das decisões judiciais tanto em um sistema como no outro. O objetivo não é o de copiar institutos do sistema anglo-americano, mas sim identificar e expor instrumentos capazes de servir de inspiração para o sistema brasileiro, como por exemplo a utilização de alguns institutos como o *distinguishing* e o *overruling*.

Demonstra-se no transcórre da dissertação que deve ser dado um novo enfoque ao princípio da legalidade, qual seja, que a lei vincula do modo como analisada pela doutrina e da jurisprudência dominante, ou seja, a interpretação dada à lei surge

como fator preponderante. São dados exemplos em que a interpretação judiciária se faz necessária, como por exemplo na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados e conceitos vagos. Neste contexto, a jurisprudência apresenta-se como de suma importância para a interpretação do direito.

A dissertação firmará a premissa de que, do ponto de vista hermenêutico, as súmulas editadas pelos tribunais superiores e suas decisões (como por exemplo no caso dos recursos repetitivos) restringem o universo interpretativo aberto às partes e ao juízo, que ficam referenciados por aquela interpretação superior e prévia. Esses instrumentos têm o condão de uniformizar a jurisprudência e servem de referência para todos os órgãos jurisdicionais.

Observa-se que o seguimento de interpretação solidificada pelo STF ou STJ, decidida por estes em derradeira instância, está em consonância com o princípio da segurança jurídica, isonomia, confiança legítima e contribui para a estabilidade e previsibilidade, que são dois dos pilares de qualquer ordenamento jurídico que se quer pretender respeitado.

Questiona-se a possibilidade de um único precedente servir de norte para o firmamento de uma jurisprudência e ser essa única decisão suficiente para uniformizar a jurisprudência (precedentes uniformizadores de jurisprudência), de forma a se conceberem novos enfoques para a revelação da jurisprudência dentro do nosso ordenamento.

Neste sentido, será analisada a importância da jurisprudência no nosso ordenamento jurídico através da utilização das chamadas súmulas de jurisprudência, como uma tentativa de delinear e mostrar parâmetros dentro dos quais se possa “conter” a expressão jurisprudência dominante, atualmente largamente utilizada nas normas processuais, para que se possa saber com clareza quais os precedentes podem embasar a referida expressão.

Na tentativa de fortalecer a jurisprudência são estudados mecanismos processuais que visam impedir que uma mesma regra de direito seja interpretada de maneira diferente por órgãos de um mesmo tribunal. São realçados assim alguns mecanismos tendentes a propiciar a uniformização da jurisprudência, tanto no aspecto de fortalecimento da jurisprudência como no aspecto de sua formação, como por exemplo a decisão nos recursos repetitivos, o julgamento do mérito sem citação, o juízo de

impedimento de recurso de apelação, a não aplicação do reexame necessário, dentre outros previstos no âmbito do CPC.

Por último, serão apresentados temas relevantes relacionados ao campo do fortalecimento da jurisprudência, como por exemplo a necessidade de estruturar os tribunais através da especialização, a questão da necessidade de aplicação da jurisprudência no tempo, a questão do incidente de resolução de demandas repetitivas, dentre outros relevantes ao estudo do tema.

Enfim, mostra-se fundamental o estudo do tema do papel da jurisprudência no direito processual civil contemporâneo, eis que o direito brasileiro caminha no sentido correto ao permitir que a decisão proferida em um ou poucos processos tenha influência ampla, *ultra partes*, atingindo um número indeterminado de litígios em que se discuta idêntica questão jurídica.

1 SEGURANÇA E MUTAÇÃO

1.1 Estabilidade e Sociedade de risco

Vive-se, no nosso tempo, em uma sociedade plural que é formada com a contribuição das mais diversas culturas, onde há a necessidade de se respeitarem as diferentes manifestações culturais, para que todos tenham o mesmo tratamento. Trata-se de uma sociedade de risco ou global.

Caracteriza-se primeiramente pela quantidade infindável de textos normativos consubstanciados em leis, decretos, instruções normativas que colaboram para uma quantidade de informações indispensáveis ao convívio social.

Essa quantidade de material informativo é necessária de um lado para a melhor compreensão do mundo e previsão do futuro, de outro lado, contribui para maior insegurança já que ele precisa ser previamente considerado e avaliado.

A sociedade de risco caracteriza-se, ainda, pela existência de uma enorme diversidade de interesses. Explico: cada indivíduo busca resguardar os seus objetivos nas normas jurídicas e, em virtude de tal fato, o conjunto dessas normas tende a multiplicar-se.

Assim, em virtude da colidência cada vez maior dos interesses, aumenta a litigiosidade no Brasil. Ressalte-se, nesse ponto, que a solução para o Poder Judiciário, dentro do seu âmbito, se desenvolve por meio de métodos que aprimorem o julgamento de litígios, incluindo neste aspecto os mecanismos processuais de uniformização da jurisprudência, que, além de buscar maior estabilidade jurisprudencial, reflete-se também na redução da litigiosidade.

É salutar que o Judiciário desenvolva métodos que aperfeiçoem o julgamento de litígios, mas deve-se compreender que não há como comparar a qualidade, a eficiência, o volume de trabalho que existem em outros países, porque as circunstâncias sócio-políticas são diferentes.

Com efeito, a Suprema Corte dos Estados Unidos julga muito menos processos que a nossa Corte Constitucional, porque o nível de violação de direitos é diferente e porque existem mecanismos extrajudiciais de reparação de violação de direitos, como o contencioso administrativo eficiente, agências reguladoras que desempenham a sua

função em prol do cidadão, métodos alternativos de solução de conflitos mais eficientes etc..

Esses fatores fazem que a litigiosidade no Brasil guarde poucas semelhanças com países como os Estados Unidos e, por isso, a nacionalização de institutos ou paradigmas deve ser analisada cuidadosamente.

1.2 Legislação e julgados. Direito e sociedade

A criação de normas constitucionais e leis infraconstitucionais com pouca densidade normativa é uma das características das sociedades complexas, porque diante da multiplicidade dos problemas que podem surgir, a norma necessita de soluções para acompanhar o casuísmo problemático e, por isso, o conteúdo dela necessita ser objeto de concretização.

Cabe assim ao Judiciário, por um lado, explicitar o significado dos comandos abstratos veiculados tanto nas normas constitucionais, como nas infraconstitucionais, por meio da sua interpretação e da aplicação aos casos concretos, atingindo o objetivo primordial de esclarecer o teor das referidas normas.

Por outro lado, verifica-se que os códigos, um dos principais instrumentos de normatização, envelheceram e tornaram-se obsoletos diante da evolução social e econômica ocorrida, tendo em vista que as mudanças tornaram-se constantes e cada vez mais rápidas.

Tais fatos levaram os tribunais a adquirirem uma importante função de formular respostas para as situações não previstas e de adaptar os antigos diplomas às novas realidades. Retorna-se, gradativamente, o estudo a respeito do papel das decisões judiciais.

Isso coincidiu com o momento em que a própria sociedade, ao se organizar em níveis mais complexos, viu-se necessitada de instrumentos que pudessem regular, de forma satisfatória, as relações entre os indivíduos que a compõem.

Em consequência, o Poder Judiciário vem conseguindo acompanhar a modernização da sociedade, tendo em vista que o Legislativo não tem demonstrado a mesma agilidade que vem marcando outro Poder.

Esse novo papel torna-se mais evidente a partir de recentes decisões da mais alta Corte, como a autorização para a união homoafetiva, a liberação da marcha da maconha e a legalização do aborto de fetos anencéfalos.

As recentes votações do STF ocorrem devido à maior confiança que a sociedade passou a depositar no Judiciário. Trata-se de um fenômeno da democracia brasileira e vem ganhando corpo desde 1988.

1.3 Sociedade aberta de intérpretes e o debate constitucional e infraconstitucional

Nos dias atuais, a Constituição Federal é uma realidade viva e vivida cotidianamente por todos aqueles que têm sua realidade pretensa conformada a ela. Tal fato demonstra que a Carta Constitucional está sendo vivida empiricamente por muitos, na medida em que conhecem e desfrutam das proteções constitucionais. Em outros termos, a população brasileira tem tomado cada vez mais consciência da existência da Constituição e está vivenciando-a cotidianamente.

Um dos exemplos práticos foi o debate em torno da questão da ficha limpa, da qual surgiram diversos comentários, desde a pessoa mais culta ao mais leigo, a respeito da efetividade da Constituição.

Verifica-se que todos aqueles que vivem a Constituição estão interpretando-a, ainda que inconscientemente no dia-a-dia, o que demonstra a existência de uma pluralidade de intérpretes constitucionais além dos intérpretes judiciais.

Na lição de Peter Häberle, a ampliação do círculo de intérpretes é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação, já que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista.

Ele propugna a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista, tendo em vista o papel fundante da Carta Constitucional para a sociedade e para o Estado¹.

¹ Aduz, ainda, que a interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de

Isso porque, como já consagrado, a Constituição é muito mais do que uma simples folha de papel que contém um texto prescritivo que pretende regular os comportamentos humanos intersubjetivos. Inegável a sua força normativa, bem como a sua capacidade de imprimir uma vontade constitucional na sociedade.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça apresentam-se com um papel importante, eis que a eles competem em última análise a interpretação final da Constituição ou da legislação federal infraconstitucional, diante dos inúmeros intérpretes, ou melhor dizendo, de todas as forças pluralistas.

Observe-se, contudo, que nem todos os problemas e as diversas questões referentes à Constituição chegam à Corte Constitucional, subsistindo esta sem a interpretação constitucional por parte do magistrado, ou seja, os participantes do processo de interpretação constitucional a interpretam sem a interferência do Poder Judiciário.

Há, contudo, questões que necessariamente chegam ao Poder Judiciário, e nesse aspecto destaca-se a importância das decisões prolatadas pelo Supremo e também pelo STJ, que ganham maior dimensão diante da incapacidade do Legislativo em acompanhar a necessidade de regulação da sociedade, que se apresenta cada vez mais dinâmica.

Em virtude de tal fato, o juiz de direito, diante da rapidez dos acontecimentos, passou a ser chamado a decidir sobre quase tudo, absorvendo considerável inoperância legislativa.

Em consequência surge a crença da população na interpretação das normas feita pelo Poder Judiciário, neste viés pelo STF e pelo STJ, já que a existência de um Poder Soberano definidor da última palavra da definição na norma é imprescindível para o funcionamento da sociedade, impedindo que cada qual adote a sua própria Constituição e aja conforme a sua vontade.

Ressalte-se que a aplicação de forma particularizada da norma jurídica pelos diversos juízes se interliga com a chamada “análise do discurso” no campo jurídico. Esta materializa-se por uma operação interpretativa de um magistrado e, consoante Fernanda Duarte, são organizados sempre por três aspectos formadores: a doutrina, a retórica e a cultura, *in verbis*:

O primeiro lugar, é aquele da doutrina jurídica, que consiste no sistema de pensamento, resultado de uma atividade discursiva que faz o papel de fundadora de um ideal jurídico referível à construção das opiniões. Assim este *topos* (lugar) menciona-se à dogmática jurídica, não atrelada aos atores especificamente (...). O segundo lugar caracteriza-se

interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 9/13 e 30.

como uma dinâmica de comunicação dos atores jurídicos. Refere-se à razão ideológica de identificação imaginária da “verdade” jurídica. Os atores do campo jurídico fazem parte das diversas cenas de vozes comunicantes de um enredo permeado pelo desafio retórico do reconhecimento social – isto é, o consenso, a rejeição ou a adesão. Suas ações realizam vários eventos: audiências públicas, debates, reuniões e, hoje principalmente, a ocupação do espaço midiático (...). E o terceiro *topos* situa-se na influência do discurso sobre as instituições, que formam uma cultura jurídica. Isto é, o discurso não se mantém fechado no campo jurídico, mas influencia todas as instituições culturais. Este lugar da produção do discurso estabelece as relações entre os atores de dentro do campo e os de fora, revelando opiniões produtoras de conceitos que expandem a cultura relacionada a esse tipo de discurso².

Em suma, o discurso jurídico pressupõe uma escolha entre as diversas possibilidades interpretativas, voltada à sua aplicação em uma situação concreta, podendo se extrair diversas cadeias de discursos. A concretização de tal fato por diversos juízes leva a disfuncionalidade do sistema judicial e concorre para a reprodução vertiginosa de conflitos judiciais, além do fato de conformar desigualmente o comportamento das pessoas.

A existência de uma estrutura hierarquizada, entretanto, foi a opção do legislador para manter a unidade do sistema, ou seja, um tribunal de cúpula para as questões constitucionais e outro para as questões infraconstitucionais federais.

No Estado de Direito não há como sustentar a completa desvinculação das decisões dos magistrados de primeiro grau das decisões da Cúpula do Judiciário, exista ou não decisão vinculante por parte da referida Corte.

O sistema jurídico brasileiro é estruturado, tendo o Supremo Tribunal Federal como instância máxima na definição do sentido do texto constitucional e na solução de controvérsias que envolvam dispositivos constitucionais, sendo lógico que se as suas decisões fossem irrelevantes e não observadas pelos magistrados que integram outros órgãos do Poder Judiciário, desapareceria, em última instância, a própria razão da existência de um tribunal constitucional no Brasil.

Owen Fiss, em seu estudo norte-americano a respeito de um novo processo civil, reproduz, dentre outros sentidos, de que maneira a interpretação do juiz possui um caráter único de autoridade, *in verbis*:

O segundo sentido de autoridade, sugerido pelas obras de outros positivistas, a saber Herbert Hart e Hans Kelsen, salienta, não o uso do poder do Estado, mas um reclamo ético de obediência, um reclamo segundo o qual um indivíduo tem o dever moral de obedecer a uma interpretação judicial, não em razão de sua peculiar autoridade intelectual (quer dizer, porque é uma interpretação correta), mas porque o juiz faz parte de uma estrutura de autoridade cuja preservação é desejável. Essa versão do reclamo por um caráter de autoridade diz respeito à consciência do indivíduo e deriva da virtude institucional, em vez de derivar do poder institucional. Essa é a versão mais importante do reclamo por um caráter de autoridade, porque nenhuma sociedade pode depender

² DUARTE, Fernanda. Método de decisão e Supremo Tribunal Federal: uma gramática a ser descoberta. *Revista EMARF*. Rio de Janeiro, p. 279, dez., 2010.

excessivamente da força para garantir obediência; é também a mais frágil. Depende fundamentalmente de um reconhecimento do valor da interpretação judicial. Negar o valor da Constituição, o lugar dos valores constitucionais no sistema norte-americano ou a capacidade do Judiciário para interpretar a Constituição acaba com esse peculiar reclamo por autoridade³.

Não há como ignorar posições que vêm com reticências a sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande – senão o único – intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário⁴.

Com efeito, há campos em que o Judiciário é chamado a atuar onde lhe falta *expertise*, para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo. É o caso das áreas que demandam profundos conhecimentos técnicos fora do Direito como Economia, políticas públicas e regulação, ou mesmo, onde há tendência a desprezar a possibilidade de que sejam travados construtivos diálogos interinstitucionais entre diversos órgãos estatais para a definição da melhor interpretação dos ditames constitucionais.

Não obstante os excessos que possam ocorrer por meio do depósito no Judiciário das expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória, parece que a sua atuação firme e construtiva poderá contribuir para o aperfeiçoamento do Estado Democrático e de Direito no Brasil.

Sob outra visão, é possível questionar, ainda, a falta de legitimação real das decisões emanadas pelos referidos tribunais, em virtude da exclusão da sociedade do processo de interpretação feito pelas Cortes, o que levaria a uma ditadura de interpretação tanto das normas constitucionais com das infraconstitucionais.

Isso porque as decisões proferidas pelo STF e também pelo STJ se irradiarão por todo o sistema jurídico, como se verá adiante, pelos diversos instrumentos de uniformização da jurisprudência previstos no ordenamento jurídico, e mais especificamente no Código de Processo Civil, que será objeto do presente estudo.

Seria conferida às referidas Cúpulas da Justiça competência que ultrapassaria as partes do processo, pois sua decisão se projetaria imperativamente em todas as esferas

³ FISS, Owen. *Um novo processo civil*. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004. p. 296-301.

⁴ Neste sentido SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; RICCIO, Farlei Martins. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 267-302. Aduz que um dos efeitos colaterais do fenômeno do depósito no Judiciário das expectativas de interpretar a lei é a disseminação de um discurso muito perigoso de que o voto e política não são tão importante, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Segundo ele dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda (...).

judicantes sem o concurso da vontade do povo. Em outros termos, haveria a falta de legitimação democrática.

As referidas críticas, no entanto, estão sendo absorvidas pela cada vez maior participação de outras partes, que não as originárias do processo, no procedimento de formação da decisão judicial das mais altas Cortes.

Com efeito, a intervenção do *amicus curiae* apresenta-se como um fator de pluralização e legitimação do debate constitucional e infraconstitucional, já que deve-se apoiar em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio, permitindo que o órgão julgador venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia. Objetiva-se, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas pelos tribunais superiores.

A respeito do tema, e respondendo à sua própria pergunta sobre a possibilidade de se admitir a figura do *amicus curiae* fora dos casos em que a lei, de forma mais ou menos clara o autoriza, e sobre a existência de espaço para disseminar a classificação da intervenção do *amicus curiae*, diz Cássio Scarpinela Bueno:

Com os olhos voltados para a nossa lei ‘codificada’ processual civil (o Código de Processo Civil), não há como dar às perguntas resposta positiva. Mas a ‘lei escrita’, que se limita, unicamente, ao seu *texto*, é a que menos interessa para o operador do direito. A admissão do *amicus curiae*, cremos, decorre da lei ‘sistemizada’ processual civil, do ‘*Sistema*’ (e não do ‘Código’) de Processo Civil. (...)

Para ir direto ao ponto, parece-nos essencial que todo o processo civil seja lido de forma sistemizada a partir dos valores constitucionais e com missão muito clara e declarada de que o processo civil tem como finalidade realizar concretamente aqueles valores constitucionais, inclusive com a consciência de que o Judiciário é parcela do próprio Estado brasileiro. Já não há por que falar em *Código* de Processo Civil. Preferível, pelo menos em sede acadêmica, falar em ‘*Sistema* de processo civil’, um ‘sistema’ em que o todo tem coerência, tem sentido de ordem, por valores que conformam, que unificam, as partes isoladas. E esses valores são os princípios constitucionais do processo, fundamentalmente, o ‘modelo constitucional do processo’ (...).

Com tal preocupação, de ‘filtragem constitucional’ ou, como é mais comumente chamado, de ‘interpretação conforme’ do direito processual civil legislado, parece-nos absolutamente possível (e desejável) que extraiamos do próprio ‘Código’ as ‘fontes’ próximas da admissão do *amicus curiae*.

Com efeito. O nosso Código de Processo Civil nunca foi arredo a essa ‘abertura’ que hoje caracteriza a própria concepção da norma jurídica como um todo.

No capítulo do Código destinado às provas há, pelo menos, três dispositivos amplos o suficiente para dar embasamento, no contexto a que acabamos de nos referir, à admissão *generalizada* da figura do *amicus curiae*. Referimo-nos aos arts. 335, 339 e 341, I e II. Isso, evidentemente, sem levar em conta a *necessária* compreensão de que o juiz brasileiro, mesmo no processo civil, tem amplíssima *iniciativa* probatória (CPC, art. 130) e, nessa exata medida, pode determinar, para fins de instrução, a oitiva de alguém na qualidade de *amicus curiae* para melhor compreender dados, elementos e *valores* que ele, juiz, reconhece adequada e suficientemente tutelados por determinadas pessoas físicas ou jurídicas, particulares ou estatais. Até, fazemos questão de frisar este ponto, para melhor *colher e compreender* as ‘máximas de experiência’ que se verificam *fora*

do processo, em adequada interpretação do referido art. 335 do Código de Processo Civil.⁵

Milton Luiz Pereira, saudoso Ministro do e. STJ, afirmava que o *amicus curiae*, como terceiro especial ou de natureza excepcional, poderia ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção de decisão judicial, contribuindo para ajustá-la aos relevantes interesses sociais em conflito⁶.

Assim, em todos os processos cujas decisões possam resultar em decisões uniformizadoras de jurisprudência deve existir um contraditório real com a presença do *amicus curiae*⁷.

Ressalte-se assim que, em uma sociedade aberta de intérpretes, a grande problemática não reside na instituição de decisões tendentes a uniformizar a jurisprudência, mas na necessidade de participação desses intérpretes na formação da referida decisão.

1.4 Do papel das Cortes Superiores por meio dos recursos extraordinários ou excepcionais

Sob o título recursos excepcionais pretende-se incluir um gênero do qual serão espécies o recurso extraordinário, endereçado ao Supremo Tribunal Federal, e o recurso especial, direcionado ao Superior Tribunal de Justiça.

Os referidos tribunais superiores de prestação jurisdicional só deveriam julgar aquelas matérias que, por sua natureza e relevo, fossem relevantes e importantes para a

⁵ SCARPINELA BUENO, Cássio. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro – Um Terceiro Enigmático*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. p. 633-635.

⁶ PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae – intervenção de terceiros*. *Revista CEJ*. Brasília, n.º 18, p. 83-86, jul./set. 2002. O Ministro aduz que “a participação do *amicus curiae* é demonstração inequívoca de que os fatos reais forcejam o surgimento das leis e abrem espaço para construções temáticas, necessárias para o processamento de casos concretos. Sem dúvida, a pretensão deduzida não pode divorciar-se da realidade social. Daí porque, sob o domínio de interesses sociais, escapando dos sentidos dogmático e privatístico das relações processuais, o *amicus curiae* merece grangear progressivo acolhimento no sistema processual brasileiro. Afinal, conquanto obediente aos princípios básicos, o jurista não perde a liberdade de pensar. A sua vontade permite que, inclusive, novos princípios compatibilizados, ou não, com os construídos no curso de épocas distantes ou diferentes. A visão sociológica do Direito, na ânsia da Justiça, é pórtico permanentemente aberto para interpretar a lei ou contribuir para novos padrões legais ou construções jurisprudenciais, estadeados nas realidades que encerram o duplice afivelamento ao Direito Público e ao Direito Privado. O necessário, definidos os interesses na relação processual, é abrir ocasião para que, direta ou indiretamente, o terceiro possa contribuir para uma decisão justa, especialmente impedindo desafortunado resultado ao interesse público?”.

⁷ *Amicus curiae*, isto é, o amigo da corte, é instituto de largo emprego no direito norte-americano, de onde, aliás, é originário. Assinale-se que o vocábulo latino *curiae* possuía diversos sentidos semânticos, entre os quais o de sala de sessões de qualquer assembléia, e daí ser razoável traduzi-lo (ou empregá-lo), contemporaneamente, como Corte ou tribunal.

sociedade. Todas as partes, no entanto, de um jeito ou de outro, vencidas na segunda instância, pretendem ir aos tribunais superiores, ou porque não se conformam em perder, e querem simplesmente mais um juízo, ou porque consideram que só o julgamento das últimas instâncias seria capaz de colocar um ponto final na demanda.

Além do mais, os próprio advogados, não satisfeitos com as decisões contrárias dos tribunais de 2º grau, consideram-se incumbidos no dever, em face do cliente, de buscar a instância final.

Historicamente, a Constituição Republicana de 1981, sob fortes luzes do Direito norte-americano⁸, trouxe a figura recursal para preservar a supremacia da norma constitucional e a inteireza do direito infraconstitucional positivo, definindo o STF como seu guardião. Com a Constituição de 1934, o recurso foi batizado como “extraordinário” e, em 1988, teve seu objeto desmembrado com a criação do Superior Tribunal de Justiça.

Ressalte-se que apesar de a classificação em recursos especial e extraordinário não encontrar consenso na doutrina, os mesmos estão inseridos na categoria de recursos extraordinários ou excepcionais, na medida em que visam a preservar a ordem jurídica nacional (direito federal constitucional e infraconstitucional) e estão sujeitos a especiais pressupostos de admissibilidade, ao contrário dos recursos ordinários que visam, precipuamente, a proteger o direito subjetivo das partes. Neste contexto, os recursos excepcionais apresentam as presentes funções:

- a) Função nomofilática;
- b) Função uniformizadora da jurisprudência e
- c) Função paradigmática.

A chamada função nomofilática é aquela por meio da qual o recurso de cassação ou revisão tem o precípuo papel de buscar a interpretação exata, única e verdadeira da lei, a fim de garantir a certeza e a estabilidade jurídica⁹.

⁸ Remonta-se o sistema recursal brasileiro como herança do direito norte-americano, mais exatamente no *writ of error*, posteriormente designado *writ of appeal*, que mais a frente, foi abandonado e hoje regulado no *writ of certiorari*.

⁹ AZZONI, Clara Moreira. *Recurso Especial e Extraordinário, Aspectos Gerais e Efeitos*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23. A autora aduz que “a idéia da nomofilaquia nasceu na França, onde durante a Revolução Francesa (1789/1799), com influência nas ideologias de Rousseau e Montesquieu e dos ideais do iluminismo, lutou-se pela onipotência da lei e pela igualdade dos cidadãos perante essa lei. A lei passou a ser o centro de todo o sistema, de modo que era necessária a criação de um mecanismo apto a protegê-la de eventuais arbítrios dos magistrados. Nessa medida, pela função nomofilática, na sua concepção mais pura, o juiz exerce uma atividade totalmente passiva, consistente na mera aplicação da lei, não lhe sendo outorgado nenhum poder de interpretá-la. A Corte de Cassação francesa foi criada como um órgão localizado fora do Poder Judiciário, com o escopo político de controlar os juízes, para que eles não pudessem ultrapassar a sua função de simples aplicadores da lei. Para Calamandrei, que explorou amplamente a função nomofilática do recurso de cassação, a Corte de Cassação ao reafirmar a autoridade da lei ante o magistrado, tolhendo a eficácia do ato judicial que tenha excedido as fronteiras dos seus poderes. Cabe a ela o monopólio de exprimir a única interpretação, oficialmente, conforme a lei, fazendo com que prevaleça, no caso concreto, essa única exegese por ela estabelecida.”

Modernamente, fala-se em nomofilaquia dialética ou tendencial, ou seja, busca-se a unidade do direito, e não somente da lei, por meios de processos de interpretação que auxiliem na investigação da solução do caso concreto de forma mais racional. Deve-se buscar, dentre as diversas interpretações possíveis, a melhor que resolva a lide, utilizando-se um processo dialético¹⁰.

Já a função uniformizadora da jurisprudência, atribuída às Cortes Superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, consiste em evitar o caos na jurisprudência por meio do controle da lei e da sua interpretação, de forma a garantir o respeito ao princípio da igualdade, proporcionando, ainda, a garantia da segurança jurídica.

Com efeito, os tribunais de superposição exercem controle da atividade judicial para que predomine a uniformização interpretativa e, para que, na medida do possível, determinada lei receba a mesma interpretação pelos juízes que lidam com idênticas condições fáticas relevantes¹¹.

Por último, a função paradigmática. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça servem de precedentes e em alguns casos firmam jurisprudência para a orientação da livre convicção dos magistrados. Assim, diante da magnitude do papel que ocupam os tribunais de superposição, no exercício de suas funções nomofilática e uniformizadora, resta evidente que as decisões por eles prolatadas são de extrema importância e devem ser observadas pelas instâncias ordinárias.

Atentos para essa função paradigmática ou persuasiva, os magistrados de primeiro e segundo grau devem respeitar a autoridade e o prestígio que devem ser atribuídos às decisões proferidas pelos tribunais de superposição, tendo em vista que com isso contribuirão para a estabilidade do nosso sistema, com observância da celeridade

¹⁰ AZZONI, Clara Moreira. *Recurso Especial e Extraordinário, Aspectos Gerais e Efeitos*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23.

¹¹ Por outras palavras, segundo MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 284, “a uniformização por via recursal parte do pressuposto de que ao Estado interessa que a divergência jurisprudencial não extrapole certos limites, vale dizer, que ela ocorra quando haja justificativa plausível, a saber: quando sobrevenha importante alteração nas fontes substanciais do Direito Positivo (costumes, subsídios históricos, políticos, econômicos, sociais, culturais); quando o dissídio tenha origem em ocorrências que envolvem a própria norma (sua derrogação, a superveniência de *jus novum*); ou enfim, se porventura sobreveio exegese notoriamente superior à antes praticada. Mesmo neste último caso, a tendência, no limite do possível, revela-se conservadora, apenas afastada quando não haja mais condições de seguir prestigiando a precedente exegese. Sob essa diretriz, de resto, se aninha a atribuição ao STF para modular os efeitos de suas decisões no controle direto de constitucionalidade: ‘tendo em vista razões de segurança jurídica o de excepcional interesse social’, a Corte poderá ‘restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado’(art. 27 da Lei nº 9.868/99)”.

processual e, principalmente, oferecendo aos jurisdicionados um mínimo de previsibilidade e igualdade de tratamento¹².

Em outros termos, os recursos excepcionais servem de instrumentos para que as matérias litigiosas relevantes cheguem as mais altas Cortes, propiciando o conhecimento das decisões uniformizadoras de jurisprudência.

¹² AZZONI, Clara Moreira. *Recurso Especial e Extraordinário, Aspectos Gerais e Efeitos*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26.

2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, na dicção do artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal.

O estudo da cláusula do Estado Social e Democrático de Direito ultrapassaria o objeto deste trabalho, tendo em vista que analisaremos apenas os aspectos essenciais que fundamentam os temas centrais, ou seja, os valores e princípios que se entrelaçam para sustentar a afirmação de que a necessidade de uniformização da jurisprudência é fundamental, para que haja coerência e unidade no ordenamento jurídico brasileiro.

À guisa de introdução, explicitamos, neste momento, que a doutrina brasileira diferencia valores e princípios. Citamos, como fundamento normativo, os parágrafos 1.º e 2.º do artigo 5.º da CRFB/88, ao dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e que os deveres e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

O próprio Estado Democrático de Direito impõe novas perspectivas para a análise do processo. Dentro dessa perspectiva, o processo está inserido na estrutura dos direitos e garantias constitucionais, extraindo daí um modelo constitucional do processo, entendido como “conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e eficácia da aplicação da tutela”¹³.

O chamado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo parte da premissa de que os princípios constitucionais têm força normativa, o que reforça, no direito processual civil, o seu caráter de instrumento para implementação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

A partir de uma nova hermenêutica constitucional, tem-se a premissa de que os princípios inseridos na Constituição Federal de 1988 têm força normativa, e hierarquicamente vinculam e legitimam toda a legislação infraconstitucional¹⁴.

De acordo com essa fase do constitucionalismo moderno, tanto a criação das leis quanto à interpretação e aplicação do direito posto, seja de qual ramo for, deve buscar a outorga de concretude aos direitos e garantias fundamentais estabelecidas constitucionalmente.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação com garantia de influência de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 168, p. 108, fev. 2009.

¹⁴ Para aprofundamento sobre o tema, recomenda-se também a leitura de BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 244/277.

Afirmar desse modo que as normas constitucionais têm força normativa é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, e, com isso, rompe-se com o direito constitucional clássico, em que se visualizavam normas constitucionais programáticas que seriam simples declarações ou programações despidas de aplicação imediata e, por isso, destituídas de eficácia normativa.

Deixa-se de considerar a Constituição como um mero ideário político ao dirigente da vez, para considerá-la como estatuto normativo dotado de superioridade jurídica, não só formal, mas material, sobre todo o restante do ordenamento jurídico de uma dada sociedade. Essa compreensão é denominada força normativa suprema da Constituição, segundo a qual as disposições do texto constitucional devem ser observadas como normas jurídicas superiores, não só formal quanto materialmente, que, caso não sejam observadas espontaneamente, devem ser impostas pelo Estado-Juiz.

Em outros termos, esta nova concepção de Constituição dotada de eficácia suprema importou no reconhecimento de que a Carta passou ao centro do sistema jurídico. Há assim a constitucionalização do direito que deve ser identificada com a irradiação axiológica dos valores constitucionais para todo o ordenamento vigente, segundo os quais passariam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

Daniel Sarmiento reconhece que o direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos em virtude do neoconstitucionalismo, que podem ser sintetizadas no reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e na valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito, na rejeição do formalismo arraigado no positivismo tradicional, e, por fim, na constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento¹⁵.

Seguindo esse raciocínio, não se pode pretender o estudo do direito processual dissociado do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais que regem o processo em um Estado Democrático. Nesse sentido:

O estudo do direito processual sofreu influencia desta renovação do pensamento jurídico. O processo volta a ser estudado a partir de uma perspectiva constitucional (o que não é novidade), mas agora seguindo esse novo repertório, que exige dos sujeitos

¹⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; RICCIO, Farlei Martins. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 267/302.

processuais uma preparação técnica que lhes permita operar com cláusulas gerais, princípio da proporcionalidade, controle difuso de constitucionalidade de uma lei, etc.¹⁶ O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é um instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É a via que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e, além disto, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais¹⁷.

O processo não deve ser visto somente como um instrumento na resolução de conflitos, mas deve ser enxergado sob a ótica da efetiva realização dos direitos fundamentais. Nesse mesmo sentido, afirma Humberto Theodoro Júnior que uma vez que o atual Estado Democrático de Direito se assenta sobre os direitos fundamentais e cuja realização se torna missão estatal, ao processo se reconhece o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional. Assim, o processo, mais do que garantia da efetividade dos direitos substanciais, apresenta-se como meio de concretizar os preceitos e princípios constitucionais¹⁸.

Assim sendo, o juiz não repete o discurso do legislador, e, sim, faz integrar os direitos fundamentais, não só na interpretação da lei comum, como na sua aplicação ao quadro fático, e, ainda, de maneira indireta, faz atuar e prevalecer a supremacia da Constituição¹⁹. Deve-se assim realizar a vontade soberana das regras e dos princípios constitucionais, já que a regra infraconstitucional somente será aplicada se mostrar fidelidade à Constituição, ou seja, o seu sentido haverá de ser definido segundo a conformidade com a Constituição.

A fonte da qual se irradiam os elementos fundantes do direito processo civil é, portanto, a Constituição, e, por conta disso, a legislação infraconstitucional deve exercer um papel de concretização dos princípios constitucionais, mostrando como o modelo principiológico deve funcionar na prática.

¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v.1. p. 27.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. v.1, p. 466/467.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009. v 1, p. 25.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p.150. Acerca do princípio da supremacia da constituição revela o autor que toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado.

A interpretação, nesse contexto tem um significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, por meio da concretização da proposição normativa dentro das condições reais de uma determinada situação²⁰.

Ora, se os princípios constitucionais são o arcabouço garantidor mínimo de que a jurisdição se exercerá com respeito aos valores imanentes ao Estado Democrático de Direito, por evidente, o processo deve refletir tais valores.

Sendo assim, o que se pretende demonstrar é que em virtude da aplicação dos princípios abaixo mencionados devem-se fortalecer os mecanismos tendentes a propiciar a uniformização da jurisprudência, por meio do seguimento das decisões judiciais uniformizadoras de jurisprudência ou das súmulas de jurisprudência dominante, como forma de preservação da coerência do sistema constitucional.

2.1 Princípio da segurança jurídica

O direito, que é produzido pelo homem, para atender a uma exigência básica de convivência social, tem sua razão de ser na necessidade de se comporem, impositivamente os conflitos de interesses que se configuram nas relações sociais. Na verdade, os homens não necessitam do direito para objetivar sua liberdade, mas dele dependem para viabilizá-la na sua convivência. Em consequência, é indissociável do direito o valor da segurança.

E mais, a segurança jurídica, sob o ponto de vista da estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”. A obtenção de segurança, então, é um fim tão essencial a qualquer Estado que, sejam quais forem os seus objetivos e finalidades contingentes, estes sempre expressarão, em alguma medida, uma necessidade de segurança.

²⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 22/23. Segundo o autor a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização. Para ele esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-se com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido normativo da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Com efeito, em decorrência do quadro normativo proposto pela ordem jurídica, os indivíduos passam a se orientar, sabendo, de antemão, as consequências imputáveis aos seus atos. Nesse sentido, mostra-se salutar que o Direito enseje uma certa estabilidade e um mínimo de certeza na regência da vida social. Esta “segurança jurídica” deve-se assentar sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, permitindo vislumbrar, com alguma previsibilidade, o futuro.

O valor da segurança, portanto, dotado de expressiva força no Estado de Direito, traz uma ideia básica de previsibilidade e estabilidade de atuação jurídica do Estado, onde os indivíduos têm a possibilidade objetiva de conhecimento dos direitos subjetivos que possuem e dos deveres jurídicos a que estão obrigados pelo Direito.

No nosso ordenamento jurídico, a segurança jurídica, embora não esteja positivada, poderia ser deduzida da cláusula do Estado Social e Democrático de Direito, inserida em um Estado que terá como fim maior a realização da justiça, mas que também estará caracterizado pela criação de uma ordem de segurança jurídica.

De fato, ainda que a Constituição não fale de um direito fundamental à segurança jurídica, há diversos dispositivos mencionados na Carta Constitucional que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) e XL (irretroatividade da lei penal) do artigo 5º da Constituição Federal²¹.

Dentre eles, há que se destacar, contudo, o dispositivo constitucional inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que faz menção expressa à segurança jurídica. O artigo 103-A da Constituição Federal autoriza o Supremo Tribunal Federal a aprovar, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, 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. Mas o que interessa no momento é a previsão do § 1º desse artigo estabelecendo que “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete *grave insegurança jurídica* e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (grifei).

²¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.104. O referido autor também admite que o princípio da segurança jurídica não está radicado em qualquer dispositivo constitucional específico, mas que faz parte do sistema constitucional como um todo.

No âmbito infraconstitucional, o capítulo IV, da Lei 9.868, de 10.11.99, que se refere à decisão na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade – art. 27, dispõe que:

ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O referido dispositivo, à luz da Constituição, demonstra também o enfoque do princípio constitucional da segurança jurídica. Em homenagem ao referido princípio, o STF está autorizado a estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*.

Nesse contexto, partimos da premissa de que a Constituição pressupõe a ação uniforme por parte do Estado de forma a inspirar a segurança jurídica. Nesse sentido, a legislação processual deveria assinalar como objetivo da interpretação da legislação comum a segurança jurídica, incentivando a uniformização da jurisprudência com vistas a reduzir os níveis de litigiosidade no âmbito do Judiciário.

O Direito, ao buscar implementar a segurança jurídica, deverá valer-se de uma série de mecanismos jurídicos, tendentes à sua obtenção em seus mais variados aspectos, tais como estabilidade das relações jurídicas, a previsibilidade das consequências imputadas pelas normas jurídicas aos comportamentos e à garantia procedimental da preservação dessa segurança.

Essas são as premissas que iremos desenvolver, ou seja, o fundamento constitucional dos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança, boa-fé, isonomia na aplicação da lei, eficácia e unidade de ordenamento, os quais se entrelaçam para embasar a necessidade de uma uniformização da jurisprudência e da utilização de mecanismos tendentes a efetivá-la. Cumpre destacar que o STF assevera a segurança jurídica como uma das bases do ordenamento²².

²² A questão de fato não contribui com nenhuma informação relevante, daí não a termos citado. “O Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional” (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.010, relator Ministro Celso de Mello, DJ 12/04/02.)

Com efeito, a segurança jurídica incide na estrutura e na dinâmica de funcionamento do Direito como justiça procedimental, enquanto a igualdade formal parte da justiça material. É um princípio que se refere aos órgãos que criam as normas e os procedimentos e à dinâmica da interpretação e aplicação do ordenamento jurídico²³.

O princípio da segurança jurídica, dotado de eficácia normativa, vincula os tribunais e juízes de primeira instância. Reveste um conteúdo material de exigência de previsibilidade e certeza por parte dos cidadãos quanto aos efeitos jurídicos de seus atos o que gera uma expectativa a mais precisa possível de seus direitos e deveres – segurança objetiva.

Não obstante, essa previsibilidade só terá sentido enquanto se refletir na vontade subjetiva do jurisdicionado. Em outros termos, é lícito afirmar que o princípio da segurança jurídica possui conotação ampla, que abrange a ideia de confiança legítima, isso porque o princípio em tela engloba o aspecto de estabilização do ordenamento bem como a proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas e atos estatais.

2.1.1 Segurança de orientação e segurança de realização

As possibilidades de previsão objetiva – segurança objetiva – podem ser resumidas em duas manifestações. Em primeiro lugar, a chamada segurança de orientação ou correção estrutural de ordenamento²⁴, determinada com a previsibilidade que consiste nas regras de comportamento, que afeta a definição das hipóteses normativas e, efetivamente, a descrição legal, tanto dos pressupostos de fato como das consequências jurídicas. É a garantia da disposição e formulação regular das normas e instituições integradoras de um sistema jurídico.

Em outros termos, a segurança de orientação é a previsibilidade quanto às regras de conduta, significando que o cidadão deve ter conhecimento dos possíveis efeitos

²³ BARBA, M Peces. Prefácio do livro de PAREJO ALFONSO, Luciano. *Constitución y valores del ordenamiento*. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p.14.

²⁴ PEREZ LUÑO, Antonio. La seguridad como función jurídica. In *Funciones y fines del Derecho*, Estudios en honor a Mariano Hurtado Bautista, Murcia, 1992. p. 106.

jurídicos de suas possíveis condutas, ou seja, qual a relevância jurídica de cada ato ou fato ocorrido ou realizado.

Em segundo lugar, dependente da primeira – segurança de orientação, de regra, normativa ou correção estrutural do ordenamento -, está a segurança no sentido funcional²⁵. É a segurança de que as normas jurídicas, formuladas hipoteticamente em linguagem prescritiva, vão ser aplicadas na valoração jurídica de cada caso concreto com respeito integral ao sentido e alcance da formulação hipotética e sem que se altere o critério de concretização nas sucessivas aplicações a casos similares.

É a segurança de que a orientação firmada pelos tribunais superiores será aplicada a cada situação sem que haja variações de critérios no momento de resolver pressupostos similares, ou seja, é uma exigência de segurança destinada diretamente aos aplicadores do direito, ou em outros termos, ao Tribunal.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta constata que “a segurança de orientação refere-se ao aspecto estático do fenômeno jurídico, enquanto a segurança de realização atinge o momento dinâmico”²⁶. Exatamente por isso os mecanismos de uniformização de jurisprudência têm grande relevância na efetivação da segurança de realização, já que os referidos mecanismos concedem segurança ao processo de aplicação do Direito Positivo.

Por fim, a segurança jurídica é traduzida em um sentido mais amplo, como a confiança legítima e/ou a perspectiva razoavelmente fundada – previsibilidade – dos jurisdicionados de qual será o fim de sua demanda judicial.

Em suma, o cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por sua vez, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações.

2.1.2 A necessidade de eficácia normativa da segurança jurídica

²⁵ PEREZ LUÑO, Antonio. “*La seguridad como función jurídica*”, in *Funciones y fines del Derecho*, Estudios en honor a Mariano Hurtado Bautista, Murcia, 1992, p. 286.

²⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 55/56.

A dimensão funcional da segurança jurídica e, portanto, da necessidade de uniformização de jurisprudência e do fortalecimento dos seus mecanismos, abarca também a sua eficácia normativa, na medida em que a regularidade operacional das normas e instituições de um sistema jurídico apresentam-se como uma condição, não exclusiva, de seu funcionamento regular. Isso porque o funcionamento irregular do sistema, o não cumprimento sistemático das normas e a falta de uniformização da jurisprudência levam à falência da segurança jurídica.

Além das expressões da cláusula do Estado Social e Democrático de Direito já estudadas – princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e igualdade na aplicação da lei -, que atuam no plano da criação e, principalmente, da aplicação do ordenamento jurídico, impõe-se uma diretriz geral de comportamento.

Essa questão está vinculada com a uniformização de jurisprudência, já que a unificação de conduta judicial passa pela organização racional e adequada dos tribunais. As considerações anteriores levam ao conceito de uniformização de jurisprudência, já que nenhum princípio isolado consegue fundamentar uma atuação unificada dos tribunais.

2.2 Princípio da proteção da confiança

Do mesmo modo que o princípio da segurança jurídica, o princípio da confiança também é um dos princípios implícitos em nosso ordenamento jurídico, ou seja, mesmo sem disposição legislativa expressa consagrando-o, a sua existência permeia todo o ordenamento jurídico.

Com efeito, dentro de um sistema jurídico existem determinados princípios que independem de disposição legislativa específica, já que sua presença independe da manifestação do legislador. Tal fato ocorre porque tais princípios, longe de serem questão de mera conveniência e oportunidade para o legislador, representam o próprio fundamento do sistema ao qual suas normas aderem.

Em outros termos, o referido princípio está tão ínsito ao nosso sistema jurídico que ignorá-lo seria ignorar o ordenamento como um todo, já que ele, enquanto concretização da idéia da justiça material, funciona como a base do próprio ordenamento jurídico.

Enquanto o princípio da segurança jurídica prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, o princípio da proteção da confiança prende-se um pouco mais ao aspecto subjetivo.

Não obstante o princípio da proteção da confiança estar relacionado com o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, a sua importância gerou a necessidade de consagrá-lo como princípio autônomo.

A necessidade constante de proteger o jurisdicionado justificou a consagração do princípio em tela no Direito Comparado. A noção de proteção da confiança legítima aparece como reação à utilização abusiva de normas jurídicas e atos administrativos que surpreendam bruscamente os seus destinatários²⁷.

Foi assim que o princípio da proteção da confiança legítima foi consagrado, inicialmente, no célebre caso da “viúva de Berlim”, julgado pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim em 14 de novembro de 1956. Trata-se de uma decisão em que uma viúva teve direito a continuar recebendo uma pensão ilegal com fundamento no princípio da confiança legítima. No referido caso, a viúva de um funcionário alemão mudou seu domicílio para Berlim Ocidental, após ter recebido a informação, por meio de declaração do Estado de Berlim, de que com a efetivação da referida mudança receberia pensão do Estado. A pensão, entretanto, foi posteriormente cessada sob o argumento de que a sua concessão descumpriu as normas vigentes, eis que não teria cumprido todos os requisitos para a sua concessão. Além do mais, a Administração alemã exigia da pensionista a restituição de todas as quantias indevidamente já recebidas.

O tribunal alemão reconheceu que o benefício era efetivamente indevido, mas manteve a pensão judicialmente ao argumento de que o recebimento do benefício havia modificado a vida da pensionista, eis que esta confiara na informação recebida da Administração Alemã e, com base nela, tomou medidas drásticas e duradouras.

No caso em tela, a decisão deixou de anular o ato ilegal para mantê-lo em vigor, com o respeito aos efeitos produzidos, com o Estado permanecendo com a obrigação de pagar pensão à viúva, tendo em vista a prevalência do princípio da confiança legítima²⁸.

²⁷ No Direito Comparado, o princípio da confiança vem sendo objeto de inúmeros estudos que podem ser citados: BLANCO, Frederico Castillo. *La protección de Confianza en el Derecho Administrativo*. 4. ed., Madrid: Marcial Pons, 1998. CALMES, Sylvia. *Du Principe de la Protection de la Confiance Legitime em Droits Allemand, Communautaire et Francais*. Paris: Dalloz, 2001.

²⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da Confiança – uma norma forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009. p. 136/141.

O exame do princípio da proteção da confiança legítima, embora tímido no Brasil, tem sido objeto de estudos específicos nos últimos anos²⁹.

Neste ponto, ressalte-se que não se torna necessário sublinhar que os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo que possam ferir os interesses dos cidadãos ou frustrar-lhes expectativas.

Na seara judicial, verifica-se que o Poder Judiciário possui condão de provocar a frustração de expectativas por meio de novas orientações judiciais. Explica-se: o julgamento de conflitos judiciais tem sido feito, cada vez mais, com amparo firme em decisões uniformizadoras de jurisprudência, bem como em súmulas de jurisprudência dominante. Em alguns casos uma substancial modificação de uma determinada orientação jurisprudencial pode provocar a frustração de expectativas.

Em consequência, deve-se possibilitar que uma expectativa legítima seja respeitada mediante a aplicação da jurisprudência anterior e mais benéfica a um fato pendente de julgamento, aplicando-se a nova orientação apenas aos fatos ocorridos após o seu conhecimento.

Valter Shuenquener de Araújo destaca que não se exige que a jurisprudência tenha se consolidado por longos anos para que surja o direito à proteção da confiança. Segundo ele, em regra, uma expectativa legítima apenas é frustrada quando um antigo entendimento, já adotado por um longo período, sofre modificação. Acrescenta, contudo, que nada impede que uma única decisão seja capaz de justificar a proteção por meio do princípio da proteção da confiança³⁰.

2.2.1 O princípio da boa-fé como fundamento do princípio da proteção da confiança

²⁹ Podem ser citados: RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte* (legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; COSTA, Judith Martins. A proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 22, 2002. p. 228/257.

³⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da Confiança – uma norma forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009 p. 186/187.

Um dos pontos de grande debate na doutrina tem sido identificar como o princípio da confiança legítima se relaciona com os demais princípios jurídicos, bem como a exata localização do seu fundamento. Uma delas é a de que a confiança seria decorrência do princípio da boa-fé. Destaque-se, contudo, que não obstante a referida discussão, o que importa para o presente trabalho é a constatação da existência de ambos os princípios no nosso ordenamento jurídico.

Dentro desta perspectiva, verifica-se que o princípio geral da boa-fé impregna o ordenamento jurídico de conteúdo moral. Isso ocorre porque a boa-fé, como os bons costumes, é sempre uma via de comunicação do Direito com a moral por sua natureza informativa de todo o sistema jurídico.

O Direito, às vezes, não absorve todas as exigências éticas do comportamento e, inclusive, as modifica, o que permite supor que algo seja juridicamente correto, embora moralmente recusável. Em outras ocasiões, pelo contrário, atende expressamente à moral³¹. Seguindo esse raciocínio, a boa-fé incorpora o valor ético da confiança, uma das vias mais fecundas de irrupção do conteúdo ético-social na ordem jurídica e, concretamente, do valor de confiança³².

A boa-fé constitui um dos princípios gerais do Direito, o que implica afirmar que já existia, independentemente de sua expressa delimitação no ordenamento jurídico. Desse modo, ainda que a CF/88 não faça alusão explícita à boa-fé como princípio constitucional, não se pode negar que ela esteja compreendida no conceito de valor jurídico ou como princípio geral do ordenamento, legitimando, constitucionalmente, a confiança legítima. O certo é que foram as jurisprudências civil e administrativa que formularam e delimitaram o princípio geral da boa-fé³³ antes que ele constasse da legislação. Ressalte-se que o Código Civil faz expressa referência ao princípio³⁴.

Nesse aspecto os atos judiciais podem gerar expectativas para os indivíduos que, acreditando na realização destes atos, orientam suas condutas no sentido indicado por

³¹ Por todos PÉREZ, Jesus González.: *El Principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed., Madrid: Civitas, 1999. p. 19/20.

³² PÉREZ, Jesus González. *El Principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed., Madrid: Civitas, 1999. p. 74.

³³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1984, p. 197 *et seq.*; DE LOS MOZOS, J. L. *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*. Barcelona: Bosch, 1965, p. 35; MORENO, Fernando Sainz. La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 89, p. 293, 1979.

³⁴ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

eles, ou seja, comportam-se conforme as expectativas legitimamente criadas. Em virtude de uma lógica do sistema, estas condutas precisam ser imunizadas aos atos contraditórios que possivelmente possam surgir.

2.2.2 O princípio da segurança jurídica como fundamento do princípio da proteção da confiança

É importante destacar que o desenvolvimento do Estado com base no livre mercado determina a necessidade de que os operadores econômicos e os agentes econômico-sociais atuem sob um contexto estável de regulação e execução do sistema legislativo, para que possa haver previsões com certa margem de segurança jurídica e confiança ou expectativa legítima nos poderes públicos.

O problema está no fato de que a multiplicidade de fundamentos constitucionais alternativos pode acarretar consequências equivocadas e confusão, perdendo a figura seus exatos contornos jurídicos e, naturalmente, sua eficácia e âmbito de aplicação. Nessa linha, citamos a tese mais consistente, a de que o princípio da proteção da confiança decorre do princípio da segurança jurídica³⁵, que, geralmente, supera a fase inicial de fundamentação em articulação, geralmente, com o princípio da boa-fé, em seu aspecto objetivo.

Assim, a proteção da confiança deverá ser afirmada, quando a Administração pretender mudar a situação jurídica por ela definida com base em razões que estão em seu âmbito de responsabilidade, isto é, no processo de aplicação do Direito que ela própria desenvolve, desde que o resultado não esteja notoriamente distante do que o ordenamento impõe como razoável³⁶.

Javier García Luengo³⁷ afirma que a proteção da confiança é vista, principalmente, como um reflexo da segurança jurídica aplicada à defesa dos interesses

³⁵ É a tese predominante no Direito alemão, doutrina que seguimos por ser sua fundamentação mais sólida que as demais. LUENGO, Javier García. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 2002, p. 35 *et seq.* e 183-201; BLANCO, Frederico Castillo. *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. 4. ed. Madri: Marcial Pons, 1998. p. 165.

³⁶ LUENGO, Javier García. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 2002. p. 171.

³⁷ GARCÍA LUENGO, Javier. *Op. Cit.*

legítimos dos cidadãos. Nessa linha, não seria um princípio de natureza autônoma, mas uma expressão do princípio da segurança jurídica.

Na verdade, o princípio da confiança representa, dentro do contexto acima mencionado, uma dimensão subjetiva do plurissignificativo princípio da segurança. Como visto anteriormente, o princípio da Segurança Jurídica deriva do Estado Democrático de Direito, sendo composto por um elemento objetivo que garante a continuidade do ordenamento e por um elemento subjetivo voltado para a tutela das expectativas legítimas do indivíduo.

O que importa e apresenta como mais relevante no presente trabalho, é o reconhecimento do princípio da confiança no ordenamento jurídico para proteger as expectativas legítimas dos indivíduos, tanto do administrado como do jurisdicionado, contra mudanças abruptas e frustradoras de expectativas tidas como legítimas.

2.3 O princípio da igualdade na aplicação da lei

O princípio da isonomia tem assento constitucional previsto no artigo 5º da CF, que dispõe: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: (...)*” (grifei).

Evidencia-se que a Constituição Federal preocupou-se com a igualdade, haja vista que, no caput do artigo 5º, consagrou, além do princípio da isonomia, a inviolabilidade do direito à igualdade.

A igualdade substancial conquistada é cogente em todos os segmentos. No âmbito do legislativo, constata-se na elaboração de leis protetivas a determinadas categorias economicamente desprotegidas, tais como as regras que protegem o trabalhador que é economicamente inferior ao empregador e as que priorizam o consumidor em face do poder econômico do fornecedor, entre outras as disposições

legais que visam a tratar desigualmente os desiguais, atingindo, assim, a igualdade jurídica³⁸.

Observe-se que a preocupação primordial da incidência do princípio da igualdade no processo civil diz respeito à análise da participação das partes por meio de instrumentos que confirmam a “igualdade de armas”³⁹. Nesse ponto, a paridade de armas reside no seu papel de conferir legitimidade ao sistema de resolução de conflitos estruturado em determinado Estado, pois elimina insatisfações pela possibilidade de todos os interessados influírem, com idênticas chances de êxito, na cognição do magistrado⁴⁰.

Vincula-se o princípio ora analisado ao contraditório, ou seja, na ótica da adequada possibilidade de as partes agirem e reagirem de modo a influir sobre a formação da convicção judicial⁴¹. Os valores democráticos refletidos no processo impõem a participação dos sujeitos interessados no *iter* de produção do *decisum*, com o intuito de influenciar a percepção do juiz a respeito do litígio.

Tal, no entanto, induz a uma visão intrínseca do problema do valor da igualdade no processo, isto é, deve-se buscar que as partes envolvidas na disputa tenham idênticas oportunidades de participação na atividade cognitiva a ser empreendida pelo magistrado. Esta exigência deriva da cláusula geral do devido processo legal.

A igualdade é considerada assim um dos elementos básicos do ordenamento jurídico. Em virtude, contudo, do excesso de decisões divergentes na análise de casos iguais surgiu a preocupação de outro enfoque dado ao princípio.

Com efeito, de um ponto de vista macro, da prestação da tutela jurisdicional, pessoas iguais, envolvidas em um mesmo cenário fático-jurídico litigioso, devem receber tratamento igual.

As normas processuais, em virtude da crescente mudança da sociedade moderna, têm se apresentado como gerais e abstratas e, conseqüentemente, o magistrado,

³⁸ PALHARINI JUNIOR, Sidney. O princípio da isonomia aplicado ao direito processual civil. In: Coord. FUX, Luiz. NERY JR.; Nelson. WAMBIER; e Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição* – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 616.

³⁹ Neste ponto deve-se considerar que aspectos econômicos podem impedir a participação no processo, e assim para entender o processo como legítimo e democrático há a necessidade de uma possibilidade real e não meramente formal de participação. Nessa linha de raciocínio são importantes as garantias de assistência judiciária gratuita como também normas processuais que permitam garantir a efetiva participação das partes segundo as necessidades do direito substancial. É o aspecto da necessidade de igualdade de acesso à justiça. É a paridade de armas no sentido da efetividade do acesso à justiça, pois garante que a conclusão final do processo dependa apenas dos méritos jurídicos das partes antagonicas, sem que o julgador se deixe influenciar por diferenças estranhas ao Direito.

⁴⁰ CAMBI, Eduardo. Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo. In. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006. p. 677.

⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, nº 29, p. 505/516, julho-setembro 2003. Aborda a questão da possibilidade de a parte “influenciar” a decisão do magistrado.

ao aplicar as referidas normas ao caso concreto, irá interpretá-las para atribuir-lhes o significado necessário para a sua concretização.

Esse fenômeno ocorre em virtude da impossibilidade de se regularem todos os acontecimentos da vida em sociedade, tornando-se clara a necessidade de a lei conter espaços capazes de dar ao juiz o poder de adaptação da norma às novas realidades e valores.

Essa insuficiência da lei para a solução dos mais variados casos litigiosos concretos confere maior subjetividade ao juiz, dando-lhe uma margem maior de interpretação para a solução do conflito.

A devida compreensão dos princípios como normas jurídicas dotadas de força suficiente a reger determinadas situações conflituosas suscetíveis de aplicação imediata, transmuda a interpretação em verdadeira atividade valorativa.

Tal problemática ganha visibilidade no contexto da litigiosidade eis que, apesar de as lides se reproduzirem, as soluções engendradas para cada qual nem sempre são as mesmas.

Nesse ponto é que o princípio da igualdade na aplicação da Lei deve levar à igualdade de correspondência em situações de aplicação de normas e, em vista disso, o exame da atividade jurisdicional adota uma forma e função de comparação individual e concreta para determinar se, na aplicação das consequências jurídicas, a dois casos idênticos foi usado o mesmo procedimento.

Essa atribuição, além de estar inserida no processo regular e ordinário de aplicação do ordenamento jurídico, pode levar à possibilidade de serem adotadas as decisões necessárias para complementar as normas jurídicas, quando existam aberturas ou indeterminações nas situações de fato que deem margem a um leque de interpretações possíveis.

Isto porque apesar de o direito positivado ser o mesmo para todos (igualdade na lei), fatores sociais, religiosos, culturais influem na atividade interpretativa do magistrado, e, em consequência, surgem divergências de entendimentos, e, assim, a igualdade na lei é anulada pela desigualdade de sua aplicação.

Andrea Proto Pizani aduz que “*il principio di eguaglianza è gravemente lesa se, nello stesso período storico, il giudice di Palermo interpreta la disposizione “x” in un determinato modo, ed il giudice di Torino in modo diverso*”⁴².

Ressalte-se, no que concerne à aplicação da lei, que a tarefa do intérprete não se resume à explicitação do texto da norma, devendo constituir em uma contínua reformulação e adequação do texto legal às novas situações concretas⁴³.

A lei é interpretada porque o juiz deve necessariamente compreendê-la, mas, especialmente, porque o seu significado precisa ser apreendido e deduzido. Tal fato decorre da própria estrutura normativa adotada ultimamente pelo Legislativo no sentido de, ao criar os textos legais, essencialmente principiológicos, ampliar as possibilidades interpretativas do ordenamento jurídico.

Por mais perfeita que possa parecer a construção linguística da norma, esta tem, por vezes, em menor ou maior grau, um significado equívoco e indeterminado, abrindo assim oportunidade para uma ampla variedade de interpretações, o que por si só serviria para a aplicação da decisão uniformizadora de jurisprudência como fundamento no princípio da igualdade.

O Poder Judiciário deve, nesse sentido, respeitar a igualdade de correspondência ou o tratamento igualitário na aplicação das normas jurídicas ao caso concreto, ou seja, uma vez tocados os conflitos pela dimensão supraindividual, torna-se imprescindível a utilização de mecanismos judiciais de uniformização de jurisprudência para resolução dos diversos casos idênticos de aplicação da lei. Tal fato ocorre pela necessidade da unidade na aplicação da lei e coerência do próprio serviço da prestação de justiça.

Esses mecanismos tendentes a propiciar a padronização da tutela jurisdicional serão analisados posteriormente como instrumentos de efetividade do valor da equidade no processo, ou seja, da igualdade de todos na aplicação da lei. Parece óbvio que, se todos são iguais perante a lei, a sua interpretação há de ser a mesma para todos porque de nada adianta uma lei só com várias interpretações diante das mesmas situações jurídicas.

O objetivo dos mecanismos é de fixar uma tese geral aplicável à generalidade dos casos em que se discuta a mesma questão de direito, acelerando com isso a cristalização da jurisprudência e evitando o risco de prolação de decisões conflitantes

⁴² PISANI, Andrea Proto. Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 191, p.201/209, 2011.

⁴³ A respeito do tema PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per La giurisprudizione. *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, p. 54, 2004.

para os jurisdicionados que se encontram em um mesmo contexto litigioso. Desse modo a aplicação da lei far-se-á de modo uniforme.

2.4 O princípio da motivação (fundamentação) da decisão como forma de controle da aplicação uniforme da lei

Dentro deste contexto, em que os julgados assumem uma força de contribuir na pacificação de conflitos, expandindo-se suas decisões para fora do processo, reconhece-se a importância da argumentação e do debate para o estabelecimento do necessário consenso legitimador da atividade do Poder Judiciário.

A atuação jurisdicional deve se coadunar aos atuais paradigmas do direito processual como instrumento de pacificação social de uma sociedade pluralista e complexa, tendo em vista que, nesse estado de arte contemporâneo das ciências jurídicas, exige-se a clareza da fundamentação dos critérios utilizados na decisão judicial.

O dever de fundamentação da decisão é condição *sine qua non* para a sua validade, levando-se em conta que se está sob a égide de um Estado Democrático que tem como pilares e instrumentos de realização a transparência e a publicidade de seus atos.

Nesse sentido, dispõe o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, *in verbis*:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Da norma em comento vislumbra-se o dever de fundamentação das decisões judiciais e a publicidade dos atos do Poder Judiciário, que pode ser condicionada pelo interesse público⁴⁴. Nesse sentido, há no Código de Processo Civil um grande número de artigos relacionados ao dever da fundamentação das decisões como os artigos 460, 128, 131, 165 e 535.

Nesse contexto, o dever de fundamentação, como se não bastasse ser norma constitucional de eficácia plena, pode ser conduzido ao princípio do Estado de Direito Democrático, que lhe serve de suporte argumentativo a conferir relevo especial.

⁴⁴ Trata-se de uma regra geral que permite exceções e encontra amparo na própria Carta Constitucional, mais especificamente, no inciso LX do artigo 5º que estabelece que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Pode-se afirmar que as regras atinentes ao dever de fundamentação das decisões judiciais visam a estabelecer, na seara do Judiciário, os comportamentos necessários à promoção do estado ideal de coisas visado pelo referido subprincípio⁴⁵.

A legitimidade da decisão judicial é assim argumentativa, devendo-se justificá-la para torná-la aceitável pela sociedade pluralista, mesmo porque a aplicação do Direito exige muito mais do que podem fornecer os processos dedutivos típicos das operações do silogismo formal.

O dever de fundamentação é um procedimento de exposição de razões, que visa a dar racionalidade à decisão, e um dos seus objetivos⁴⁶, de acordo com a ótica do princípio da isonomia: é a garantia da transparência das decisões, que é uma exigência do Estado Democrático de Direito e que possibilita o controle da igualdade de tratamento na aplicação da lei.

Isso ocorrerá quando o Judiciário transgredir a igualdade de correspondência, que, como vimos, é a que se aplica no controle da atuação jurisdicional com base no princípio da igualdade, referindo-se à necessidade de utilizar critérios similares na resolução dos diversos casos idênticos de aplicação da lei. Refriso que a igualdade na aplicação da lei implica a exigência de que situações de fato iguais sejam interpretadas de modo igual.

Corroborando Ricardo Aronne que o dever do magistrado de motivar as suas decisões judiciais contribui para o enriquecimento e uniformização da jurisprudência, na medida em que todo o caso levado ao Judiciário passa a ter relevo de interesse público⁴⁷.

Observe-se, por fim, que o princípio da segurança jurídica e igualdade na aplicação da Lei serão conceitos vazios de conteúdo se não estiverem otimizados na prática pela motivação das decisões judiciais.

2.5 A necessidade de unidade do ordenamento jurídico

⁴⁵ Acerca das categorias normativa e da distinção entre sobreprincípios, princípios, regras e postulados aplicativos, vide ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴⁶ O dever de fundamentação logicamente se dirige também ao autor da decisão, eis que assegura a reflexão de um poder decisório; possibilita o controle das decisões judiciais através do acesso às razões de decidir, permitindo que se faça uma opção consciente entre a sua aceitação ou a sua impugnação; assegura um maior cuidado na exposição das razões da decisão eis que obriga uma ponderação mais cuidadosa dos interesses em jogo com uma maior atenção na escolha da melhor solução para o caso concreto.

⁴⁷ ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996. O autor discorre na sua obra da importância do dever de motivação frente ao direito comparado.

O ordenamento jurídico é a totalidade normativa organizada, estruturada e dotada de muitas subestruturas ou ordenamentos menores. Esse pluralismo de ordenamentos menores e parciais há de ter uma unidade de sentido para poder constituir um todo sistemático e eficaz. Essa unidade de sentido é proporcionada pela Constituição. Isso porque, na Constituição, estão proclamados os valores superiores do ordenamento, as opções políticas fundamentais, os princípios jurídicos, as garantias dos direitos e do funcionamento institucional e as regras de criação jurídica.

Nesse sentido, Norberto Bobbio aduz que é possível falar em unidade do ordenamento jurídico somente se se pressupõe como base do ordenamento uma norma fundamental com a qual se possam, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento⁴⁸.

Os aspectos que caracterizarão o Direito do Estado são: o Direito como unidade – direito unitário -, o Direito como um sistema coerente de normas jurídicas e o Direito como um sistema completo de normas, resumindo-se em um todo unitário sistematicamente organizado, que procede de um centro unitário no que concerne à produção de normas⁴⁹.

A necessidade de unidade do ordenamento decorre da extraordinária complexidade dos modernos sistemas jurídicos, onde coexiste uma infinidade de normas e nos quais as fontes do Direito são várias. A complexidade não exclui a unidade, mas exige que seja justificada e demonstrada. Isso nos leva a afirmar que a unidade do ordenamento não é pressuposto, mas resultado⁵⁰.

O conceito de sistema aplicado ao Direito traduz a percepção racional e coerente da adequação de conexões e conflitos valorativos e principiológicos, desenvolvendo duas funções fundamentais⁵¹. Em um primeiro momento, gerar a obrigatoriedade ou vinculatividade da citada adequação axiológica para que todos os intérpretes e aplicadores do Direito possam dar unidade interna à ordem jurídica, o que gera uma função positiva ao atribuir um sentido específico a cada ato do sistema jurídico.

Em um momento posterior, fazer refletir se cada ato se mostra ou não axiologicamente adequado e, nesse sentido, integrado na unidade interna do Direito, o

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 71.

⁴⁹ ROYO, J. Pérez. *Curso de derecho Constitucional*. 10. ed.. Madrid: Civitas. 2003. p. 50 e seguintes.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed, Lisboa: Serviço de Educação da Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 71; OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003. p. 209.

que gera uma função negativa, ao determinar que sejam eliminadas as incoerências, contradições e incompatibilidades existentes dentro do sistema, em vista do que a aplicação do Direito passa para a concretização constitutiva da norma.

3 O IMPACTO DO PRECEDENTE NA JURISPRUDÊNCIA

3.1 A análise do precedente

Inegável a grande importância que o emprego da jurisprudência e do precedente têm no direito de todos os ordenamentos jurídicos.

Em regra, os sistemas jurídicos da *common law*, entre os quais se destacam os ordenamentos jurídicos britânicos e norte-americanos, são baseados no precedente. Já os países da família romano-germânica ou *civil law*, como é o caso das nações da Europa Continental e da América Latina, inclusive o Brasil, há o primado da lei.

O papel da jurisprudência, contudo, tanto nos países que adotam o sistema da *common law* quanto nos países da família romano-germânica, está sofrendo alterações. Nestes, por um lado, há uma tendência de valorizar o papel da jurisprudência como instrumento de revelação e ordenamento dos usos e costumes da sociedade, em prejuízo da supremacia absoluta da lei. De outro lado, os países de tradição do sistema da *common law* abandonam este direito exclusivamente consuetudinário e passam a elaborar normas legislativas de caráter geral.

O que se pretende demonstrar é que já não são mais aceitáveis os termos tradicionais em que, por muito tempo, se formulou a distinção entre os dois grupos de ordenamentos, já que atualmente ambos os sistemas se apresentam profundamente modificados e com tendência à modificações ainda maiores.

À medida que se desfaz a aparente clareza dos dois modelos e sua diferenciação, o atual panorama dos ordenamentos jurídicos processuais muda sensivelmente por causa do surgimento e da crescente importância de tendências que já não podem ser confinadas na clássica e estática classificação de cada um dos sistemas processuais como de *common law* ou *civil law*.

Dentro do contexto de mutações desses principais sistemas processuais, deve-se observar o que os comparatistas costumam denominar de *circulação de modelos*. Fato notório é que os ordenamentos jurídicos mudavam em ritmo lento, mas principalmente “em sentido vertical”, ou seja, eles sofriam suas modificações dentro do seu próprio ordenamento jurídico e segundo linhas históricas próprias. O fenômeno mais

característico das recentes evoluções é o das “interferências horizontais” entre sistemas distintos, ou melhor dizendo, da imitação de um sistema ou modelo por outros, ainda que derivados de experiências históricas e linhas evolutivas muito heterogêneas. Em outros termos, verifica-se complexo intercâmbio de modelos inclusive entre sistemas de *common law* e sistemas de *civil law*⁵².

Outro aspecto igualmente importante são as consequências jurídicas da globalização por meio do incremento da frequência de controvérsias transacionais e da tendência à uniformidade cultural.

Com efeito, as lides entre sujeitos de nacionalidades diversas, durante muito tempo, tiveram papel marginal no contencioso instaurado perante os tribunais dos diferentes Estados-Nações. Por um lado, em virtude do crescimento das lides instauradas, que envolvem partes de nacionalidades diferentes, em consequência do crescimento de relações jurídicas das mais diversas naturezas (sobretudo comerciais e financeiras), a “lide-tipo” começa a ter novo enfoque e não só aquele que envolve pessoas sujeitas ao mesmo ordenamento nacional.

De outro lado, a tendência à uniformidade cultural começa a manifestar-se no âmbito da cultura jurídica com a superação de fronteiras nacionais, além da difusão e circulação de temas de ordem geral, como as garantias processuais, os direitos humanos, o justo processo⁵³.

⁵² Inclusive TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 110, ano 28, p. 153, abr./jun. 2003, cita numerosos exemplos, sobretudo no que diz respeito da influência do modelo norte-americano: “vários sistemas de *civil law* extraíram daquele modelo o júri penal (como aconteceu recentemente na Espanha), a técnica do interrogatório cruzado, a ideia de pôr limites ao recurso às Cortes supremas, a *class action*, o uso de depoimentos escritos, à semelhança do *affidavit* etc. Não faltam todavia, conquanto bem menos freqüentes, hipóteses em que os legisladores de *common law* olharam para os sistemas da Europa Continental: o caso paradigmático é o da Inglaterra, que consagrou, com a Rules de 1999, a ideia de um Código Processual, até aquele momento estranha à tradição inglesa, e que parece haver buscado inspiração nos modelos europeus, por exemplo em matéria de medidas cautelares e de poderes do juiz no processo. Segundo ele esses intercâmbios entre sistemas processuais é possível em virtude do fato de que “os legisladores modernos que se ocupam seriamente de reformas da justiça civil tendem a “tomar por empréstimo” quanto se afigure útil, sem julgar-se excessivamente vinculados às respectivas tradições nacionais, e valendo-se inclusive, por conseguinte, daquilo que está fora dos modelos gerais de pertinência tradicional”. E conclui que “isso depende, naturalmente, da cultura do legislador de que se trata em cada caso: um legislador “culto” terá as informações necessárias para fazer escolhas melhores no “mercado das idéias”, ao passo que um legislador “ignorante” se inclinará a ser culturalmente autárquico e, portanto, a considerar que cada sistema processual nacional só pode ser reformado no interior de sua particular e provincial cultura, sem qualquer influência útil receptível dos ordenamentos que já enfrentaram e resolveram, talvez melhor e com maior eficiência, os mesmos problemas.”

⁵³ Neste aspecto importante a lição de Rodolfo Sacco quando diz que “a comparação, como qualquer outra ciência, e enquanto tal, visa adquirir dados teóricos, independentemente de ulteriores utilizações destes dados. Obviamente, permanece ciência também quando o operador a ela recorre visando uma possível circulação de modelos, após tê-lo avaliado sob a atenta análise dos dados sofisticados oferecidos pela ciência, ou quando o cientista projeta, iluminado pelo seu conhecimento crítico, a circulação do futuro, têm tais operações o elevado grau de legitimação conferido à atividade prática, esclarecida à luz da ciência. SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. São Paulo: RT, 2001. p. 43.

Em outras palavras, há atenção maior sobre certos dados constantes, presentes em todo ordenamento, cuja existência os estudiosos de cada um dos ordenamentos nacionais não tinham percebido.

Importante nesse momento é a identificação feita por Michele Taruffo no sentido de que o precedente judicial deve ser conceituado em cada ordenamento jurídico, em função da combinação de quatro diferentes fatores, ou pela interseção de quatro dimensões. Cada uma dessas dimensões inclui várias possibilidades, graus e peculiaridades, cada qual (em maior ou menor intensidade) existente em qualquer legislação, sendo necessário estabelecer uma teoria do precedente mais ampla, capaz de definir como o precedente opera nos diversos contextos ordenamentais⁵⁴.

São elas:

- a) dimensão institucional do precedente;
- b) dimensão objetiva do precedente;
- c) dimensão estrutural do precedente; e
- d) dimensão da eficácia.

Em suma, o regime do precedente opera em todo o sistema jurídico, a partir da integração de vários fatores, que podem ser classificados nestes vetores retrocitados, ou seja, reconhece-se a doutrina do precedente como um fenômeno generalizado e infiltrado de forma unitária e comum aos diversos ordenamentos jurídicos com as devidas correções necessárias, de acordo com as peculiaridades relevantes a cada sistema jurídica.

A característica principal do precedente é a sua capacidade de influenciar a decisão de casos sucessivos e, em consequência, garantir a maior segurança jurídica aos ordenamentos jurídicos.

3.2 O precedente como regra universalizável à luz de Michele Taruffo

Assim, analisaremos a questão do precedente como regra universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão num caso subsequente em razão da possível analogia entre os casos a serem decididos, segundo Michele Taruffo, para depois, dentro

⁵⁴ TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario. Scintillae iures – studi in memoria di Gino Gorla*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 387-388.

do contexto, analisar a questão da jurisprudência dentro do sistema do *civil law* e, consequentemente, no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.1 Dimensão institucional do precedente

A primeira delas é a dimensão institucional do precedente, que é analisada à luz da organização judiciária e da análise da relação de subordinação de escalonamento hierárquico entre os tribunais.

Classifica-se a decisão judicial nesta dimensão como precedente vertical, horizontal e o aut precedente.

O precedente vertical baseia-se na estrutura burocrática de sobreposição de tribunais, sendo natural que o precedente do tribunal superior exerça certo grau de influência no âmbito das cortes e juízos inferiores. Este é o caso de aplicação típica do precedente, isto é, quando o juiz sucessivo que deve decidir um caso idêntico ou similar se coloca num grau inferior na hierarquia judiciária.

Ressalte-se que, nesse caso, a força do precedente baseia-se na autoridade do órgão que emitiu a decisão judicial, ou seja, quanto mais elevado é o nível da corte que emana o precedente, mais influente é a sua decisão. As verdadeiras “Cortes de Precedentes” são as Cortes Supremas, nas quais as decisões se impõem a todos os órgãos judiciais de grau inferior⁵⁵.

Nesse ponto, Michele Taruffo estabelece uma associação entre a existência de precedente e a estrutura hierárquica do Poder Judicial. Isto poderia levar à conclusão de que onde houvesse precedente sempre existiria uma hierarquia dos órgãos judiciais, como ocorre no precedente vertical.

Observe-se que, nesse caso, a autoridade da doutrina emanada dos precedentes dos tribunais superiores deve ser observada não só pela autoridade desses tribunais, decorrente da hierarquia, mas também pela missão específica que a própria Constituição lhes confere como guardiães do primado da lei e reveladores do seu conteúdo.

⁵⁵ TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario. Scintillae iures – studi in memoria di Gino Gorla*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 389 *et seq.*

O precedente horizontal é o proveniente de órgãos judiciais postados no mesmo patamar hierárquico e possui força persuasiva e eficácia relativa, sobretudo quando estiverem examinando matéria nova.

O autopercedente, via de regra, também se impõe como medida de coerência, além, é claro, da segurança jurídica que deve ser observada principalmente nos tribunais. Trata-se de um caso peculiar e interessante de precedente horizontal, ou seja, dos precedentes emanados da mesma corte que decide casos sucessivos.

O problema que pode ser colocado a qualquer juiz, mas é posto em particular em relação às cortes supremas, é o questionamento se estas são ou devem ser vinculadas aos seus próprios precedentes. Uma resposta positiva neste caso parece justificada, principalmente baseada na necessidade de casos iguais serem decididos do mesmo modo pela mesma corte, ou mesmo juiz. Uma corte que sobre a mesma questão muda de entendimento a cada dia possui pouca influência e credibilidade, pois viola o princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei⁵⁶.

3.2.2 Dimensão objetiva do precedente

Em segundo lugar, coloca-se a dimensão objetiva do precedente, que diz respeito à determinação de sua influência na decisão de casos futuros, sendo examinada a importância da *ratio decidendi* e dos *obiter dicta*.

3.2.2.1 A diferença entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*

Os *obiter dicta* referem-se ao que foi dito de passagem a título de exemplificação, em que o peso meramente persuasivo não constitui a coluna de sustentação da decisão tomada⁵⁷.

⁵⁶ TARUFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. *Revista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2007. p. 718/719.

⁵⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 177, faz os seguintes apontamentos sobre o tema: “Como regra necessária à decisão, não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para

Constitui *obiter dictum* qualquer manifestação do órgão judicial não necessária à solução do caso concreto, a exemplo de considerações marginais efetuadas pela corte, argumentos lançados por um dos membros do colegiado e não acolhidos ou apreciados pelo órgão e dissensos constantes de votos divergentes⁵⁸.

Na *ratio decidendi* encontram-se os motivos determinantes da decisão judicial, somente ela é hábil a adquirir a força vinculante para casos futuros. Como regra necessária à *decisão*, não se confunde com o *obter dictum*, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia. O *obter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão.

A *ratio decidendi* é composta: (i) da indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), (ii) do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e (iii) do juízo decisório^{59/60}.

A *ratio decidendi*, ou para os norte-americanos a *holding*, são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão. Trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. É a opção hermenêutica adotada na decisão, sem a qual esta não teria sido proferida como foi⁶¹.

o deslinde da controvérsia. O *obter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão.”

⁵⁸ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125-126. Ainda segundo a autora “tais manifestações não têm força obrigatória sobre o deslinde de casos futuros justamente porque a ideia do *judge made law* se centra na extração indutiva da norma a partir do caso concreto e, se determinadas considerações constantes de uma decisão não eram necessárias a sua solução, as mesmas derivam de formulações hipotéticas, cujas especificidades, no plano abstrato, o Judiciário não teria como ponderar, não lhe competindo tal atribuição, por lhe caber, apenas, decidir lides.”

⁵⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 175.

⁶⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 127-130. A referida autora realça os métodos para a identificação do *holding*, ou *ratio decidendi*, sendo possível “agrupar as discussões travadas na *common law* em duas categorias: a) método fático-concreto; e b) método abstrato-normativo. Segundo o método fático-concreto, o *holding* corresponderia à regra extraída de um conjunto de fatos, que poderia ser expressa da seguinte forma: em qualquer situação em que estejam presentes os fatos A e B (relevantes), e presente ou não o fato C (irrelevante), o resultado deverá ser X. Neste método, seria importante o que o tribunal decidiu acerca de certos fatos e não o que disse. Já de acordo com o método abstrato-normativo, os tribunais, quando decidem o caso concreto, solucionam a lide de um modo mais amplo, enunciando, explícita ou implicitamente uma regra capaz de solucionar a própria demanda em exame e outros casos a ela assemelhados, que possam surgir no futuro. Isso porque, se o que se faz agora vinculará o amanhã, a corte deverá decidir com base no que é mais adequado para todos os casos que se encontrem dentro de uma apropriada categoria de similitude. Nesta hipótese, os fundamentos justificantes, ou seja, as razões oferecidas pelo tribunal, seriam fundamentais para a enunciação da regra vinculante e para a determinação de sua generalidade”. E continua, “o importante quanto a tais métodos, contudo, não é afirmar uma opção por um ou por outro, mas tentar identificar o que há, em cada um, de eloquente para o trabalho com precedentes, em especial, para a fixação do conteúdo do *holding*. Neste sentido, o método fático-concreto demonstra que a realidade fática é profundamente relevante para a determinação do teor vinculante do precedente. O método abstrato-normativo, por sua vez, afirma a importância dos fundamentos deduzidos pela corte para tal fim”.

⁶¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 2, p. 381.

Um exemplo no nosso ordenamento jurídico, à luz de uma situação concreta, é o caso do magistrado que cria uma norma consubstanciada na tese jurídica a ser adotada. É a situação do artigo 1.102-A do CPC, que permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de “prova escrita” que não tenha eficácia de título executivo.

Como “prova escrita” é um termo vago, o STJ decidiu que são exemplos de prova escrita o “cheque prescrito” (verbete da Súmula n. 299⁶²) e o “contrato de abertura de conta-corrente (verbete da Súmula n. 247⁶³). A partir de casos concretos, foram criadas “duas normas gerais” que podem ser aplicadas em diversas outras situações. Verifica-se que as referidas normas se transformaram em súmulas do STJ e nestas não há qualquer conceito vago que dê margem a muitas dúvidas quanto a sua incidência⁶⁴.

Nesse contexto é importante assentar que, ao decidir uma demanda judicial, o magistrado firma duas orientações. Uma de caráter individual que constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise, e outra de caráter geral que é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao direito positivo.

Em casos difíceis, pode ser complexo o processo de identificar a *ratio decidendi* e interpretá-la. Com efeito, há demandas que suscitam mais de uma questão de direito ou mais de uma razão para decidir. Nestes casos, se as justificativas para a adoção de uma determinada solução forem cumulativas, elas gerarão uma única norma vinculante, mas se for verificada que a decisão foi tomada com base em fundamentos independentes, capazes de conduzir autonomamente ao mesmo resultado, estes poderão ensejar várias razões de decidir concorrentes e autônomas.

Importante ressaltar que o precedente, no sistema da *common law*, é o pronunciamento do juiz sobre o direito e que as questões de fato não o integram, mas as decisões judiciais devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos concretos trazidos a julgamento⁶⁵.

⁶² Verbete da Súmula n. 299 do STJ: “É admissível ação monitória fundada em cheque prescrito.”

⁶³ Verbete da Súmula n. 247 do STJ: “O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo do débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.”

⁶⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie.; BRAGA, Paula Sarno; E OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2009. p. 382.

⁶⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 171, ao tratar do sistema da *common law* realça a importância da análise do caso concreto para o julgamento neste sistema dizendo: “Observe-se, por outro lado, que o estilo de julgamento, no âmbito da *common law*, é caracterizado pela “auto-referência” jurisprudencial. Na verdade, pela própria técnica do precedente vinculante, impõe-se, na grande maioria das vezes, a exigência de que a corte invoque, para acolher ou rejeitar, julgado ou julgados anteriores. Em outras palavras, a fundamentação de uma decisão deverá, necessariamente, conter expressa alusão à jurisprudência de tribunal superior ou da própria corte. Infere-se daí a relevância que ostenta, no sistema do *case law*, a interpretação do *precedente judicial*

Consoante Teresa Arruda Alvim Wambier, os fatos tidos como essenciais para a decisão seriam parte da *ratio decidendi*. Quando os mesmos fatos ocorrem novamente e são levados a juízo, a mesma solução deve ser dada ao conflito. Deve-se seguir o precedente, devendo-se sublinhar que os fatos não precisam ser absolutamente idênticos, mas devem permitir o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada na primeira decisão⁶⁶.

Em suma, a *ratio decidendi* constitui assim a regra jurisprudencial que se incorpora no direito e que deve, a este título, ser seguida no futuro. Aquilo que constitui *obter dictum* não tem, pelo contrário, esta autoridade. O valor do *obter dictum* é unicamente o poder de persuasão, dependente do prestígio do juiz que o pronunciou, da exatidão da sua análise e de grande número de circunstâncias, variáveis de caso para caso.

Essa distinção é ignorada no âmbito do sistema *civil law* com relação a jurisprudência, eis que o aplicador do direito pode retirar trechos de determinado acórdão que lhe sirvam, ainda que, no todo, o aresto condene a sua tese, ou verse assunto muito diverso. Em suma, utiliza-se o trecho que lhe convém sem se preocupar com a verdadeira orientação determinada no julgado⁶⁷.

Neste sistema, são também, por vezes, elaboradas ementas dos arestos, afastando-se do verdadeiro *thema decidendum*. Essa prática, não raro, induz o profissional que não teve o cuidado de ler a íntegra do acórdão a equivocar-se.

Esse panorama conduz a uma importante advertência: além da exigência constitucional de a decisão judicial ser motivada, é preciso que os tribunais superiores tenham cuidado no momento da elaboração da fundamentação dos seus julgados, eis que, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível, a partir dali, obter uma regra geral a ser observada em outras situações.

no cotejo do caso concreto. A lógica jurídica, nesse particular, tem como pressuposto o método de ‘*reasoning from case to case*.’”

⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, p. 132, jun. 2009.

⁶⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2009. v. 2, p. 384, asseveram que a distinção entre a *ratio decidendi* e a *obter dictum* é muito importante. “A coisa julgada vincula as partes à decisão do objeto litigioso (a solução da questão principal apresentada no dispositivo da decisão) de um determinado caso concreto. Quando se estuda a força vinculativa dos *precedentes judiciais* (enunciado da súmula da jurisprudência dominante de um tribunal, por exemplo), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação. Assim, as razões de decidir do precedente é que operam vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada. Configura exatamente o que Luiz Guilherme Marinoni chama de norma jurídica criada pelo magistrado, à luz do caso concreto, a partir da conformação da hipótese legal de incidência às normas constitucionais.”

3.2.3 Dimensão estrutural e da eficácia do precedente

No âmbito da *common law* uma única decisão judicial pode perfeitamente produzir a eficácia de precedente vinculativo, eis que os países integrantes deste seguem a doutrina do precedente e a teoria do *stare decisis*.

Assim, na classificação exposta por Michele Taruffo, a dimensão estrutural do precedente é aquela que se refere à possibilidade de o precedente ser referido por uma decisão sucessiva, e esta conceituação pode estar inserida em qualquer ordenamento jurídico.

Em verdade, o que deve ser terminantemente evitado é a existência de precedentes contraditórios que geram problemas que devem ser resolvidos pelo tribunal que está incumbido de decidir o caso sucessivo, de preferência o mais rápido possível por meio de mecanismos de uniformização da jurisprudência.

Nessa linha de raciocínio, deve-se evitar o caos jurisprudencial que não conduz a existência de um firme posicionamento acerca de uma norma jurídica. Nesta seara inexistirá um precedente em sentido próprio já que, nesta total desarmonia da jurisprudência, nenhum conjunto de decisões pode exercer influência sobre os julgamentos sucessivos.

Por fim, de acordo com a última classificação feita por Michele Taruffo, a eficácia do precedente deriva do grau de influência que este exerce na decisão futura em um caso análogo sucessivo, que pode ser estabelecida em uma escala de eficácia de diversos graus.

O precedente terá eficácia vinculativa em relação aos julgados que, em situações análogas, lhe forem supervenientes, ou seja, devem ser observados pelos julgadores nos casos futuros (*binding precedent*).

Há também o precedente com uma eficácia intermediária que deverá também ser seguido, mas estará sujeito a exceções e limitações, sendo possível a sua não observância quando estiverem presentes motivos admitidos no ordenamento jurídico e mediante a apresentação de motivos razoáveis para o não seguimento da orientação fixada no precedente (*defeasibly binding*).

Por fim, o precedente também pode ter uma eficácia persuasiva de forma a orientar as decisões posteriores (*weakly binding*)⁶⁸.

Patrícia Perrone Campos Mello agrupa as decisões judiciais em três categorias principais, ao analisar a eficácia dos precedentes judiciais, que são: precedentes com eficácia normativa, com eficácia impositiva e com eficácia persuasiva⁶⁹.

Os precedentes com eficácia normativa são aqueles que estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos, projetando seus efeitos não apenas entre as partes de um caso concreto, mas fixando uma orientação a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses semelhantes, ou seja, dizem respeito ao *binding precedent*, relatado por Michele Taruffo.

Ainda, segundo a autora, existem hipóteses em que ainda que os julgados não tenham de ser obrigatoriamente seguidos, sua não-aplicação é profundamente criticada e provavelmente se sujeitará à revisão, são os precedentes dotados de eficácia impositiva intermediária, que podem ser associados ao *defeasibly binding*⁷⁰.

Por fim, os precedentes com eficácia meramente persuasiva estarão presentes sempre que a invocação de um determinado julgado se der apenas para fins de persuasão do magistrado, associando-se ao *weakly binding*.

O que se pretende demonstrar é que o precedente opera, de uma forma ou de outra, em todos os ordenamentos jurídicos, devendo ser observado que, no sistema do *civil law*, o que assume relevância é o seu estudo dentro do contexto da jurisprudência, que será mais adiante tratado detalhadamente.

⁶⁸ TARUFFO, Michelle. *Dimensioni del precedente giudiziario. Scintillae iures-studi in memoria di Gino Gorla*. Milano: Giuffrè, 1994, p.429. Explica o autor que o precedente é *binding* quando tem eficácia vinculante e deve ser seguido. Pode ser *defeasibly binding* quando ele deve ser seguido mas pode ser afastado por um motivo razoável e finalmente *weakly binding* quando o mesmo possui efeito meramente persuasivo.

⁶⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 62.

⁷² A referida autora aduz que os precedentes com eficácia impositiva intermediária podem caracterizar um *decisum* normativo, e nem tão pouco podem ser qualificados como meramente persuasivo. Trata-se de eficácia mais utilizada no reconhecimento de maior força impositiva consagrada às decisões nos tribunais, seja em virtude do grau de estabilidade que alcançou, seja, ante a necessidade de promover a uniformização das decisões judiciais. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ob. cit.* p. 63/66.

4 DA VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

4.1 O sistema da *common law* e a vinculação pelos precedentes

No sistema da *common law* vigora a teoria do *stare decisis* (mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido)⁷¹, segundo a qual, o precedente judicial, principalmente a sua *ratio decidendi*, é dotado de eficácia vinculante para os juízos de instância hierarquicamente inferior.

O precedente judicial desempenha um papel importante na *common law*, equiparado à lei no sistema romano-germânico. Tanto a lei como o precedente podem ser considerados como fontes externas para o juiz. Ao se referir à importância do precedente no sistema da *common law* pode parecer que a lei seja menos importante ou que não seja tão obrigatória como no sistema do *civil law*. Ao contrário, até naquele sistema ela tem a sua observância exigida com maior rigor.

O que há no sistema em questão é que, para fins de aplicação do direito, a lei desempenha papel secundário, eis que se dá maior importância à denominada norma singular e concreta, em face da norma geral e abstrata. O local propício de interpretação do direito é o Judiciário, por meio de seus juízes, pela da chamada “doutrina judiciária”, em oposição à doutrina dos juristas ou professores de direito⁷².

A lei somente é reconhecida, no âmbito do Judiciário, depois de ter passado pelo crivo de um juiz, transformando a norma abstrata em norma concreta.

Toda vez que um juiz adota uma regra de direito formulada anteriormente por outro colega, um novo precedente se junta ao corpo de precedentes anteriores e é nisto que consiste a *common law*. A consagração da fórmula anteriormente criada será consagrada na *ratio decidendi*.

⁷¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 160. O nome vem da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”.

⁷² SILVA, Octacílio Paula. *Ética do magistrado à luz do direito comparado*. São Paulo: RT, 1994. p. 323.

Em suma, um precedente da Suprema Corte, durante o seu tempo de vida, é “lei” porque segundo Charles Cole o “precedente determina o que a Constituição significa até que a Suprema Corte mude o precedente num caso posterior”⁷³.

Esse sistema é caracterizado pela existência do precedente vinculante, sendo certo que não é necessária a reiteração de julgados para que surja a eficácia vinculante, e somente a *ratio decidendi*, a regra do direito extraída e formulada na decisão do precedente, ou, na dicção de Celso de Albuquerque Silva, “a opinião da corte sobre a questão de direito que lhe é posta” ou “a explanação da justificação da corte para sua decisão”⁷⁴, é que vincula o julgamento de casos semelhantes futuros. Significa que a regra de direito lá formulada se desprende do caso concreto e se generaliza para alcançar e reger casos futuros.

O juiz que não concordar com a “*ratio decidendi*” de um precedente para a solução justa de um litígio poderá dissentir dele, mas deverá justificar bem o seu posicionamento em face do precedente rejeitado. O posicionamento do juiz não significa, na *common law*, simples decisões arbitrárias, mas terá força de direito.

Com observado acima, a ideia do sistema estriba-se no sentido de que a regra de direito, deduzido por uma de uma decisão judicial, será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro, permitindo o desenvolvimento de um Direito coerente e consistente, em que há a igualdade de tratamento aos litigantes em idêntica situação, com a dispensa do reexame das regras de direito pelos juízes a cada caso subsequente⁷⁵.

A previsibilidade é inerente ao Estado do Direito, e esta é atingida neste sistema no momento em que se obedecem aos precedentes. Obedecendo-se aos precedentes, a igualdade acaba sendo respeitada. Neste sistema, reconhece-se que os casos nunca são absolutamente idênticos. O que acontece é que são consideradas algumas características de um caso como sendo relevantes e outras não.

Para Teresa Arruda Alvim, a vinculatividade dos precedentes “é justificada pela necessidade de igualdade e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma”⁷⁶.

⁷³ COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, p. 72, out./dez. 1998.

⁷⁴ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.182.

⁷⁵ RE, Edward D. Stare decisis. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 327, p.37, jul./set. 1994.

⁷⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, p. 129, jun. 2009.

Nessa linha de raciocínio, temos algumas vantagens da vinculação aos precedentes na doutrina estrangeira, que são a igualdade (casos semelhantes devem receber tratamento igualitário) e também a eficiência (o trabalho dos juízes tornar-se-ia absurdamente alto se todos os casos passados pudessem ser reabertos em novos julgamentos), além de evitar arbitrariedade no processo de julgamento, pois impedem que a opinião isolada de um juiz seja determinante para solucionar um caso concreto, formando uma base para a existência da segurança jurídica.

4.1.1 Técnicas que geram a flexibilidade no sistema da *common law*. O *overruling* e o *distinguishing*

As técnicas existem porque o direito não é estático, posto que a vida não o é. A própria evolução da sociedade é o *feedback* do sistema que o retroalimenta com novas informações.

No ordenamento do sistema da *common law*, a utilização dos precedentes vinculantes não prejudica a evolução do direito vigente, eis que em cada julgado se buscará apreciar todas as situações fáticas envolvidas no caso concreto e, em havendo diversidade, nova decisão será formulada, estabelecendo novo precedente. Nesta perspectiva dois institutos são dignos de serem estudados, quais sejam o *overruling* e o *distinguishing*.

O *overruling* consiste no mecanismo utilizado para que se reconheça a existência de fundamento para o abandono do precedente anteriormente utilizado, por terem sido alteradas as razões que autorizaram a sua decisão. Como esclarece Leonardo Greco, o próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*.⁷⁷ É o afastamento do precedente e a declaração de que este foi superado.

Assim, quando ocorre o *overruling*, uma nova regra é criada para os casos subsequentes. Consequentemente, o *overruling* exige como pressuposto uma carga maior

⁷⁷ GRECO, Leonardo. Novas Súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.10, p. 46, 2004.

de motivação, sendo necessário que se tragam argumentos até então não suscitados, com a justificação complementar da necessidade da superação do precedente.

Ocorre o *overruling*, quando se detecta a necessidade de mudança por dois motivos, ou porque (a) se considera no momento a norma errada; ou porque (b) se considera no momento a norma errada, embora ela não estivesse errada, quando foi criada⁷⁸.

Esta substituição pode ser:

(i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou

(ii) tácita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última – trata-se de hipótese rara⁷⁹.

O juiz pode interpretar uma decisão judicial anterior de modo restritivo ou ampliativo. Com efeito, o juiz no sistema da *common law* deve aproximar os elementos objetivos que possam identificar a demanda em julgamento com eventual ou eventuais decisões anteriores, proferidas em casos análogos. Feita essa constatação examina-se a *ratio decidendi* do precedente. Dependendo da postura do juiz, pode ser interpretado restritivamente ou de modo ampliativo⁸⁰.

Torna-se importante, ainda, distinguir o *overruling* do *overriding*. Quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência do precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio geral, ocorre o *overriding*. Neste há apenas uma superação parcial do precedente, não há uma superação total. Na verdade, é uma espécie de revogação parcial⁸¹.

O *distinguishing* permite que a regra sobreviva, embora seu sentido se torne menos abrangente. Em outros termos, há uma referência ao precedente; contudo, por

⁷⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, jun. 2009.

⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2009. v 2. p. 395.

⁸⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 141 *et seq.* O autor prossegue: “Isso significa que não se exige submissão ‘cega’ a anteriores decisões. Permite-se à corte *estender* um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entender que assim estará promovendo justiça. Caso a aplicação do princípio, entretanto, possa produzir resultado indesejável, o tribunal *estreitará* ou restringirá o princípio, ou ainda, aplicará precedente diverso.” Por esta razão, deve ser assinalado que *stare decisis* não é apenas uma teoria que historicamente resguardou a estabilidade e a uniformidade, visto que suas restrições e ampliações inerentes, bem como os fatores que determinaram a inaplicabilidade de *precedente judiciais*, permitem a inafastável flexibilidade do ordenamento jurídico da *common law*, indispensável à evolução e ao progresso do direito.

⁸¹ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 297.

causa de uma peculiaridade, a regra deve ser reformulada para se adaptar a esta nova circunstância, em virtude de uma peculiaridade existente no primeiro caso que não existia no segundo caso.

Chega-se à conclusão de que a situação fático-jurídica é distinta da anteriormente decidida. Neste caso, a regra do precedente não é abandonada, mas reformulada, levando em consideração características do caso específico.

Para José Rogério Cruz e Tucci, o *distinguishing* é um método de confronto, “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”⁸². Sendo assim, pode-se utilizar o termo *distinguish* em duas ocasiões: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método); (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado)⁸³.

Como já afirmado anteriormente, dificilmente haverá uma identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no julgamento e no caso que deu origem ao precedente. Neste caso, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* extraída do precedente lhe seja aplicada⁸⁴.

O magistrado, notando que há distinção (*distinguishing*) entre o caso que ensejou o precedente e o caso *sub judice*, pode seguir dois caminhos⁸⁵:

a) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva. Neste caso, o magistrado pode entender que peculiaridades do caso concreto impedem a mesma tese jurídica outrora afirmada. Procedendo assim, o magistrado julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente (*restrictive distinguishing*).

b) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).

⁸² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit.*, p. 143.

⁸³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed., Salvador: Juspodivm. v. 2, p. 393.

⁸⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 393. Consoante os referidos autores “percebe-se, com isso, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais, cuja *ratio decidendi* (tese jurídica) poderá, ou não, ser aplicada a um caso posterior, a depender de traços peculiares que o aproximem ou afastem dos casos anteriores. Isso é um dado muito relevante, sobretudo para desmistificar a ideia, segundo a qual, diante de um determinado precedente, o juiz se torna um autômato, sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por um outro órgão judicial. Não é bem assim. Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam a sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta a sua *ratio decidendi*.”

⁸⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004. p 177.

No caso do nosso ordenamento jurídico, o Superior Tribunal de Justiça, no verbete da Súmula n. 349⁸⁶, mencionou uma decisão que fazia o *overruling*, sem realçar, contudo, as preocupações normalmente encontradas no *overruling* norte-americano. A decisão é da 2ª Seção do STJ, no Resp. n. 1.008.610/RJ, do dia 26.03.2008, em que foi o relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, *in verbis*:

Em recurso remetido da Quarta Turma, a Seção, por maioria, mudou o entendimento anterior adotado no Resp. n. 594.486/MG, 13.06.2005, decidiu que os juros moratórios sobre a parcela a ser restituída aos promitentes-compradores de imóvel, em razão de procedência do pedido de ação de resolução de contrato por eles proposta (devido à impossibilidade de arcarem com o custo das prestações), têm como termo inicial o trânsito em julgado da decisão que determinou a devolução da parcela. Destacou o ministro relator que não é o caso em que os autores postularam a restituição nos termos pactuados. Se assim fosse, haveria um descumprimento contratual e os juros moratórios incidiriam desde a citação⁸⁷.

Já o *distinguishing* foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal quando decidiu na ADC n. 4 que o artigo 1º da Lei n. 9.494/97, que vedava antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, em alguns casos, era constitucional. Em virtude do efeito vinculante desta decisão, que é expresso e necessário em virtude do papel constitucional do STF de último intérprete da lei maior, toda e qualquer decisão contrária a esse entendimento estava sujeita ao instituto da reclamação.

Em virtude de diversas reclamações, o STF acabou entendendo que a decisão proferida na ADC n. 4 não se aplicava aos casos de natureza previdenciária. Ou seja, decidiu-se que a decisão da ADC n. 4 continuava válida, porém, não era aplicável aos casos específicos de natureza previdenciária.

4.2 O sistema do *civil law* e a vinculação à lei

O sistema do *civil law* é baseado na lei escrita, codificada ou não. Neste sistema, os precedentes não são normalmente vinculantes em virtude do princípio da legalidade, em que o juiz tem o dever de decidir de acordo com a lei escrita. As decisões devem ser fundamentadas com referência à lei escrita.

⁸⁶ Súmula n. 349. “Compete à Justiça Federal ou aos juízes com competência delegada o julgamento das execuções fiscais de contribuições devidas pelo empregador ao FGTS.”

⁸⁷ Informativo de Jurisprudência n. 349. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 07 jul. 2010.

A segurança e a previsibilidade das decisões jurídicas, obviamente, são valores almeçados, mas supõe-se que, neste sistema, tais valores sejam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes. Essa rigidez é encontrada no sistema do *civil law* como uma das suas principais características.

Com a Revolução Industrial, que acabou por gerar a formação de grandes massas humanas nas cidades, entretanto, surgem controvérsias que dizem respeito não mais a indivíduos isolados, mas a interesses de amplos grupos e categorias sociais, para as quais não há leis, ou as leis são lacunosas ou obscuras.

Destarte, como as necessidades de direito material assumem contornos variados conforme os casos concretos e se transformam diariamente, torna-se impossível ao legislador antever todas essas necessidades. Em virtude disto, surge a preocupação com as normas destinadas a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, quando a técnica processual, já definida na lei, pode ser utilizada.

Surgem assim algumas técnicas empregadas na redação da lei, consistentes na inclusão de conceitos jurídicos indeterminados ou abertos, cláusulas gerais e princípios jurídicos. Esses conceitos são adotados para que o direito absorva e neutralize a complexidade do caso concreto trazido a juízo em virtude das mudanças das sociedades contemporâneas.

Segundo Teresa Arruda Alvim, a partir deste momento, um novo enfoque deve ser dado ao princípio da legalidade, já que não se deve compreendê-lo como sendo um excessivo apego à letra da lei. Entende-se que, atualmente, a lei vincula do modo como é analisada por meio dos olhos da doutrina e da jurisprudência dominante, ou seja, ela não precisa ser sempre compreendida e obedecida em seu sentido literal⁸⁸.

Fica latente que o legislador não pode dar conta das várias situações concretas previstas nas sociedades contemporâneas, e que, em virtude deste fato, o juiz fica investido do poder-dever de, mediante argumentação expressa, preencher os conceitos jurídicos indeterminados, para lhe permitir a efetiva tutela do direito material.

Um exemplo, de acordo com a referida autora, a ser citado de conceito vago é o caso da existência de uma determinação legal indicando que uma pessoa de baixa renda teria direito a usufruir de um determinado benefício previdenciário.

⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, jun. 2009. Segundo a autora os conceitos vagos, cláusulas gerais e princípios jurídicos são os três poros que permitem ao juiz (*rectius*, ao Judiciário) adaptar o direito às mudanças e também às peculiaridades dos casos concretos. Os dois primeiros consistem em técnicas de redação de textos legais e o último consiste num elemento cada vez mais está presente nos raciocínios jurídicos.

Considere-se a hipótese de duas pessoas, ambas ganhando dois salários mínimos, só que uma residindo com os pais, e a outra, pai de família, tendo que sustentar três filhos e a esposa. Apesar de ganharem o mesmo salário, deve-se analisar o caso concreto para estabelecer quem será o beneficiário do referido benefício previdenciário, já que ao juiz foi dada a liberdade de adaptar a sua decisão ao caso concreto⁸⁹.

Outro exemplo é a cláusula geral⁹⁰, que consiste em um fenômeno mais complexo que o conceito vago. Desempenhando um papel de vetor interpretativo de outras normas, o STJ considerou não devida a indenização decorrente de uma desapropriação de imóvel em que o proprietário plantava psicotrópicos. Entendeu-se que não estava sendo cumprida a função social da propriedade⁹¹.

Nestes casos, mais especificamente, há uma necessidade de respeito ao seguimento de uma jurisprudência firmada, para que haja uma pauta de conduta para todos os jurisdicionados.

Por fim, como aduz Teresa Arruda Alvim, no sistema do *civil law* esta pauta de conduta dos jurisdicionados não está mais exclusivamente na letra da lei, e, sim, na lei enquanto compreendida pela doutrina e pelos tribunais. Aceitar de forma ilimitada que o juiz tenha liberdade para decidir de acordo com a sua própria convicção, acaba por equivaler a que haja várias pautas de condutas diferentes para os jurisdicionados⁹².

4.2.1 Em busca da uniformização da jurisprudência no CPC de 1973

⁹¹ Ibidem.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2010, aduz acerca do surgimento das cláusulas gerais na sociedade moderna. “Note-se, desde logo, que a técnica das cláusulas gerais, peculiar aos códigos da contemporaneidade, funda-se na premissa de que a lei pode ser apenas elemento que colabora para a construção judicial do direito. Portanto, tal técnica não só faz ruir a ideia de completude dos compêndios legislativos, definidos exclusivamente a partir da técnica casuística, como demonstra a insuficiência da lei, aplicada à base de subsunção, para a solução dos variados casos litigiosos concretos. Com isso, inquestionavelmente confere maior subjetividade ao juiz, dando-lhe poder para construir a decisão a partir de elementos que não estão presentes no tecido normativo. A passagem da técnica casuística, em que a aplicação da norma se dá por subsunção, para a técnica das cláusulas gerais, em face da qual se exige um raciocínio judicial muito mais complexo e sofisticado, faz ver a necessidade de insistir na igualdade perante as decisões judiciais. De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaem na lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão; essa é responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem que contar com estabilidade.”

⁹¹ REsp. n. 498.742/PE. Relator: Min. José Delgado. DJE, 16.09.2003.

⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, p. 144, jun. 2009. E prossegue a autora: “Temos a convicção de que o sistemático desrespeito aos precedentes, compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias ‘leis’ regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade.”

A evolução recente do direito brasileiro tem como ponto importante o ano de 1963, com a criação da “Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal” que foi instituída por uma emenda no Regimento Interno do STF, matéria encampada na legislação posterior, conforme se observa nos artigos 476 e seguintes do Código de Processo Civil.

A jurisprudência dos tribunais superiores, cristalizada em súmulas, consiste em uma herança do Direito Português, em que os assentos passaram a ter efeito vinculante sobre as decisões do Poder Judiciário e somente podiam ser revogadas mediante a edição de lei pelo Parlamento⁹³.

No Brasil, a forma de consolidação da jurisprudência dos tribunais, ressurgiu por meio do prejulgado trabalhista previsto na CLT de 1943, e, ainda, do anteprojeto do Código de Processo Civil da autoria de Alfredo Buzaid que vão influenciar na instituição pelo Supremo Tribunal Federal, em 1963, das Súmulas que compilavam os julgados predominantes daquela Corte.

Apesar de não possuírem força obrigatória perante juízos e tribunais inferiores, as súmulas do STF visavam a coibir a “jurisprudência lotérica”, ou seja, decisões contraditórias sobre a mesma matéria adotadas pelo próprio tribunal, com grande prejuízo principalmente para a eficácia do princípio da isonomia e da segurança jurídica.

A partir daí, utiliza-se a elaboração de enunciados normativos como meio de prevenir e coibir divergências na interpretação da lei e como meio de recomendar o tratamento uniforme das questões sumuladas, prática esta, que vem sendo apontada como uma das soluções para a crise do Judiciário com a elaboração de diversas leis processuais que têm conferido um tratamento privilegiado às decisões judiciais fundadas em súmulas de tribunais superiores e também na jurisprudência dominante.

Adveio a referida súmula com o propósito de atenuar o problema da sobrecarga de trabalho da Corte Suprema e, por via de consequência, o Judiciário como um todo.

Na época, chegou a influir na questão do cabimento do recurso extraordinário, momento em que o Supremo Tribunal Federal se viu constitucionalmente autorizado a regular a matéria. Assim, as restrições a que se submetia o cabimento não prevaleciam nos casos de divergência entre a decisão impugnada e a súmula⁹⁴.

⁹³ Observe-se que as súmulas do Supremo Tribunal Federal adotaram, formalmente, o mesmo modelo dos assentos portugueses (como se verá adiante), ou seja, enunciados curtos e de grande abstração, diferentes, contudo dos precedentes americanos, que são constituídos pelo inteiro teor dos julgados.

⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 27, p. 50, jul. 2005.

As referidas súmulas não dispunham de disposição legal que a elas conferisse eficácia vinculativa, mas, na prática, vieram a exercer enorme influência nos julgamentos, quer de juízos de primeiro grau, quer dos tribunais. Os juízes, não só os de primeira instância, limitavam-se a aludir à Súmula como fundamento de suas decisões⁹⁵. Encontrase na redação original do CPC de 1973, por meio do instituto da uniformização da jurisprudência, a ideia de uniformizar a jurisprudência para evitar a desigualdade, ou seja, soluções distintas para casos concretos semelhantes.

O referido código suprimiu o recurso revisto e o prejudgado para, em contrapartida, adotar a uniformização da jurisprudência, à semelhança da orientação já definida desde 1963 pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se assim de um incidente processual e, não, propriamente um recurso.

José Carlos Barbosa Moreira esclarece que a medida de uniformização da jurisprudência liga-se ao seguinte fato:

(...) ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e as espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos Tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia constitucional. Nesses limites, e somente neles, é que se põe o problema da uniformização da jurisprudência. Não se trata, nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgãos judicantes uma *camisa de força*, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social. Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso⁹⁶.

Este mecanismo visa a impedir que a mesma regra de direito seja interpretada de maneira diferente por órgãos de um mesmo tribunal. Tal fato ocorrendo, ficaria comprometida a unidade do ordenamento jurídico e ficariam os litigantes sujeitos apenas à sorte ou ao azar de terem seus processos distribuídos a determinada Turma ou Câmara e não a outras que lhe poderiam assegurar a tutela jurisdicional. Nas palavras de Eduardo

⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 50. O autor se lamenta que não se tenha tomado a iniciativa de colher dados e elaborar estatísticas, “a cuja luz se pudesse medir objetivamente o impacto produzido pela instituição da Súmula na quantidade de processos e na respectiva duração: “como sói acontecer entre nós, e sem embargo do juízo favorável que predominou nos meios judiciais, ficamos imersos na penumbra do impressionismo –ignorantes, v.g., do número de recursos extraordinários arquivados por decisão do relator, porque contrária à súmula a tese recorrente, ou da diminuição do tempo empregado pelo Supremo Tribunal Federal para julgar os recursos que remanesciam.”

⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, p. 5.

Cambi, tal procedimento não pretende impor aos órgãos judicantes uma camisa de força a restringir indevidamente o livre convencimento dos Juízes⁹⁷.

Prevê o artigo 479 do CPC que, se o entendimento nesse incidente fosse revelado pela maioria absoluta dos membros do tribunal, esse poderia elaborar uma súmula que teria força de precedente. O Código, contudo, não esclareceu o que seria essa força de precedente. O entendimento predominante é que haveria uma recomendação aos demais órgãos de julgamento do próprio tribunal e aos juízos e tribunais inferiores em relação àquele entendimento, sendo concebida a força do precedente como meramente persuasiva⁹⁸.

O seguimento de um entendimento predominante, entretanto, só faz sentido quando se reconhece a ele o objetivo de proceder a uma padronização dos casos concretos idênticos⁹⁹, sendo sua adoção oportuna à medida em que possa impedir os conflitos de decisões dentro do próprio Judiciário, além de macularem a imagem do Poder Público, muito pouco contribuem para a segurança jurídica, chegando mesmo a negar o princípio da isonomia de tratamento dos jurisdicionados e a correlata necessidade de coerência de qualquer sistema jurídico.

De qualquer forma, a apresentação do pedido de uniformização de jurisprudência suspende o processo e cinde a competência para a sua apreciação. Ao tribunal pleno ou ao órgão especial caberá decidir a tese jurídica, enquanto que o resto do recurso ou da causa será decidido pelo órgão competente para julgá-lo. A questão de direito decidida tem efeito vinculativo sobre o resto do julgamento.

Ressalte-se que, atualmente, existem diversos mecanismos de uniformização da jurisprudência previstos no CPC, sendo certo que o incidente de uniformização tal como

⁹⁷ CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 786, p. 18, 2000.

⁹⁸ Em princípio sua função é exclusivamente evitar que a esse respeito, no mesmo tribunal, se provoque outra uniformização. WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, vol.1, 7. ed. São Paulo: RT, p. 655/660.

⁹⁹ Analisando a questão da uniformidade da jurisprudência, ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança*. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009. p.182-183, aduz que “a resposta uniforme do Poder Judiciário para questões semelhantes é algo tão relevante que a jurisprudência tem, inclusive, quando uma demanda é de massa, afastado o rigor da técnica processual para manter uma decisão uniforme em todos os processos. Em um dos repetidos precedentes envolvendo o reajuste de servidores públicos federais em 28,86%, típica demanda de massa já pacificada pela jurisprudência, o título cognitivo que transitara em julgado, no caso específico apreciado pelo STJ em sede de recurso especial, estava, no momento da sua execução, em desconformidade com o que a jurisprudência vinha entendendo sobre o tema. O provimento judicial havia assegurado um reajuste de 28,86% enquanto a jurisprudência brasileira apenas garante o direito ao reajuste no mesmo percentual, mas com a dedução dos percentuais de reajuste já pagos ao servidor. Diante desse cenário, o STJ, optou por afastar o rigor processual e, dando provimento ao recurso da Fazenda Pública, determinou, em prol da necessidade de uniformização da jurisprudência, a compensação, na fase de execução, dos aumentos recebidos pelos servidores. Afastou-se do título judicial o que estava em dissonância com a mansa jurisprudência sobre o tema.”

previsto no Código de Processo Civil deixou de ser fundamental dentro do nosso sistema processual.

4.2.2 Direito português e o seu reflexo no Direito brasileiro

Em Portugal, por longo tempo, a uniformização foi perseguida pelo instituto dos assentos, que se traduziam em uma interpretação da norma jurídica feita pelo Judiciário, de forma vinculante para toda a sociedade.

Mário Júlio de Almeida Costa esclarece que o problema da interpretação da lei com sentido universalmente vinculativo para o futuro foi disciplinado por um diploma da segunda década do século XVI (Alvará de 10 de dezembro de 1518), e que seus dispositivos incluíram-se depois, nas Ordenações Manuelinas e passaram às Ordenações Filipinas¹⁰⁰.

Surgindo dúvidas na chamada Casa de Suplicação, que eram formadas por juízes porta-vozes do rei, acerca do entendimento de algum preceito, tais dúvidas eram levadas ao regedor do mesmo tribunal. Este convocava os juízes porta-vozes do rei e com eles fixava a interpretação que se considerasse mais adequada.

O regedor da Casa de Suplicação poderia, também, submeter a dúvida à resolução do monarca, se subsistissem dificuldades interpretativas.

Elaboravam-se assim os assentos da jurisprudência, que eram enunciados breves, extraídos de vários julgados que resolvessem um conflito de jurisprudência. Por ordem do rei, como se fosse lei, esses enunciados eram registrados no Livro dos Assentos e se tornavam obrigatórios a todos os juízes e tribunais inferiores na solução de casos idênticos. Desse modo, surgem os assentos da Casa da Suplicação como jurisprudência obrigatória.

O assento possuía uma força normativa tão forte que não podia ser derogado ou ab-rogado pelo próprio Poder Judiciário, eis que ganhava força de lei, somente podendo ser revogado pelo Legislativo¹⁰¹. Os assentos eram normas materiais compostas por meio de uma decisão judicial ditada pelo Supremo Tribunal de Justiça – que sucedeu à Casa de

¹⁰⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.300/304.

¹⁰¹ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 51.

Suplicação – sempre que houvesse contradição de julgados sobre as mesmas questões de direito¹⁰².

Em suma, os assentos eram leis do ponto de vista material, e caso o Executivo não concordasse com eles, tinha que propor uma lei ao Parlamento, para que revogasse o assento do Supremo Tribunal de Justiça. Ressalte-se que esse sistema de vinculação é muito semelhante ao que prevaleceu na Inglaterra até 1966, quando foi declarada pela Câmara dos Lordes que esta não estaria mais vinculada aos seus próprios precedentes.

De acordo com José de Oliveira Ascensão:

o assento se referia ao próprio capítulo das fontes do direito do Código Civil português, embora evitasse um compromisso quanto à natureza deste. Dizia-se que, nos casos declarados na lei, podiam os tribunais fixar, por meio de assento, doutrina com força obrigatória (art. 2º). Vê-se, em todo caso, que a fonte do direito resultaria de uma fixação feita pelo tribunal.¹⁰³

A previsão legislativa dos assentos portugueses, todavia, foi declarada inconstitucional por decisão do tribunal constitucional de Portugal, e, segundo informa José Joaquim Gomes Canotilho, um dos fundamentos foi a afronta ao princípio da Separação dos Poderes, já que o assento emitido pelo Poder Judiciário ganhava “força de lei”, ou seja, assumia verdadeiro caráter legislativo, sendo revogado somente pelo Poder Legislativo¹⁰⁴. Inclina-se no sentido de que ao Judiciário somente competiria resolver conflitos, e não editar assentos com “força de lei”.

Finalmente, com o Decreto-Lei n. 329-A, de 12 de dezembro de 1995, foi definitivamente suprimida a figura do assento no Direito Lusitano, com a revogação dos artigos 763 a 770 do seu Código Processual.

No Brasil, foi importada a previsão dos assentos do direito português. No que concerne à matéria processual, especificamente, o direito português vigorou, ainda que parcialmente, até o advento do Código de Processo Civil de 1939. Foi editada, em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, prevendo que o Tribunal Superior do Trabalho poderia elaborar prejulgados, com base na sua jurisprudência, e que aqueles seriam de observância obrigatória pelos juízes e tribunais inferiores.

Relembra Leonardo Greco¹⁰⁵ que o Brasil, nessa época, não era uma democracia, e que o Congresso Nacional estava fechado desde 1937, pelo então Presidente Getúlio

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 827-828.

¹⁰³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito introdução e teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 337.

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2010. p. 827-829.

¹⁰⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Introdução ao estudo do direito processual civil. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 45.

Vargas. O Tribunal Superior do Trabalho elaborou prejudgados durante mais de 20 anos, até que o Supremo Tribunal Federal afastou a força normativa dos prejudgados trabalhistas.

A decisão do Supremo Tribunal foi no sentido de que a força vinculante das decisões judiciais viola o princípio da separação dos poderes, utilizando o mesmo fundamento que viria a ser usado pelo Tribunal Constitucional português para repudiar o caráter normativo dos assentos.

Com o advento da Constituição de 1946, prevendo o princípio da separação dos poderes, o dispositivo dos assentos foi revogado por ser incompatível com o referido princípio. Adotou-se a revogação do prejudgado trabalhista pela Constituição de 1946.

Alfredo Buzaid, na época da elaboração do anteprojeto do CPC de 1973, instituiu inicialmente que fosse emitido um assento com força de lei em todo território nacional e que a tese jurídica fixada pelo Tribunal Emissor vincularia todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico. Ocorre, porém, que a tese não foi admitida pelos congressistas no projeto, ficando o incidente na forma que lhe foi dada no CPC, sem o efeito vinculante pretendido a todo o ordenamento jurídico.

Esclarece Barbosa Moreira:

O anteprojeto do Código de Processo Civil, de autoria de Alfredo Buzaid, intentou ressuscitar o mecanismo dos antigos assentos. Resolvido o incidente de uniformização da jurisprudência, a decisão sobre a tese jurídica tomada pela maioria absoluta dos membros efetivos do tribunal – do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Justiça, conforme se tratasse, respectivamente, de norma jurídica federal ou estadual – seria obrigatória enquanto não modificada por outro acórdão proferido na mesma forma. Caberia ao presidente do tribunal, em obediência ao decidido, baixar assento, que teria força de lei 45 dias após a publicação oficial (artigos 518, 519 e 520, parágrafo único). Tal sistemática foi criticada em sede doutrinária, antes de mais nada por ser inconstitucional. O projeto abandonou a solução dos assentos com força de lei e deu margem a nova feição, inspirada na Súmula do Supremo Tribunal Federal e conservada, com alterações pormenor, pelo Congresso Nacional. Todavia, o expediente de uniformização de jurisprudência, regulado nos artigos 476 e ss. do Código, jamais alcançou a desejada eficiência (...)¹⁰⁶.

¹⁰⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 27, p. 50/51, jul. 2005.

5 O PAPEL DA JURISPRUDENCIA NO CONTEXTO DO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Com base na busca incessante pela uniformização da jurisprudência em todos os ordenamentos jurídicos e com base no que foi anteriormente dito a respeito da análise dos precedentes, verifica-se a importância do estudo do papel da jurisprudência no direito positivo brasileiro, tendo em vista que uma única decisão judicial assume enorme relevância na definição do conceito de jurisprudência, conforme será analisado.

5.1 Aspectos Gerais da Jurisprudência

Independentemente do sistema jurídico em que se viva, ninguém desconhece a importância da jurisprudência nos ordenamentos jurídicos em geral. Ela, indubitavelmente, está incluída no grupo de forças que participa da direção moral da sociedade, pois o seu conhecimento é necessário tanto do ponto de vista prático quanto pelo ponto de vista teórico no fornecimento de matéria viva para sua construção e evolução.

Nesse sentido, a grande importância do estudo da jurisprudência é que ela, como forma viva do direito, o apresenta na sua aplicação, informando como determinadas relações humanas têm sido reguladas.

A relevância do estudo do papel da jurisprudência no nosso ordenamento jurídico está ligada não só à eficácia conferida às várias decisões, mas também a sua capacidade de valer como modelo para a solução de novos casos, podendo ser útil em situações análogas.

Rodolfo Camargo Mancuso infere na plurívoca palavra jurisprudência quatro acepções que correspondem a diferentes graus de eficácia: (1) direito judicial que corresponderia à totalização dos resultados da função jurisdicional do Estado, sem outro discrimen, podendo vir referenciado a uma dada Justiça, em primeiro e segundo graus, num determinado período; (2) direito jurisprudencial que seria o sentido técnico-jurídico da expressão, importando na coleção ordenada de acórdãos, consonantes e harmônicos

sobre uma determinada matéria, no âmbito de uma dada Justiça ou de um dado Tribunal; (3) jurisprudência dominante, expressão consagrada nas normas processuais, com destaque para a aproximação das expressões súmula e jurisprudência dominante, em seus efeitos processuais; (4) direito sumular que seria constituído pelos repositórios dos enunciados representativos da jurisprudência pacificada nos Tribunais¹⁰⁷.

Não obstante as referidas acepções, tentaremos dentro deste capítulo delimitar o conceito de jurisprudência e, principalmente, das duas formas mais comumente utilizadas em nossa legislação processual que é a de súmula e da expressão jurisprudência dominante.

5.2 O significado do termo jurisprudência e os precedentes de uniformização da jurisprudência

De acordo com minucioso estudo sobre o tema, o ilustre Rubens Limongi França, autor de consulta obrigatória, citado por vários outros estudiosos de sua área e diante da importância e profundidade de sua pesquisa, aduz que o conceito genérico de jurisprudência possui uma forte conotação histórica, eis que, em uma primeira definição seria “toda ciência do Direito, teórica ou prática, seja elaborada por jurisconsultos, seja por magistrados”. Dentro dessa definição considera-se jurisprudência “o complexo das indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais”¹⁰⁸.

Ainda, o referido professor paulista no mesmo texto esboça o entendimento de que a jurisprudência é o conjunto de respostas fornecidas pelos jurisconsultos (prudentes) de Roma às consultas que lhe eram formuladas.

Em suma, apresenta a jurisprudência como vocábulo derivado do latim *juris prudentia*, que seria o conjunto das manifestações dos jurisconsultos (os então chamados prudentes), diante de questões jurídicas concretamente apresentadas para solução. Aproximar-se-ia, neste contexto, segundo ele, aos atuais pareceres produzidos pelos

¹⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo Camargo. A jurisprudência, dominante ou sumular. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR. Nelson (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 530.

¹¹⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Ed. RT, 1974. p.145/146.

juristas renomados. Apresenta, ainda, a jurisprudência como doutrina jurídica geral, ou seja, ao complexo de indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais levados a efeito por juristas sem a preocupação com o caso concreto e, nesse aspecto, a jurisprudência teria a mesma função da produção que incumbe à doutrina sobre os diversos temas jurídicos.

Marcelo Roberto Ferro entende que o fato de se responder a uma consulta determinada corresponde à “ciência do direito prática”, enquanto “o complexo de indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais” corresponderia à “ciência do direito teórica”, uma vez que não visaria à resolução de um caso concreto. Segundo ele, ambas, sem dúvida nenhuma, têm caráter científico¹⁰⁹.

De outro giro, André Franco Montoro aduz que a palavra jurisprudência pode ter na linguagem jurídica três significações diferentes: a) pode indicar a ‘ciência do direito’, em sentido estrito, também denominada ‘dogmática jurídica’ ou ‘jurisprudência’; b) pode referir-se ao conjunto de sentenças dos tribunais, em sentido amplo, e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória; c) em sentido estrito, ‘jurisprudência’ é apenas o conjunto de sentenças uniformes; nesse sentido, falamos em ‘firmar jurisprudência’ ou ‘contrariar a jurisprudência’¹¹⁰.

Rodolfo Camargo Mancuso apresenta algumas acepções do vocábulo jurisprudência. Em sentido comum, corresponderia ao produto, ao resultado final da atividade jurisdicional de determinado país¹¹¹. Neste contexto estariam incluídas no referido conceito o somatório das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais do Estado, de qualquer grau de jurisdição, convergentes ou divergentes, sobre todas as

¹⁰⁹ FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma de expressão do direito. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, nº 51, p. 91, 1990. Francesco Ferrara aduz que a teoria e a prática não estão em antítese, ao se referir a jurisprudência e a doutrina. Aduz que não são inimigas ou estranhas que mutuamente se ignoram ou desprezam: pelo contrário, entre elas existe uma colaboração recíproca. “A teoria, operando com conceitos abstratos, com a força lógica, é capaz de extrair os princípios gerais da lei e de lhes dar o máximo desenvolvimento de expansão. Este trabalho, porém, fá-lo para a prática, para que surta mais completa e perfeita a aplicação do direito. A jurisprudência deve, pois, olhar a doutrina, ter em conta os resultados dos seus estudos, e pô-los à prova na aplicação.” De outro giro, “a prática, posta em face de hipóteses reais e das necessidades da vida, sente primeiro a solução jurídica, ao passo que a doutrina, trabalhando com hipóteses teóricas, não tem esta percepção pronta da realidade. É a jurisprudência, portanto, que a teoria deve ir colher a expressão das necessidades sociais que se fazem sentir e batem à porta dos tribunais. Além disso, a variedade inexaurível das questões práticas frequentemente revela problemas novos ou novos lados de problemas jurídicos e abre novos campos de estudo à dogmática. Às vezes um caso jurídico mostra experimentalmente que uma teoria é errada ou unilateral, e por isso desmorona ao contacto dos fatos do edifício fadigosamente levantado pelas abstrações dos teóricos. FERRARA, Francesco. Como aplicar e interpretar as leis. Tradução: Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002. pp. 80/81.

¹¹⁰ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 352.

¹¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed., São Paulo: RT, 2010, p. 137.

matérias postas sob exame do Poder Judiciário. Esse conjunto de decisões judiciais, em um determinado período de tempo, formaria um conglomerado de pronunciamentos, ainda que antagônicos, sobre as mesmas questões jurídicas.

O referido autor apresenta também um sentido mais técnico, que consistiria na sequência ordenada de acórdãos consonantes sobre determinada matéria, proferidos em um dado tribunal ou em certa Justiça¹¹². Haveria a necessidade, para a configuração da jurisprudência, da reiteração de acórdãos uniformes sobre a mesma matéria, não sendo suficiente uma decisão isolada, isto porque um único julgado não seria suficiente para assegurar que a interpretação da questão jurídica nele versada seria predominantemente adotada em casos futuros.

Nesse sentido, Ivan Lira de Carvalho induz ao entendimento de que uma decisão isolada de um juízo singular ou de um órgão fracionário de tribunal é mero precedente, eis que, segundo ele mesmo, com a aplicação atual da expressão, não pode ser ela vulgarizada como sinônimo de um ou de poucos julgados isolados em determinada direção. É mister a reiteração ponderável de julgados, inclinados para um mesmo rumo, para que se tenha firmado a jurisprudência¹¹³.

É o que acentua Alfredo Buzaid, ao afirmar que “cada julgado não estatui senão para um caso particular, mas a repetição de sentenças análogas permite afirmar que os homens reconheçam a existência de uma regra que impõe a solução e que a seguirão no futuro”¹¹⁴.

Leonor Soriano distingue jurisprudência e precedente de acordo com o maior ou menor carga argumentativa existente na decisão. A jurisprudência, segundo ela, são as decisões jurisdicionais de um órgão judicial, cujo valor está determinado pelo tratamento jurídico recebido e, principalmente, pela sua função de tribunal de cassação do órgão prolator. Já os precedentes seriam decisões jurisdicionais de qualquer órgão judicial cujo valor está determinado por sua argumentação jurídica. Ou seja, segundo ela jurisprudência e precedente são formas de aproximar o mesmo fenômeno jurídico: as decisões jurisdicionais anteriores¹¹⁵.

¹¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed., São Paulo: RT, 2010, p. 137.

¹¹³ CARVALHO, Ivan Lira. Decisões vinculantes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 134, p. 175-183, abr-jun. 1997.

¹¹⁴ BUZOID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n° 34, p. 190/191, jul. 1985.

¹¹⁵ SORIANO, Leonor Moral. Los precedentes del tribunal supremo: el acercamiento de la jurisprudência a la teoría de los precedentes. *Revista del poder judicial*, n° 57, p. 119/154, 2000.

Ao conceituar jurisprudência, em seu sentido jurídico, Rubens Limongi França aduz também que, para sua conceituação, é necessária a existência de um conjunto de decisões uniformes de um ou vários tribunais, sobre a mesma matéria, de forma constante, reiterada e, ainda, pacífica¹¹⁶.

Diante dessas definições, há que se destacar dois pontos de extrema relevância acerca do conceito de jurisprudência, o primeiro diz respeito à necessidade de reiteração de julgados uniformes e o segundo de que os mesmos sejam formados pela atividade desenvolvida pelos tribunais.

Em regra, para encontrarmos a definição de jurisprudência há a necessidade de reiteração de julgados que interpretam o direito num certo sentido, sendo considerado como jurisprudência o conjunto de decisões uniformes resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes.

Afirma-se, em virtude de tal fato, que um único precedente judicial não seria propriamente considerado jurisprudência e que os advogados, na prática forense, invocam um único precedente, como forma de emprestar-lhe a força de jurisprudência¹¹⁷.

O que se questiona, neste momento, é a possibilidade de um único precedente servir de norte para o firmamento de uma jurisprudência, e conseqüentemente ser essa única decisão suficiente para uniformizar a jurisprudência.

Explico. Atualmente, em nosso ordenamento jurídico, uma única decisão principalmente das Cortes Superiores, digo, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, é suficiente para consolidar um posicionamento acerca de determinada tese, em virtude de decisões divergentes, ou então é capaz de estabelecer um novo posicionamento, apesar de decisões convergentes em sentido diametralmente oposto.

O Supremo Tribunal Federal bem como o Superior Tribunal de Justiça possuem o papel de buscar a interpretação exata, única e verdadeira da lei com o intuito de uniformizar a jurisprudência acerca de determinada matéria, um em matéria constitucional e o outro em matéria infraconstitucional.

¹¹⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 147/149.

¹¹⁷ BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Processo e Constituição* – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. Neste sentido o referido autor aduz que muitas vezes se vê em trabalhos judiciais a referência a “jurisprudência”, quando da citação de um único precedente, que, evidentemente, não significa interpretação uniforme e consistente da lei pelos tribunais, mormente quando contrastado por outros em sentido diverso.

Em virtude de tais funções, os referidos tribunais exercem controle da atividade jurisdicional para que predomine a uniformização interpretativa e, para que, na medida do possível, determinada lei receba a mesma interpretação pelos juízes que lidam com idênticas condições fáticas relevantes.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as questões decididas pelo pleno terão força de jurisprudência, eis que serão decididas pela última instância da referida Corte.

Ressalte-se que o Ministro relator sempre submeterá o feito ao julgamento do plenário, quando existirem matérias em que haja divergência entre as turmas ou alguma delas em relação ao plenário. E, ainda, no caso em que for relevante a questão jurídica ou quando estiver presente a necessidade de prevenir divergência entre as turmas¹¹⁸.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça as decisões proferidas pelas Seções também terão esse atributo, tendo em vista que sua competência é fixada de maneira especializada de acordo com a natureza da relação jurídica litigiosa.

A corte especial do STJ também fixará jurisprudência, quando decidir a respeito das questões incidentes em processos de competência das Seções e dos conflitos de competência entre relatores ou turmas integrantes de Seções diversas.

Ressalte-se, ainda, que as Seções e as Turmas remeterão os feitos de sua competência à Corte Especial quando acolherem a arguição de inconstitucionalidade e, ainda, nos casos em que convier o pronunciamento desta em razão da relevância da matéria ou da necessidade de prevenir divergência entre as Seções¹¹⁹.

Vários exemplos podem ser citados ultimamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em que uma única decisão foi capaz de consolidar uma jurisprudência acerca de determinada matéria.

¹¹⁸ Vide regimento interno do Supremo Tribunal Federal: Art. 22. “O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.

Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:

a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário.

b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário”.

¹¹⁹ Art. 16 do Regimento interno do STF, atualizado de acordo com a emenda regimental n. 14, de 05.12.2011 . As Seções e as Turmas remeterão os feitos de sua competência à Corte Especial:

I - quando acolherem a arguição de inconstitucionalidade, desde que a matéria ainda não tenha sido decidida pela Corte Especial;

II - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em súmula pela Corte Especial;

III - quando suscitarem incidentes de uniformização de jurisprudência;

IV - quando convier pronunciamento da Corte Especial em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergência entre as Seções.

Recentemente foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal o recurso extraordinário nº 583.834/SC¹²⁰, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra acórdão da 1ª Turma Recursal de Santa Catarina, que determinou a aplicação da nova redação do artigo 29 da Lei 8.231/91, conferida pela Lei nº 9.876/99, a benefício previdenciário concedido em período anterior à vigência desta, ou seja, 29.11.99.

O referido acórdão da Turma Recursal firmou a necessidade de recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez, com a inclusão no salário-de-benefício dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores à data do início do benefício previdenciário, considerando-se, se for o caso, o salário-de-benefício do auxílio doença devidamente reajustado, tal como preconizado pelo art. 29 § 5º¹²¹, da Lei nº 8.213/91. Considerou, ainda, ilegal o art. 36¹²² do Decreto nº 3.048/99 por entender que o decreto ultrapassou os limites da competência regulamentar.

De acordo com a citada interpretação, o INSS haveria que revisar todos os benefícios de aposentadoria por invalidez, imediatamente precedidos de auxílio-doença, que já foram concedidos pela autarquia previdenciária.

O Supremo, contudo, firmou o entendimento de que somente se devem considerar os valores recebidos a título de auxílio-doença no cálculo da renda mensal do benefício de aposentadoria por invalidez, quando o trabalho e afastamento por incapacidade se intercalarem antes da referida aposentadoria. Isso porque existiria recolhimento de

¹²⁰ EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER CONTRIBUTIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. COMPETÊNCIA REGULAMENTAR. LIMITES.

1. O caráter contributivo do regime geral da previdência social (*caput* do art. 201 da CF) a princípio impede a contagem de tempo ficto de contribuição.

2. O § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social – LBPS) é exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficto com apoio no inciso II do art. 55 da mesma Lei. E é aplicável somente às situações em que a aposentadoria por invalidez seja precedida do recebimento de auxílio-doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária. Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99.

3. O § 7º do art. 36 do Decreto nº 3.048/1999 não ultrapassou os limites da competência regulamentar porque apenas explicitou a adequada interpretação do inciso II e do § 5º do art. 29 em combinação com o inciso II do art. 55 e com os arts. 44 e 61, todos da Lei nº 8.213/1991.

4. A extensão de efeitos financeiros de lei nova a benefício previdenciário anterior à respectiva vigência ofende tanto o inciso XXXVI do art. 5º quanto o § 5º do art. 195 da Constituição Federal. Precedentes: REs 416.827 e 415.454, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

5. Recurso extraordinário com repercussão geral a que se dá provimento. (Recurso Extraordinário 583.834 Santa Catarina)

¹²¹ Art. 29 § 5º da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991: “Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo.”

¹²² Art. 36 § 7º do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999: “A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.”

contribuições previdenciárias durante o período que serve de referencial para o cálculo dos proventos, diferentemente do que acontece quando a aposentadoria por invalidez é precedida de período contínuo de afastamento da atividade. Afirmou, ainda, que o plenário do Supremo Tribunal, em outros casos semelhantes, decidiu que a extensão dos efeitos financeiros de uma lei a benefício previdenciário anterior à respectiva vigência viola tanto o inciso XXXVI do artigo 5º, quanto o § 5º do artigo 195 da Constituição Federal (REs 416.827 e 583.834/ SC).

Pode-se falar em uma jurisprudência formada nas instâncias inferiores que foi radicalmente modificada diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, um único precedente foi o suficiente para formar uma jurisprudência a ser seguida sobre o tema discutido. Em outras palavras, já havia decisões divergentes dos Tribunais a respeito do tema, e uma única decisão proferida pela mais alta corte foi o suficiente para unificar o entendimento a respeito da matéria.

O mesmo ocorreu com as ações propostas perante a Justiça Federal, para rever a renda mensal do benefício previdenciário de pensão por morte, com fundamento na aplicação das sucessivas alterações operadas na renda mensal do referido benefício pelas Leis nº 8.213, de 1991 e nº 9.032, de 1995.

A concessão de algumas pensões por morte, com base na lei vigente à época do deferimento, tinha por base o percentual de 50%, acrescido de 10% por dependente até o limite de 100%. Alterações legislativas subsequentes, contudo, vieram a elevar tal proporcionalidade, primeiramente para 80%, Lei nº 8.213/91, e depois para 100%, Lei nº 9.032/95. Em virtude disto foram ajuizadas ações judiciais, para ajustar o coeficiente de cálculo de todas as pensões aos ditames das leis novas.

Ao decidir a questão de direito, o Supremo Tribunal Federal, por meio do seu Plenário, no julgamento dos Recursos Extraordinários de nº 415.454 e 416.827, firmou o entendimento de que o percentual de 100% previsto na Lei nº 9.032/95 deverá ser aplicado somente nos casos ocorridos após a sua publicação e não retroativamente como decidido em inúmeros processos judiciais.

Posteriormente, esse entendimento foi objeto da súmula nº 340, aprovada pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabeleceu que “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

Cuida-se de mais um caso de precedente de uniformização jurisprudencial, ou seja, uma única decisão do plenário do Supremo firmou uma jurisprudência a ser seguida pelas instâncias inferiores, apesar da jurisprudência dos Tribunais formada em sentido diametralmente oposto.

Na linha de raciocínio expendida por Michele Taruffo¹²³, está-se diante de um precedente *defeasibly binding*, onde há a necessidade de promover a uniformização das decisões judiciais.

Verifica-se, assim, a possibilidade de um único precedente servir de norte para o firmamento de uma jurisprudência, e conseqüentemente ser essa única decisão suficiente para compor o conceito de jurisprudência, ou seja, um único julgado é suficiente, para assegurar que a interpretação da questão jurídica nele versada será adotada em casos futuros.

Outro ponto relevante consiste na formação da jurisprudência pela atividade judicial realizada pelos tribunais. Com efeito, os operadores do direito, nos casos de certa complexidade, e, principalmente, nos casos de demandas de massa, pesquisam decisões jurisdicionais dos tribunais com o intuito de buscar o entendimento dominante acerca de determinada matéria.

Tal sistemática contribui para que a aplicação das leis mantenha uma determinada orientação, evitando-se, na medida do possível, os malefícios da instabilidade jurisprudencial.

De fato, a jurisprudência firmada sob o prisma dos tribunais superiores é de suma importância como consequência da estrutura constitucional piramidal que caracteriza a interpretação do direito realizada por eles, já que é, no mínimo coerente, que seu produto seja potencializado em relação aos demais órgãos jurisdicionais¹²⁴.

José Marcelo Menezes Vigliar considera que, ainda que se conceba que juízes em primeiro grau possam, de modo reiterado e pacífico, produzir pronunciamentos num mesmo sentido a respeito de certa tese jurídica, não há propriamente jurisprudência,

¹²³ O capítulo 3 da presente obra demonstra a dimensão da eficácia do precedente à luz de Michele Taruffo. TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. *Revista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2007.

¹²⁴ MANCUSO, Rodolfo Camargo. A jurisprudência, dominante ou sumular. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR. Nelson (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 530. Indica o autor que a expressão Direito Jurisprudencial possui um sentido técnico-jurídico, significando a coleção ordenada de acórdãos consonantes e harmônicos sobre uma determinada matéria, no âmbito de uma dada Justiça ou de um dado Tribunal, o que excluiria, de um lado, as sentenças, pelo bom motivo que podem vir a ser reformadas e, de outro lado, os acórdãos minoritários.

porque tais decisões estariam sujeitas a, no mínimo, mais um grau de jurisdição, que poderia substituí-las por outras que se tornariam então as definitivas¹²⁵.

Segundo ele, mesmo que o teor das decisões prolatadas nos acórdãos coincidam com aquelas teses vitoriosas da “jurisprudência de primeiro grau de jurisdição”, haverá, contudo, uma substituição daquela original e idêntica decisão. E, ainda que se considerasse o trânsito em julgado em primeiro grau de jurisdição, há que se considerar a potencialidade da interposição dos recursos disponíveis.

O autor arrisca apontar alguns fatores que lhe parecem evidentes e não controvertidos e que dispensam considerações técnicas para a sua comprovação:

(a) a autoridade que se empresta aos julgados de segundo grau de jurisdição reside, quando menos, no fato de serem prolatados por órgãos colegiados, havendo, destarte, uma probabilidade menor de ocorrência de erros na apreciação das teses agitadas pelas partes (uma das próprias razões de existência do duplo grau de jurisdição); (b) decorrendo diretamente do anterior, a própria experiência no trato com a matéria debatida, diante dos modelos de acesso que se tem para a judicatura aos órgãos jurisdicionais de segundo grau de jurisdição, aos quais, como regra, ascendem juízes mais experimentados, seja, pelo tempo de serviço já prestado no próprio exercício da função jurisdicional, seja pela mesma experiência obtida no exercício da advocacia e das funções afetas ao Ministério Público (considera-se aqui a própria formação dos tribunais, seja a partir da previsão constitucional da existência de critérios alternativos de promoção e, ainda, o denominado quinto constitucional); (c) no caso específico dos tribunais superiores, que condicionam o acesso aos seus postos pela presença do requisito do notável saber jurídico, sem contar a necessária presença da indicação feita pelo Chefe do Poder Executivo, que teve sua legitimidade colhida em processo democrático de eleição, embora, lamentavelmente, ainda ocorram investiduras com colorido predominantemente político¹²⁶.

De outro giro, Carlos Maximiliano aduz que as sentenças de primeiro grau certamente formam jurisprudência e até, não raro, fornecem a melhor contribuição¹²⁷; entretanto, o prestígio cresce com a altura do tribunal, e é lógico, porque os arestos de pretório mais elevado alcançam mais larga periferia e orientam os juízes inferiores. O primeiro lugar é ocupado pelo Supremo Tribunal Federal, como autoridade em jurisprudência, depois os tribunais de segunda instância e, por último, os de juízos de primeiro grau.

¹²⁵ Considera, ainda, alguns fatores que reforçam a opção de considerar como jurisprudência apenas a atividade desenvolvida pelos tribunais: “(a) o incidente de uniformização de jurisprudência se dá em segundo grau de jurisdição, como processo de competência originária dos tribunais; parece-me impossível dissociar a ideia de segurança jurídica que a jurisprudência deve conferir da atividade clássica dos tribunais, porque concebemos um sistema que prevê, dentro da cláusula do devido processo legal, o princípio do duplo grau de jurisdição; (b) a própria missão que é conferida aos tribunais de superposição, conforme entendimento da doutrina, que justifica as suas criações, justamente para interpretar de forma uniforme ou o direito infraconstitucional válido para a Federação, ou a própria Constituição Federal. VIGILAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p.75/77.

¹²⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 85/86.

¹²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.152. Conceitua, ainda, que se denomina jurisprudência a decisão constante e uniforme dos tribunais sobre determinado ponto.

Marcelo Roberto Ferro acrescenta ainda mais um elemento ao termo jurisprudência. Segundo ele só há que se falar em jurisprudência quando existe, além do consenso dos tribunais acerca de uma determinada matéria, a adesão dos interessados, isto é, da comunidade jurídica, consubstanciando um verdadeiro credo na obrigatoriedade da regra jurisprudencial, com o reconhecimento efetivo de sua validade¹²⁸.

Assim, todos esses elementos associados e que se acham contidos nas definições acima citadas direcionam para a extrema importância de se conceberem novos enfoques para a revelação da jurisprudência dentro do nosso ordenamento jurídico.

5.3 Das funções da Jurisprudência

Rubens Limongi França distinguiu cinco funções da jurisprudência, a saber: interpretar a lei; vivificar a lei; humanizar a lei; suplementar a lei e rejuvenescer a lei¹²⁹. Segundo ele, a jurisprudência vivifica a lei porque uma nova lei influi e sofre influência do ordenamento que a precede, podendo surgir a necessidade de novas interpretações para a harmonização de todo o sistema jurídico; suplementa a lei para que as lacunas inevitáveis sejam vencidas e todos os eventos da vida disciplinados pelo direito e rejuvenesce a lei para destacar-lhe as imprecisões e incongruências, reelaborando constantemente o sistema jurídico, que é dinâmico e relativo a um determinado momento histórico da sociedade.

Trata-se de uma classificação extremamente minuciosa e que poderia ser simplificada, já que a interpretação da lei acarreta necessariamente a sua vivificação, ou seja, a sua atuação efetiva. Ela também implementa o preenchimento das lacunas da lei que se tornaram patentes com a posterior alteração das condições socioeconômicas no momento da sua aplicação. E, ainda, chega-se à conclusão de que somente com a interpretação se procede ao rejuvenescimento da lei, sendo esta consequência lógica do preenchimento das suas lacunas.

Restam assim duas funções a serem abordadas, que são a interpretação da lei e sua humanização.

¹²⁸ FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma de expressão do direito. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, nº 51, p. 91, jan./mar., 1990.

¹²⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974. p. 197 seguintes.

5.3.1 Interpretar e humanizar a lei

No sistema jurídico do *civil law*, a lei apresenta um papel importante para a fixação dos princípios e dos ideais de justiça. Em princípio, a interpretação não deveria acrescentar nada à lei, buscando, apenas, por meio dos métodos hermenêuticos, o seu verdadeiro sentido.

O legislador, entretanto, por não estar em contato com os conflitos judiciais que se manifestam concretamente nos tribunais, não possui a rapidez exigida na sociedade contemporânea para responder com sucesso às constantes e bruscas mudanças do cotidiano social e econômico.

Ao contrário, no Poder Judiciário, o juiz é dotado de agilidade que lhe permite, por meio da provocação judicial, adaptar as regras jurídicas de forma imediata, eis que estão diretamente ligadas aos litígios jurisdicionais. O juiz interpreta a lei ao aplicá-la. Desse modo, o processo hermenêutico desenvolve-se em três momentos logicamente ordenados: interpretação, reprodução e aplicação¹³⁰.

Interpretar significa apropriar-se, pela razão, do pensamento de outra pessoa com o intuito de compreendê-lo. Já na reprodução o intérprete realiza, no plano abstrato, uma projeção desse pensamento devidamente apropriado e compreendido.

E, por fim, na última fase do processo hermenêutico, encontra-se a aplicação, que consiste em afirmar se a projeção resultante da interpretação é ou não capaz de comportar a imagem ao caso concreto ao qual se destina sua aplicação e, conseqüentemente, dar-lhe um sentido.

A interpretação da norma jurídica é sempre realizada pelo ser humano, tendo em vista que a ele compete uma escolha subjetiva mediante critérios exclusivamente formais. Influem no momento de interpretar a norma, entretanto, as características substanciais e conjunturais do sujeito interpretante e do instrumental por ele utilizado.

Nesse contexto, ao conformar o pensamento do legislador contido na norma à condição da estrutura mental do juiz, este acrescenta elementos novos àquela mediante um processo de deformação do pensamento original do legislador, em que não há como eliminar uma margem subjetiva na função interpretativa exercida pelo ser humano.

¹³⁰ LEITE, Roberto Basillone. O direito dos tribunais: papel, importância social e limites em face do princípio da independência do juiz. *Revista LTr*, São Paulo v. 66, n.1, p. 25, jan. 2002.

Enrico Tullio Liebman faz uma distinção entre legislação e jurisdição, no que concerne à qualidade do objeto a respeito do qual o legislador e o juiz são chamados a pronunciar-se: problemas abstratos para o legislador e problemas concretos para o juiz, com a natural consequência de que o ato legislativo resolve e é eficaz para uma série de casos futuros, enquanto o ato jurisdicional põe fim a uma controvérsia concreta e é eficaz só em relação a esta. Segundo ele, “assim se estabelece claramente a distinção entre ambas as funções e o juiz, enquanto tem a tarefa de decidir casos concretos com atos eficazes exclusivamente em relação àquele caso isoladamente considerado, não tem nada de legislador, mesmo que o seu ato possa ser até certo ponto criativo” e continua acrescentando que o juiz, ao interpretar uma norma, acrescenta a ela novos elementos e, com isso, não há como eliminar uma margem subjetiva na função interpretativa exercida pelo ser humano¹³¹.

De fato, a objetividade total da interpretação humana não seria possível nem mesmo se o intérprete fosse dotado de componentes físicos, psicológicos e culturais absolutamente idênticos ao do legislador que redigiu a norma, eis que, o momento da interpretação seria distinto do momento da elaboração e isso afetaria as condições extrínsecas do intérprete.

Tal constatação se evidencia também quando não se pode descobrir um legislador em cujo ânimo se possa penetrar ou cuja vontade se possa indagar, eis que, na formação da lei, cooperam múltiplos fatores, uma pluralidade de pessoas, pelo que a rigor a Lei é o resultado de uma vontade coletiva¹³².

Por fim, a lei, propriamente dita, não visa a um ou outro sujeito, eis que constitui sempre uma regra ordenada ao bem comum e, por isso mesmo, ela não pode atender minúcias e nem responder imediatamente às múltiplas gradações possíveis da relação jurídica que visa a disciplinar. Ora, não podendo a lei deixar de ser impessoal e exigindo a própria índole do Direito que as condições de cada caso não sejam ignoradas, torna-se necessária a intervenção do magistrado na aplicação da lei ao caso concreto, a fim de adaptar a rigidez da lei às peculiaridades naturais de cada espécie. Daí decorre a humanização da lei.

¹³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. *Revista de Processo*, São Paulo, v.11, n. 43, p. 59, jul/set. 1986.

¹³² Francesco Ferrara afirma que a atual concepção leva o intérprete a buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a *mens legis* e não a *mens legislatoris*. E conclui que a lei deve interpretar-se em si mesma, como incorporando um pensamento e uma vontade própria. FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 20/21.

Humaniza-se a lei porque há de se atender aos fins sociais as quais ela se dirige e às exigências do bem comum, o que significa dizer que as leis não podem ser interpretadas pelos tribunais de forma divorciada dessas metas, aplicando-as mediante uma simples tarefa de subsunção do fato à norma.

5.4 A importância da jurisprudência nos países que adotam o sistema do *civil law*

O direito no sistema do *civil law*, desde a Antiguidade Romana, foi obra da jurisprudência, alicerçada nos usos e costumes do povo. Com as invasões germânicas, durante os séculos V e VI, o direito latino é enriquecido pelos costumes dos invasores, mas os tribunais feudais continuam decidindo com base na experiência e na tradição dos feudos.

Em um dado momento, contudo, o Direito Romano praticamente desapareceu, sendo redescoberto no fim do século XI, tornando-se objeto de imensa atenção dos estudiosos. Passam a coexistir dois direitos: o letrado, cultivado pelos juristas no âmbito acadêmico, e o direito vivo, de base consuetudinária, realizado pelos juízes populares. A partir do século XII, há uma ruptura na maior parte da Europa Ocidental com a consequência da prevalência dos juristas letrados em relação aos juízes populares. Adaptando o antigo Direito Romano à realidade medieval, dão origem ao sistema jurídico romano-germânico chamado pelos ingleses de *civil law*.

O ramo de conhecimento que estuda o direito, ou seja, a jurisprudência, considera-se ter nascido neste momento. Utilizava-se o método gramatical, o retórico e o dialético como base para analisar e estudar profundamente os textos. Estes eram harmonizados por meio de um complexo processo de interpretação, já que, nem sempre, havia coerência nos textos. Passaram-se a elaborar inúmeras compilações e códigos de leis de conteúdo abstrato.

Na verdade, os estudiosos impuseram a esse material encontrado uma forma sistemática de interpretação, e o direito passa a ser absorvido inteiramente nas

Universidades, destacando-se a influência da doutrina para o sistema do *civil law*, onde os textos legais eram o ponto de partida de qualquer raciocínio jurídico¹³³.

O sistema romano-germânico é, assim, o denominado sistema do direito escrito, tendo em vista a lei ser o seu pilar mestre, com a primazia do Poder Legislativo na produção do direito, com as universidades europeias dedicando-se a um trabalho de revigoramento, recompilação, releitura e reconstrução dos fragmentos do direito romano, motivo pelo qual costuma-se chamar de direito das universidades¹³⁴.

Ressalte-se que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo, uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Tal fato foi decorrente da grande desconfiança em relação aos juízes, existindo a crença profunda de que a vontade do povo estava efetivamente refletida na lei, e esta deveria ser respeitada literalmente.

Em outros termos, qualquer problema seria resolvido pelo formalismo de uma dedução lógica do sistema para o caso concreto. O julgador transformava-se em um mero autômato do silogismo judicial.

Conseqüentemente, os juízes tinham que obedecer à lei, já que eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem a boca da lei. Se as decisões judiciais fossem baseadas na lei, garantir-se-ia que a vontade do povo estava sendo cumprida.

O sistema do *civil law*, como é o caso do sistema jurídico-positivo brasileiro, assenta-se fundamental e primordialmente na lei, onde os órgãos próprios são investidos de competência legislativa. É o denominado direito escrito, tendo em vista a lei ser o seu pilar mestre e com a primazia do Poder Legislativo na produção do direito. O sistema da rigidez da lei é preferível à liberdade de interpretação por parte dos juízes (os juízes não interpretavam o texto) já que a interpretação poderia distorcer o texto.

Nesta linha de pensamento, o juiz precisa aplicar a lei, ainda que se encontre em face de lei omissa ou lacunosa. Ao juiz, nenhuma outra função incumbe além da de aplicar as leis existentes, que ele não pode alterar nem substituir. E, se a lei apresenta lacunas ou omissões, não lhe é lícito criar novas normas, bastando socorrer-se da analogia e dos princípios gerais do direito, o que significa que a norma assim extraída já se achava admitida nas normas expressas, legislativas.

¹³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, p. 132. jun. 2009.

¹³⁴ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p.19.

E ainda que se possa reconhecer que o juiz pode criar novas normas ao caso concreto, forçoso é considerar-se que semelhante atribuição resulta de lei e, mais, que o preceito criado para cada caso não reveste força de norma geral e obrigatória, pois o mesmo juiz poderá aplicar preceito diverso a casos idênticos e futuros, se assim entender¹³⁵.

5.4.1 O novo enfoque dado ao papel da jurisprudência e à sociedade moderna

Em alguns casos, em virtude da pressão de necessidades sociais inadiáveis, a jurisprudência começou a suprir a inércia do legislador, e foi paulatinamente “renovando” a interpretação de normas legais já incompatíveis com os novos tempos. Nestes casos, após um longo trabalho interpretativo, a compreensão da lei apresenta-se praticamente em sentido bem diverso de seu entendimento original¹³⁶.

As mudanças da sociedade moderna impuseram uma visão diferente do direito em virtude da complexidade dos casos trazidos ao Judiciário, obrigando o juiz a decidir de acordo com a peculiaridade do caso concreto. Isso significa que, de algum modo, deveria haver uma flexibilidade no sistema.

¹³⁵ RAÓ, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 293.

¹³⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. O papel da jurisprudência no Brasil: a súmula e os precedentes jurisprudenciais: relatório ao congresso de Roma. In: Doutrina do STJ: Edição Comemorativa 15 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005, p. 327-346 (<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8476>). O renomado autor cita o seguinte exemplo clássico de modificação da interpretação pela jurisprudência antes da alteração legislativa: “O antigo Código Civil, de 1916, em seu art. 1.523 dispunha que os atos dos prepostos somente acarretavam a responsabilidade civil dos preponentes (do patrão, do empregador) “provando-se que concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”. Mas vieram os tempos dos veículos motorizados e dos transportes de massa, e as vítimas de acidentes de trânsito com frequência ficavam desamparadas: quase sempre o condutor do veículo de transporte coletivo, sendo pobre, não dispunha de recursos para responder à ação indenizatória; e os empregadores (como as empresas de ônibus, de ferrovias, de bondes) alegavam que em nada haviam concorrido para o acidente, pois teriam contratado pessoa legalmente habilitada para tal emprego e a ela determinado conduta prudente. Para evitar denegação de justiça, os juízes de primeiro grau, seguidos logo pelos tribunais, vieram a exigir que os empregadores fizessem prova da inexistência da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Mais tarde, passou abertamente a prevalecer uma responsabilidade ampla, considerando-se os empregados como uma *longa manus* do empregador, o qual, lucrando com a atividade, deveria arcar também com os respectivos ônus. Tal jurisprudência, de excepcional força “revocatória”, foi por fim recebida pelo novo Código Civil, de 10 de janeiro de 2003, cujo artigo 933 dispõe que as pessoas (pais, tutores, empregadores etc) indicados no artigo 932, “ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Raó, Vicente *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 295. Na mesma linha do exemplo citado acima, o ilustre autor demonstra que o referido exemplo se trata de uma atitude dos tribunais perante disposições de lei que não mais correspondem às necessidades sociais, tratam-se de julgados que rompem com o princípio expresso em lei, segundo o qual a responsabilidade só pode resultar de culpa (*in eligendo* ou *in vigilando*) e julgam com inovação da lei. E conclui: “dir-se-á que tais julgados não têm valor de normas universais e obrigatórias, por serem suscetíveis de não aplicação, ou alteração, em casos futuros e idênticos. Mas, na realidade, a jurisprudência, quando se afirma em certo sentido e se revela de modo constante, atua *de fato*, como se fora um direito normativo, porque os juízes *sempre* a aplicam aos novos casos concretos.”

A busca pela “vontade da lei” foi sendo superada, demonstrando a distinção entre norma e sentido da norma, destruindo a esperança de que a lei tivesse um sentido tão permanente e constante como as verdades matemáticas, ou seja, ficou ultrapassada a tarefa confiada aos juízes de descobrir a “vontade da lei”.

Luiz Flávio Gomes noticia que:

No tempo do Estado absoluto (absolutismo) o Monarca reunia em suas mãos “todo” o Poder: o juiz era nada mais que sua *longa manus*, sem nenhuma independência. Como o poder absoluto produz tiranias absolutas, os juízes eram detestados. Daí a reação contra eles da burguesia vitoriosa na Revolução Francesa. Para subtrair-lhes do majestático poder que detinham, fixou-se a regra de que só podiam dirimir os conflitos intersubjetivos pronunciando as palavras da lei. Na Europa, com o surgimento das chamadas “constituições normativas”, particularmente depois da Segunda Guerra Mundial, muda por inteiro a posição do juiz. A lei só é válida se guarda consonância com a Constituição e cabe ao juiz o dever de verificar essa compatibilidade vertical. Nos Estados Unidos essa posição já tinha sido assegurada desde 1803, com a *judicial review* de Marshall. O juiz, de mero *longa manus* do Monarca e de aplicador “autômato” da lei, passou a desempenhar papel de relevância ímpar dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito. No constitucionalismo moderno ninguém mais nega que o juiz é também “um centro de produção normativa”. É um verdadeiro *lawmaker*. E é assim que a Justiça, de mero limite “contra o poder”, transformou-se em verdadeiro “poder político”. O juiz contemporâneo, destarte, está dotado de importância capital para a efetiva realização da Constituição, que é a Lei Maior, conforme a clássica doutrina piramidal de Kelsen. Fala-se, em consequência, tanto em “judicialização da política” como em “politização da justiça”¹³⁷.

Constata-se que o reconhecimento do primado da lei no sistema do *civil law* não elimina a necessidade de interpretação. O mundo moderno, construído sobre sociedades cada vez mais complexas e especializadas, ligado à crescente judicialização de casos que antes não eram de importância para o direito, bem como o surgimento de relações jurídicas não previstas no ordenamento positivo, impõe que se reconheça que não pode a atividade judicial limitar-se a repetir as meras palavras da lei¹³⁸.

Nesse diapasão, a lei deve ser interpretada, não existindo mais espaço para o juiz robotizado. Exige-se que o Judiciário acompanhe a evolução da sociedade em que esteja inserido, com a incumbência de dar o significado à letra fria da lei. Cabe à atividade judicial a função de adequar a lei ao caso concreto, humanizando o preceito genérico e impessoal¹³⁹.

¹³⁷ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: RT, 1997. p. 206/207.

¹³⁸ TOSTES, Natácha Nascimento Gomes. *Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 21.

¹³⁹ SILVA, Ovídio Batista da. Da função à estrutura. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. São Paulo, n. 22, p. 14/15, 2008. Ao falar da crise do Poder Judiciário relembra o autor que o direito, formado pela jurisprudência, navega contra as aspirações do século XIX, com sua conhecida vocação para a legislação e para os códigos. Aduz que as nossas instituições processuais, no entanto, não foram informadas dessa prodigiosa transformação, nem foi possível instituir um magistrado adequado a essas novas tarefas. E conclui: enquanto o século XIX supunha que o Direito estivesse contido na lei, nos tempos atuais não há mais essa ilusão, “compreendendo que a lei, enquanto texto, é apenas uma precária expressão da norma, frequentemente mal concebida, que o juiz tem de interpretar e aplicar no caso concreto”. Norma – afirma ele – cujo sentido modifica-se com inevitáveis transformações políticas e sociais.

No paradigma atual, há a superação de uma concepção tradicional, onde a interpretação era compreendida apenas como descoberta do sentido do texto normativo, para uma outra concepção, na qual se verifica um processo criativo de adaptação da norma ao caso concreto.

Surge assim a judicialização do *civil law*, onde a norma legislativa vem aos poucos cedendo terreno à norma judiciária. Explico. Nesse sistema, a lei apresenta um papel importante para a fixação dos princípios do direito e dos ideais de justiça.

O legislador, entretanto, por não estar em contato com os conflitos judiciais que se manifestam concretamente nos tribunais, não possui a rapidez exigida nas sociedades contemporâneas para responder com sucesso às constantes e bruscas mudanças do cotidiano social e econômico.

Ao contrário, no Poder Judiciário, o juiz é dotado de agilidade que lhe permite, por meio da provocação judicial, adaptar as regras jurídicas às novas realidades de forma imediata, eis que está em contato direto com os litígios dos jurisdicionados¹⁴⁰.

Em virtude da dificuldade de elaboração de leis genéricas ou minuciosas para antever todas as hipóteses possíveis, privilegia-se a força da jurisprudência, para regular os conflitos da população, refletindo a realidade da sociedade em harmonia com os fatos sociais.

Essa transformação paradigmática vem forçando o legislador a valer-se de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, como forma de transferir para o Poder Judiciário a tarefa de complementação do sentido da norma de acordo com o caso concreto, naturalmente com o inevitável aprofundamento dos dissídios jurisprudenciais.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições do *civil law* e da *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, nº 172, p. 226/229, jun. de 2009. Ao verificar o que se passa no processo civil contemporâneo assevera que “na época do Estado liberal clássico, vigorava no processo civil o princípio da tipicidade das formas processuais. Tratava-se, nas palavras de Giuseppe Chiovenda, de uma garantia de liberdade da parte contra a possibilidade de arbítrio do juiz. Medindo-se o poder de atuação do juiz pela lei, eram garantidas as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser exercida. Desse modo, garantia-se ao litigante que o juiz não ultrapassaria os limites das formas processuais, inclusive dos meios executivos tipificados na lei. De maneira que havia nítida relação entre a lei, a liberdade e a contenção do poder judicial. Porém, o passar do tempo mostrou a necessidade de munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las. Esta necessidade levou o legislador não só a criar uma série de institutos dependentes do preenchimento de conceitos indeterminados – como a tutela antecipatória fundada em ‘abuso de direito de defesa’ (art. 273, II, CPC) –, admitindo o seu uso na generalidade dos casos, mas também a fixar normas processuais abertas, como a do art. 461 do CPC, que permite a construção do modelo processual adequado à natureza da tutela específica almejada”. E conclui “de qualquer forma, o que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei. Por isto mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.

Judith Martins-Costa escreve que, diante da reiteração de casos e da reafirmação da *ratio decidendi* dos julgados, será possível compreender o sentido das cláusulas gerais e, nesse sentido, o “juiz é, efetivamente, a boca da lei – não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese – mas porque atribuiu a sua voz à dicção legislativa tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance”¹⁴¹.

Ovídio Batista da Silva sustenta a ideia de que estamos assim abandonando o Estado Legislador para ingressar na era do *jurisprudencialismo*¹⁴².

Não vislumbro nenhum exagero em afirmar que, atualmente, os operadores do direito mostram-se muito mais atentos à interpretação que os tribunais estão conferindo à norma do que à sua própria literalidade.

Tal afirmação se mostra verdadeira ao analisarmos que, com frequência, na prática, as petições forenses e as sentenças vêm recheadas de acórdãos, ou seja, na voz do referido mestre praticamos um *jurisprudencialismo* normatizado, produzido em série, mas, de qualquer modo, jurisprudência¹⁴³.

Isto acontece porque a interpretação não persegue o sentido da norma, mas um dos sentidos, que deverá ser contextualmente possível e adequado. Essa possibilidade de múltiplas interpretações viabiliza a evolução da norma ainda que o texto permaneça o mesmo.

Diante deste contexto, o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira e da legislação infraconstitucional por meio da interpretação das normas.

5.4.2 A arte da decisão judicial na aplicação das normas jurídicas

¹⁴¹ COSTA, Judith Martins. O direito privado com um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, v.15, p.139, jan/jun. 2002.

¹⁴² SILVA, Ovídio Batista da. Da função à estrutura. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. São Paulo, n. 22, p. 14, 2008. Termo utilizado pelo referido autor.

¹⁴³ SILVA, Ovídio Batista da. Da função à estrutura. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. São Paulo, n. 22, p. 14, 2008. Contudo ele alerta na tônica da proposição de jurisprudência livremente utilizada ao sabor das circunstâncias e das inclinações pessoais do magistrado, que se dela vale, “supondo-se dispensado de explicitar os fundamentos pelos quais escolheu – dentre várias soluções aceitas pela jurisprudência – aquela que lhe pareceu adequada ao caso concreto”.

O Direito vive para se realizar, e esta realização consiste na sua aplicação aos casos concretos, ou seja, o conhecimento do Direito visa a este objetivo prático que é a decisão dos casos jurídicos.

Há a arte da decisão, quando o juiz adapta a norma abstrata à situação de fato, mediante uma atividade que não é tão simples assim, já que o fato apreciado se encontra envolvido entre circunstâncias e detalhes nem sempre juridicamente importantes.

Segundo Francesco Ferrara, o juiz não é um autômato de decisões, é um homem pensante, inteligente e participa de todas as ideias e conhecimento que formam o patrimônio intelectual e a experiência do seu tempo¹⁴⁴.

A atividade judiciária não se reduz ao trabalho de subsunção dos fatos à norma de direito, principalmente quando a lei apela para os conhecimentos do juiz, quando nas suas disposições não determina com precisão o estado de fato, mas remete para fatores sociais, como, por exemplo, para os bons costumes, para a boa-fé no comércio.

Assim, ao interpretar o juiz deve fazer escolhas, ainda que inconscientemente e, conseqüentemente, acrescentar alguma coisa ao texto que está sendo interpretado.

Mauro Cappelletti defende que, mesmo quando o juiz aplica uma lei preexistente e a interpreta, há criatividade judicial que age dentro dos limites da norma, adaptando esta à realidade social. E, segundo ele, existem vantagens na função judicial mais ativa:

Não se nega, com isto, que a ficção do caráter declarativo e “meramente” interpretativo da função judiciária possa oferecer, em certas circunstâncias, algumas vantagens e ter certas justificações. Ele pode ter sido útil como instrumento dirigido a tornar mais visível as “virtudes passivas” da função judiciária, que, embora não efetivamente fundadas sobre a mencionada não criatividade do processo jurisdicional, podem todavia parecer mais evidente quando o juiz se apresenta com a “inanimada boca da lei”. Parece claro, por outro lado, que atualmente as vantagens dessa ficção são amplamente superadas pelas suas desvantagens – especialmente nas sociedades democráticas, nas quais o processo legislativo tornou-se particularmente lento, obstruído e pesado, forçando, por consequência, o aumento do grau de criatividade da função judiciária¹⁴⁵.

Na verdade, o referido autor parte do princípio de que há força criadora da jurisprudência, dado fático que considera pacífico; contudo, propõe ilustrar as razões em virtude das quais sua influência cresceu e se vem tornando cada vez mais presente na sociedade dos nossos dias. Assim, acredita que, na interpretação feita pelos tribunais, há um certo grau de discricionariedade e, por consequência, de criatividade em virtude do

¹⁴⁴ CARRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 78/79. E acrescenta que ao julgar, o juiz utiliza, e deve utilizar, conhecimento extrajurídico que constituem elementos ou pressupostos do raciocínio. Verdades naturais ou matemáticas, princípios psicológicos, regras de comércio ou da vida social compõem um acervo inesgotável de noções do saber humano, de que o juiz todos os dias serve no desenvolvimento da sua atividade. Tais são os princípios de experiência, definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, ganhos por observação de casos particulares, mas elevados a princípios autônomos com validade para o futuro.

¹⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 131/132.

preenchimento de lacunas previstas na lei ou de textos de precedentes judiciais revestidos de força vinculante, o que torna o ato do juiz inafastavelmente criativo¹⁴⁶.

Marcelo Roberto Ferro indica que, na função de aplicar a lei, a jurisprudência, além de servir do seu poder criador, também pode servir do seu poder conservador. Segundo ele, este último poder corresponde ao trabalho do juiz de interpretar uma lei cotejando-a com a antiga, com o objetivo de resguardar tudo o que era bom do velho ordenamento e que não seja compatível com o novo, a fim de dar continuidade ao desenvolvimento do direito. Este fenômeno pode ser identificado com a nova interpretação dada a um texto defeituoso ou envelhecido com o fim de corrigi-lo e adaptá-lo às necessidades atuais, eis que o juiz é o mais qualificado para constatar, muito antes do legislador, o desacordo da lei com a sua aplicação¹⁴⁷.

Essa criatividade não viola, a princípio, a divisão dos poderes porque o sistema preconizado apenas visa a conciliar a vida social e as exigências da forma. E, ainda, segundo Carlos Maximiliano, assim como o químico põe em combinação elementos diversos e chega a um resultante independente da sua vontade, assim também o juiz, ante certas relações de fatos e norma jurídicas gerais, obtém solução feliz, porém não filha do seu arbítrio. Segundo ele, o juiz age mais como investigador do que criador, a sua argúcia revela-se em se não apegar a um texto, incompleto, para o caso, e recorrer inteligentemente a uma combinação¹⁴⁸.

5.5 Das súmulas e da jurisprudência dominante

Entre as causas que vêm acarretando o acúmulo dos processos nos tribunais brasileiros, algumas se revelam bastante evidentes, segundo o autor Rodolfo Camargo

¹⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a cultura da transgressão*. Temas de Direito Processual Civil, 7ª série, Rio de Janeiro: Saraiva, 2001. p. 260. O ilustre autor também reconhece que existiria uma função criadora do juiz, já que este não se limita a utilizar normas pré-fabricadas e aduz que o “juiz simples ‘boca da lei’, sonhado por antiga doutrina, se alguma vez existiu, é defunto de longa data sepultado. Há limites, contudo, para semelhante criação. O juiz cria nos interstícios da rede normativa; não se lhe permite sobrepor a ela sua fantasia, sorvida que seja nas fontes mais puras e alimentada pelas mais santas intenções. Falece ao juiz legitimação política para irrogar-se com amplitude o papel de legislador. Se, de acordo com a lei, tal ou qual comportamento é proibido, não compete ao juiz pôr de lado, sem mais aquela, a proibição, para conceder suas bênçãos a quem a infringiu. Errará se puser a decisão em termos estritamente relacionados com a espécie *sub iudice*; e mais gravemente errará se enunciar, à guisa de fundamentação da sentença, princípio tendente a absolver aquilo que a lei condena.”

¹⁴⁷ FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma de expressão do direito. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, nº 51, jan./mar., p. 96, 1990.

¹⁴⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 40.

Mancuso, que são: (i) as demandas múltiplas ou repetitivas, nas quais geralmente o Poder Público ocupa o polo passivo, e onde os diligentes Procuradores Fazendários, por dever de ofício, vêm-se, ordinariamente, na contingência de esgotar as possibilidades recursais; (ii) controvérsias envolvendo matérias exclusivas ou prevalentemente jurídicas, muitas vezes já assentadas em súmula ou jurisprudência dominante, que, todavia, não são julgadas antecipadamente, assim protraindo o seu final; (iii) a pouquíssima utilização do incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no CPC, procedimento que pode conduzir à emissão de súmula (art. 479) e assim agilizar o julgamento dos casos assemelhados, além de propiciar tratamento judicial isonômico às partes; (iii) os conflitos metaindividuais, decorrentes do entrelaçamento de massa de interesses, que, todavia, acabam sendo manejados no plano da jurisdição singular, ensejando múltiplas demandas individuais, numa indesejável atomização dos conflitos coletivos¹⁴⁹.

Nesse ponto, faz-se necessário o estudo a respeito das súmulas e da expressão jurisprudência dominante tão comumente empregada nas normas processuais e que, de uma forma ou de outra, tentam minimizar os problemas acima referidos.

5.5.1 Das súmulas como instrumento de revelação da jurisprudência

Apresenta-se como ponto importantíssimo no Direito Brasileiro a instituição das “súmulas da jurisprudência dominante”, adotadas primeiramente pelo Supremo Tribunal Federal, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça e, em muito menor escala, por outros tribunais.

Nelson de Souza Sampaio aduz que a súmula corresponde a uma síntese, a um enunciado abstrato, genérico e conciso, que expressa ou indica o entendimento ou o pensamento de um determinado tribunal a respeito de certa questão jurídica¹⁵⁰.

As súmulas são uma realidade no sistema jurídico brasileiro desde 1963, quando foi publicada oficialmente a primeira edição da súmula da jurisprudência predominante

¹⁴⁹ MANCUSO, Rodolfo Camargo. A jurisprudência, dominante ou sumular. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR. Nelson (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 527/528.

¹⁵⁰ SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Poder Judiciário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 75, p. 14, jul./set. 1985.

do Supremo Tribunal Federal. A súmula era voltada aos inúmeros processos repetidos que chegavam até o Supremo e já decididos de modo uniforme.

Edgard Silveira Bueno Filho, desembargador federal aposentado da 3ª Região, ao se referir aos recursos das causas que são repetitivas, diz que esses recursos, que se multiplicam na justiça e que possuem decisões que já se encontram cristalizadas pela repetição, são um dos motivos que impedem um trabalho mais produtivo nas causas não consideradas repetitivas, ou seja, as individualizadas. E acrescenta que “submetem os litigantes nos processos repetitivos ao aguardo do pronunciamento judicial em questões de há muito solucionadas, numa verdadeira *via crucis*, cujo desfecho já é de todos conhecido”¹⁵¹.

Em virtude de tal fato, as súmulas passaram a ser adotadas por outros tribunais e a figurar na legislação processual como fonte de uniformização jurisprudencial, servindo como valioso elemento de persuasão às decisões judiciais, já que elas refletem a importância da jurisprudência. Observe-se que há certo consenso com relação ao fato dessas súmulas oferecerem parâmetros importantes para a interpretação do Direito.

A questão que mobiliza o debate entre os especialistas e que efetivamente cria argumentos conflitantes, entretanto, é o efeito vinculante que passou a ser concretizado no nosso ordenamento jurídico por meio da edição das chamadas súmulas vinculantes.

5.5.2 Da súmula vinculante

Seguindo o critério de ordem escalonada, vamos encontrar na Constituição Federal o artigo 103-A¹⁵², o primeiro e mais elevado fundamento de Direito Positivo das súmulas do STF, que se trata da súmula vinculante.

¹⁵¹ BUENO FILHO, Edgard Silveira. Os precedentes no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, vol.43, p. 84, junho de 1995. O referido autor ainda esclarece em seu texto nas páginas seguintes, que há dois caminhos para obviar o inconveniente dos recursos que se multiplicam pela justiça. O primeiro, em nível legislativo, pela edição de norma jurídica impondo a observância dos precedentes por parte das instâncias inferiores do Poder Judiciário e, em especial vinculando o Poder Executivo, que no entanto o autor deixa de lado e sinaliza para o outro que pode ser adotado em nível jurisdicional mediante a evolução do pensamento jurídico brasileiro, decorrente da lógica do sistema jurídico “que não pode conviver com tamanho desrespeito às decisões da mais autorizada Corte do país, justamente aquela encarregada pela Constituição a desenvolver a tarefa de controle da constitucionalidade.

¹⁵² Artigo 103-A da Constituição Federal dispõe: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do

No direito brasileiro, a atribuição expressa de efeitos vinculantes já se fazia em sede de controle concentrado de constitucionalidade e agora se faz presente também com a edição das referidas súmulas pelo Supremo Tribunal Federal. No caso da declaração de inconstitucionalidade, pela forma concentrada, a decisão do STF, por si só, afasta do mundo jurídico a norma afetada pela ofensa à Constituição, e tal decisão, portanto, vale *erga omnes*, com efeito vinculativo.

O *caput* do artigo 103-A, em seu *caput*, atribui efeito vinculante apenas às súmulas do Supremo Tribunal Federal que tratem de matéria constitucional, e desde que obedecido um processo formal específico para tanto, ou seja, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

O parágrafo 1º do referido artigo disciplina, ainda, que a súmula deverá tratar, de matéria específica, a “validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”, sempre que estiverem identificados os requisitos da existência de controvérsia que provoque grave insegurança jurídica e a multiplicação de demandas idênticas sobre esta mesma controvérsia.

Feita essa observação, necessário apresentar resumidamente, de modo exemplificativo, os argumentos favoráveis e contrários à edição da referida súmula, existindo fundamentalmente dois argumentos favoráveis à adoção da súmula vinculante os quais estão relacionados a duas questões: celeridade do Poder Judiciário e a segurança jurídica.

Com efeito, o número de recursos a serem avaliados diminuiria drasticamente em razão da adoção da súmula vinculante, pois haveria uniformidade das decisões. Em consequência, o Poder Judiciário ganharia celeridade, já que devido à referida uniformidade das decisões haveria maior previsibilidade e, portanto, a segurança jurídica estaria garantida.

Já os argumentos contrários são em maior número e entre eles se encontram o engessamento do Direito, o desequilíbrio entre os poderes e o desrespeito à autonomia do juiz resultantes da aplicação da súmula vinculante.

Neste contexto, afirma-se que a súmula, essencialmente, expressa a interpretação da maioria absoluta dos Ministros do STF sobre as questões ali julgadas e que tal

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”.

interpretação produz, enquanto mantida, efeitos processuais em relação a casos idênticos levados à apreciação pela Suprema Corte.

O objetivo declarado desse compêndio é, de um lado, proporcionar maior estabilidade à jurisprudência e, de outro, facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais frequentes¹⁵³. A súmula apresenta-se como um resumo do que foi decidido em sucessivos acórdãos do Tribunal, os quais hajam adotado idêntica interpretação em determinada norma ou conjunto de normas.

5.5.3 Eficácia expansiva da jurisprudência consubstanciada nos enunciados das súmulas

Apesar do nosso ordenamento jurídico não exigir expressamente a obrigatoriedade do seguimento das súmulas editadas pelos Tribunais superiores, salvo no caso da súmula vinculante prevista na Constituição, os tribunais e juízes de primeira instância tendem a seguir o posicionamento esboçado nas referidas súmulas, mesmo porque, ao fim da cadeia recursal, a questão chegará, por via do recurso extraordinário ou recurso especial, ao STF e STJ, respectivamente, e por respeito aos princípios da isonomia, segurança jurídica e unidade do sistema jurídico.

Neste sentido, é de ser realçada a Lei nº 9.469 de 10 de julho de 1997, que prevê que o Advogado-Geral da União, não havendo súmula do órgão por ele chefiado (naturalmente em sentido contrário a súmula dos Tribunais Superiores), possa dispensar a interposição de recursos “quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores” (artigo 4º da referida lei). O recurso interposto contra decisão fundada em súmula de Tribunais Superiores (ou mesmo em jurisprudência neles tida por assente), portanto, nessa circunstância, poderá ser considerado abusivo.

Outro exemplo de eficácia expansiva da jurisprudência sumulada ou dominante no âmbito da Administração Pública, onde mais e mais as condutas e procedimentos vão

¹⁵³ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. O direito de recorrer e seus limites In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR. Nelson (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000. p. 543. Acrescenta o referido autor que “a comissão de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na ‘explicação preliminar’ da primeira publicação oficial das súmulas daquela Corte, aprovadas na sessão de 13.12.1963, frisou que elas traduziam a jurisprudência que o Tribunal tinha por ‘predominante e firme’, não estando, porém, ‘excluída a possibilidade de alteração de entendimento da maioria’, razão por que a finalidade da súmula seria, precipuamente, a de ‘proporcionar maior estabilidade à jurisprudência’ e a ‘facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais frequentes’.

se pautando pelos entendimentos sufragados nas súmulas ou jurisprudência dominante, é o previsto no artigo 4º, XII, da Lei Complementar nº 73/93, que elenca entre as atribuições do Advogado Geral da União a de “editar enunciados de súmulas administrativas, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais”.

Neste sentido é de ser observada a ementa de aresto do STJ em que “a real ideologia do sistema processual, à luz do princípio da efetividade processual, do qual emerge o reclamo da celeridade em todos os graus de jurisdição, impõe que o STJ decida consoante o STF acerca da mesma questão, porquanto, do contrário, em razão de a Corte Suprema emitir a última palavra sobre o tema, decisão desconforme do STJ implicará o ônus de a parte novamente recorrer para obter o resultado que se conhece e que na sua natureza de função uniformizadora e, *a foriori, erga omnes*”¹⁵⁴.

Cite-se como exemplo que, na Alemanha, em regra, o juiz não está obrigado a seguir as soluções da corte de cassação. Os tribunais e juízes de primeiro grau, entretanto, respeitam profundamente tais decisões, tudo isso em virtude do aspecto da análise da realidade cultural. A obediência às posições superiores é e deve ser consequência prática da estrutura judicial, como decorrência lógica do sistema que estipula a interpretação do direito positivo por tais tribunais.

José Joaquim Calmon de Passos sustenta que o Tribunal Superior necessariamente fixa diretrizes para os julgadores de instâncias inferiores, defendendo a força vinculante como essencial, sob pena de retirar-se daquele tribunal a função que o justifica. Para ele, pouco importa o nome (súmula, súmula vinculante, jurisprudência dominante, uniformização de jurisprudência etc.), pois obriga, tendo em vista a fixação de um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que deve ser seguida por todos, em favor da segurança jurídica que o ordenamento precisa. Conclui que o problema da força vinculante dos tribunais superiores decorre da lógica do sistema e só pode existir nessa mesma perspectiva¹⁵⁵.

Na verdade, as súmulas da jurisprudência dominante, principalmente dos tribunais superiores, devem ser seguidas, em razão do modo de operatividade do sistema judiciário, sem que para tanto haja necessidade de previsão expressa. É que a Constituição deferiu ao Supremo Tribunal Federal o mister de velar pela autoridade, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da *Lex Mater*. Da mesma forma, ao

¹⁵⁴ AgRg no Resp n. 527.697, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Ac. de 05.02.2004, DJ de 01.03.2004, p.137.

¹⁵⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmulas Vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, nº 9, p. 10, 2007.

Superior Tribunal de Justiça quanto à lei federal. Tais fatos demonstram que o intérprete natural de tais normas, com o encargo de cometer o último equívoco, são as referidas cortes.

Trata-se de uma questão de lógica do sistema processual e da aplicação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, conforme analisados no capítulo 2 do presente trabalho. De qualquer forma, seja ela vinculante expressamente ou não, a súmula de jurisprudência dominante não pode ser tida com propulsora de normas de caráter geral, abstrato e impessoal como a lei.

Com efeito, não se recomenda a interpretação das súmulas. Como bem observado pelo

Ministro aposentado Nunes Leal do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo “passado e futuro das súmulas do S.T.F.”, a súmula deve ser usada como um método de trabalho e deve ser redigida tanto quanto possível com maior clareza, sem qualquer dubiedade, tendo em vista que não pode falhar o seu papel de espelhar a inteligência dada pelo Tribunal. Assim, sempre que houver necessidade de esclarecer algum dos enunciados da súmula, deve ele ser cancelado, como se fosse objeto de alteração, inscrevendo-se o seu novo texto na súmula com outro número¹⁵⁶.

O ilustre Ministro assim já se manifestou:

A súmula é um método de trabalho, através do qual esta Corte (Supremo Tribunal Federal) tem procurado eliminar dúvidas de interpretação. Se a súmula, por sua vez, for passível de várias interpretações, ela falhará, como método de trabalho, à sua finalidade. Quando algum enunciado for imperfeito, devemos modificá-lo, substituí-lo por outro mais correto, para que ele não seja, contrariamente à sua finalidade, uma fonte de controvérsia¹⁵⁷.

¹⁵⁶ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, p. 57/59, jul./set., 1981. O ilustre Ministro aposentado aduz que de mais de uma vez tem havido interpretação de súmula, com acréscimo e supressão de palavras, conservando-se o mesmo número. E recorda do debate em que ele participou na Ação Rescisória n. 725 (10.11.66), R.T.J., 45/69. Segundo o Ministro estava em causa a súmula n. 304 assim redigida: “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.” O que se discutia era se a denegação da segurança, pelo mérito, fazia coisa julgada, impondo, em caso afirmativo, o uso de ação rescisória, e não de ação ordinária. “A corrente vitoriosa foi no sentido de que havia duas proposições na súmula: uma, afirmando que decisão denegatória de mandado de segurança não faz coisa julgada, mesmo que o julgamento tenha sido em razão do mérito; outra, afirmando que cabe ação ordinária para obter o mesmo resultado de mandado de segurança indeferido. Discutia-se, portanto, o sentido da cláusula ‘não fazendo coisa julgada contra o impetrante’, a qual poderia entender-se, com conseqüências diferentes, como sendo: (1) ‘posto que não faz coisa julgada contra o impetrante’, ou (2) ‘desde que não faça coisa julgada contra o impetrante’. Profunda era a diferença entre os dois significados possíveis. O natural, portanto – para quem sustentava que a decisão de mérito, mesmo denegatório, fazia coisa julgada – seria propor o cancelamento da súmula e a redação de outra, com número diferente, para exprimir esse pensamento.” Entretanto, o caso foi julgado sem que se tocasse no texto da súmula, sendo que anos mais tarde, veio a prevalecer o entendimento de que a denegação do mandado de segurança, com exame de mérito, faz coisa julgada contra o impetrante, só podendo ser atacada por via de ação rescisória.

¹⁵⁷ NUNES LEAL, Victor. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, p. 59, jul./set., 1981p. 59.

A emenda regimental de 1963, que criou a súmula, era clara em demonstrar que o enunciado seria cancelado sempre que o plenário decidisse em contrário ao que constasse na súmula. No mesmo sentido, o atual regimento também é bastante esclarecedor, no artigo 102¹⁵⁸, ao dispor que os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados.

Em virtude disso, a citação de um verbe da súmula deve sempre corresponder a um texto único para evitar confusões no correr do tempo. Observe-se que se mostra salutar a previsão de que em virtude da mudança de uma só palavra do verbe, deve-se elaborar novo texto que será identificado com numeração própria, de modo que, em qualquer tempo, sendo necessário, se possam confrontar o texto novo e o revogado.

Sendo assim, a súmula não pode comportar várias interpretações, deve ser mais específica e menos abrangente e genérica do que a lei a que se destina interpretar. Sua redação deve ser unívoca e inequívoca.

Diante deste contexto, o enunciado da súmula não pode continuar a ser ignorado ou relegado a plano secundário, eis que, como uma síntese da orientação pacífica dos tribunais, representa um grande esforço dos juristas no sentido de aperfeiçoar as leis, participando da perpétua obra de evolução do Direito, sempre em contato com a realidade social.

O que se constata ser salutar é a aplicação da súmula para determinados ramos do direito, como o tributário e o previdenciário, principalmente no âmbito da justiça federal, e as lides que afetam grandes comunidades, como o direito do consumidor, em virtude das ações das empresas, inclusive instituições financeiras e seguros, no âmbito da justiça estadual¹⁵⁹.

¹⁵⁸ “Artigo 102 do Regimento Interno do STF: A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na *Súmula do Supremo Tribunal Federal*.

§ 1º A inclusão de enunciados na *Súmula*, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta.

§ 2º Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados.

§ 3º Os adendos e emendas à *Súmula*, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no *Diário da Justiça*.

§ 4º A citação da *Súmula*, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido”.

¹⁵⁹ HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. A súmula vinculante sob a ótica de juízes de 1ª instância: um estudo exploratório. In: PESSOA, Leonel Cesarino (org.). *Súmula Vinculante e Segurança Jurídica*. São Paulo: Ltr, 2007. p. 103/104. A referida autora realizou uma investigação de cunho quantitativo entre um número de juízes que correspondesse a uma amostra representativa do universo de magistrados que atuam no país ou, pelo menos, no Estado de São Paulo e constatou que a súmula é um paliativo tolerável apenas em certos ramos do direito como o tributário e o previdenciário, pois o maior congestionamento da justiça é a administração pública, e ainda que a súmula também

5.5.4 Contornos da definição da expressão “jurisprudência dominante”

Como vimos, a súmula é um instrumento de revelação da jurisprudência dominante de um tribunal; contudo, a norma processual, por vezes, utiliza-se da expressão “jurisprudência dominante”, sem definir os contornos da sua aplicação.

Na Itália, segundo umas das várias reformas que o referido sistema vem enfrentando, procurou-se instalar um filtro de acesso à Corte de Cassação, criando vários requisitos de admissibilidade do recurso, como o que prevê a inadmissibilidade do recurso de cassação quando a sentença estiver fundamentada em uma questão de direito de acordo com a jurisprudência da Corte e quando os motivos do recurso não ofereçam elementos para modificar tal orientação. De acordo com esse sistema, se a decisão é conforme entendimento da Corte, o recurso, para ser admitido, tem de trazer fundamentos idôneos para mudar a orientação do Tribunal, e, se a decisão é desconforme ao entendimento da Corte, o recurso, para ser admitido, deve fornecer elementos idôneos, para confirmar o seu entendimento¹⁶⁰.

Regra semelhante de utilização da jurisprudência nos tribunais é a prevista no nosso ordenamento jurídico no caso do artigo 557 do Código de Processo Civil. Segundo o referido dispositivo caso o relator considere que um determinado recurso apresenta-se como “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”, poderá negar-lhe seguimento.

Verifica-se, assim, que a jurisprudência dominante destaca-se com um papel importante em matéria recursal. Há uma tendência atual do direito processual brasileiro de substituir o julgamento colegiado, em segundo grau, pelo julgamento apenas do

poderia ser editada nos demais ramos do direito onde se verifica um grande contingente de ações cuja matéria já esteja pacificada.

¹⁶⁰ BODART, Bruno Vinícius; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns Apontamentos sobre a reforma processual italiana – sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (coord). *O novo processo civil brasileiro, direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.55/56. Os referidos autores analisam a hipótese de quando os motivos do recurso não oferecem elementos suficientes para mudar ou confirmar a orientação da Corte. Na primeira hipótese ou seja, de mudança de orientação, é necessário que o recorrente ofereça elementos novos para a mudança, devendo o recurso possuir elementos novos, forçosamente direcionados a modificar a decisão. Neste caso, segundo eles, poder-se-ia alegar que o requisito diz respeito à maior ou menor seriedade do fundamento, mas nesse caso a Corte não estará a tratar de admissibilidade do recurso, mas do próprio julgamento de seu mérito. Quanto à segunda hipótese, não há segundo eles como se extrair qualquer interpretação razoável da norma, pois é privada de qualquer significado. Se o recorrente pretende alterar a decisão que está de acordo com o entendimento da Corte de Cassação, ele jamais vai trazer um argumento conforme a tal entendimento. Não se pode, ainda, admitir que a hipótese seja de aprofundamento do entendimento de eventual decisão superficial ou correção de mero erro material, pois nesse caso faltaria o interesse em impugnar.

relator. Trata-se de uma técnica de sumarização dos julgamentos pelos Tribunais, com a aplicação da jurisprudência dominante.

Contudo a referida expressão é absolutamente fluida, indeterminada, sendo difícil para a parte recorrente e para o próprio relator quantificar a jurisprudência a ponto de saber, com desejável grau de probabilidade de acerto, se se trata ou não de jurisprudência dominante.

Com efeito, trata-se de um conceito vago em que se mostra imprescindível a necessidade de busca de parâmetros dentro dos quais se possa “encontrar” a expressão “jurisprudência dominante” e o que pode estar contido na referida expressão.

Teresa Arruda Alvim Wambier esclarece que o conceito vago é o poro que o direito possui, por meio do qual a realidade social pode penetrar¹⁶¹. Na lição de José Carlos Barbosa Moreira, ao se referir aos conceitos juridicamente indeterminados, esclarece:

A questão assumirá importância caso se trate de palavras ou expressões de sentido impreciso. Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta, corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de preencher claros, de cobrir os “espaços em branco”. A doutrina costuma falar, a propósito, em conceitos juridicamente indeterminados¹⁶².

O mesmo se dirá quanto ao termo “ordem pública”, pois este se trata de conceito relativo e pode variar de acordo com circunstâncias especiais. Não se constitui em um conceito universal, capaz de ser aplicado uniformemente em todos os casos.

Utiliza-se no meio acadêmico tanto a expressão jurisprudência “dominante” como a expressão jurisprudência “predominante” para indicar o mesmo fenômeno, qual seja, a existência de uma grande quantidade de julgados em um mesmo sentido. A referida expressão se contrapõe a existência de jurisprudência pacífica, já que esta pressupõe a demonstração da inexistência de julgados em sentido contrário.

A grande dificuldade para se definir se a jurisprudência é ou não dominante está no estabelecimento de critérios para tanto; afinal de contas, quantos julgados são

¹⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, p. 139, jun. 2009.

¹⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p 44.

necessários para se afirmar que determinada matéria analisada pela jurisprudência é dominante?

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a identificação da jurisprudência dominante acerca de determinada matéria é encontrada com maior facilidade, eis que só há duas Turmas e Onze Ministros, sendo possível inclusive a identificação, por meio de consulta no site do Supremo, o posicionamento de cada Ministro a respeito da matéria investigada.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça também é possível encontrar um número determinado de julgados no mesmo sentido, eis que, apesar de possuir uma estrutura maior do que o Supremo Tribunal Federal, é possível identificar as matérias que são julgadas por cada Turma de forma especializada.

Com efeito, o referido Tribunal é composto por seis Turmas, cada uma com cinco Ministros. A primeira e a segunda Turma são responsáveis pelo julgamento de matérias de direito público. A terceira e a quarta Turma apreciam as matérias de direito privado. Enquanto que a quinta e sexta Turma decidem sobre questões de direito penal, previdenciária, mandado de segurança contra Ministros de Estado e causas de direito público e privado não abrangidas pela competência das outras Turmas. As Seções são compostas por integrantes de duas Turmas com a mesma competência, sendo relativamente fácil detectar qual o entendimento dominante a respeito de uma determinada matéria.

Já em relação aos Tribunais locais, a dificuldade aparece em razão do maior número de órgãos responsáveis pelo julgamento de cada matéria.

De acordo com Priscila Kei Sato, há dois critérios para se balizar a existência de uma jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, que seria a existência de mais de um acórdão que reflita aquele entendimento, ou unicidade de decisão, desde que esta faça menção de outros julgados no mesmo sentido e a existência de decisão do tribunal pleno, mesmo que não unânime¹⁶³.

Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, indica a autora, como baliza para se alcançar uma jurisprudência dominante acerca de determinada matéria, os mesmos critérios acima mencionados, com a ressalva de que seja considerada como jurisprudência dominante a decisão da sua Corte Especial (que é composta por 21 Ministros).

¹⁶³ SATO, Priscila Kei. A jurisprudência (pré)dominante. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: RT, 2000. p. 564/583.

Por fim, em relação aos Tribunais locais indica a necessidade de se demonstrar o maior número de decisões possíveis, levando em conta a quantidade de órgãos fracionários que tenham.

De outro giro, Luiz Rodriguez Wambier prefere que o conceito de jurisprudência dominante seja delineado no tempo e no espaço, tendo como referencial, no caso de direito federal, apenas e exclusivamente os julgados do Superior Tribunal de Justiça, já que a este cabe a incumbência de dizer a última palavra sobre direito federal, pois, se o Tribunal local o fizer, estará usurpando essa atribuição¹⁶⁴.

Diante destes conceitos, duas observações mostram-se relevantes ao estudo do tema.

A primeira refere-se à necessidade de decisões reiteradas sobre um mesmo tema, e a segunda ao que diz respeito ao aspecto temporal necessário para a estabilização da jurisprudência acerca de uma determinada matéria.

A jurisprudência, conforme já analisado anteriormente, deve ter um novo enfoque diante do contexto do nosso ordenamento jurídico, onde uma única decisão judicial pode servir de norte para o firmamento de uma jurisprudência, sendo esta por vezes considerada dominante, dependendo da autoridade da decisão judicial prolatada.

Uma única decisão pode estabelecer um novo posicionamento a respeito de uma matéria e ser considerada como dominante, não obstante a reiteração de julgados em um determinado sentido.

Esse foi o caso das demandas previdenciárias repetitivas ajuizadas no âmbito da Justiça Federal, envolvendo a correção dos benefícios previdenciários nos anos de 1997, 1999, 2000 e 2001 com base no índice geral de preços - IGP-DI (Fundação Getúlio Vargas).

Na época, a Turma de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais firmou o entendimento no sentido de reconhecer o referido reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) com a aprovação do enunciado da súmula de jurisprudência dominante nº3¹⁶⁵.

¹⁶⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo* nº 100. São Paulo, vol. 25, out/dez 2000.

¹⁶⁵ Enunciado da súmula nº 3 da Turma Nacional de Uniformização: “Os benefícios de prestação continuada, no regime geral da Previdência Social, devem ser reajustados com base no IGP-DI nos anos de 1997, 1999, 2000 e 2001”. Cancelado em 30 de setembro de 2003.

O Supremo Tribunal Federal, em 29.03.2003, no entanto, pelo seu pleno, decidiu no julgamento do recurso extraordinário (RE 376.846-SC¹⁶⁶) pela constitucionalidade dos artigos 12 e 13 da Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, artigos 4º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.971, de 18 de maio de 2000, e artigo 1º, da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001, e do Decreto nº 3.826, de 31 de maio de 2001. Decidiu a maioria esmagadora pelo descabimento da substituição dos índices previstos nas leis e regulamentos vigentes pelo IGP-DI, contrariando a jurisprudência dominante das turmas recursas.

Devido à referida decisão foi cancelada a súmula nº 3 da Turma Recursal e aprovada a súmula de nº 8¹⁶⁷ para dar novo entendimento dominante à matéria de acordo com a decisão do Supremo.

Em suma, uma única decisão judicial foi capaz de firmar um posicionamento dominante acerca da matéria e serviu de orientação a ser seguida por todas as instâncias inferiores, esvaziando por completo qualquer pretensão judicial neste sentido.

Para que um precedente, contudo, possa ser considerado como referencial para consagração de uma jurisprudência dominante é salutar que não exista mais de um órgão competente para apreciar a mesma matéria.

É o caso das decisões emanadas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal onde inexistem outros órgãos com a mesma competência.

Conforme explicitado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça existem três Seções Especializadas que são responsáveis pelo julgamento de matérias distintas. A primeira é especializada em matérias de direito público, a segunda Seção é competente para analisar matérias de direito privado, enquanto que a terceira Seção passou a ter competência exclusiva para matéria penal desde o início do ano de 2012. Em virtude de tal fato, as decisões prolatadas pelas Seções também possuem o condão de orientar os magistrados de todo o país.

¹⁶⁶ “EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIOS: REAJUSTE: 1997,1999, 2000 E 2001. Lei 9.711/98, arts. 12 e 13; Lei 9.971/2000, §§ 2º e 3º do art. 4º; Med. Prov. 2.187-13, de 24.8.01, art. 1º; Decreto 3.826, de 31.5.01, art. 1º C.F., art. 201, §4º.

I -Índices adotados para reajustamento dos benefícios: Lei 9.711/98, artigos 12 e 13; Lei 9.971/2000, §§ 2º e 3º do art. 4º; Med. Prov. 2.187-13, de 24.8.01, art. 1º; Decreto 3.826/01, art. 1º: inconstitucionalidade.

II -A presunção de constitucionalidade da legislação infraconstitucional realizadora do reajuste previsto no art. 201, § 4º, da C.F., somente pode ser elidida mediante demonstração da impropriedade do percentual adotado para o reajuste. Os percentuais adotados excederam os índices do INPC ou destes ficaram abaixo, num dos exercícios, em percentual desprezível e explicável, certo que o INPC é o índice mais adequado para o reajuste dos benefícios, já que o IGP-DI melhor serve para preços no atacado, porque retrata, basicamente, a variação de preços do setor empresarial.

III- R.E. conhecido e provido”.

¹⁶⁷ Enunciado da súmula nº 8 da Turma Nacional de Uniformização: Os benefícios de prestação continuada, no regime geral da Previdência Social, não serão reajustados com base no IGP-DI nos anos de 1997, 1999, 2000 e 2001.

Não se pode negar a existência também de jurisprudência dominante no âmbito dos tribunais regionais com maior influência nas instâncias inferiores, principalmente quando se referir à controvérsia de âmbito estadual e quando não exista mais de um órgão competente para apreciar a mesma matéria.

Assim não se pode conceituar jurisprudência dominante tão somente com base em consulta estatística das decisões dos Tribunais Superiores, e aí incluo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Não existe assim um “mecanismo judicial” para a produção da jurisprudência dominante, já que ela pode surgir da sucessão de decisões judiciais em um mesmo sentido, firmando posição determinada sobre específica tese de direito, ou por meio de uma única decisão judicial.

É necessário, no entanto, que uma vez formada uma regra, haja um movimento dos tribunais e juízes no sentido de segui-la com respeito ao que foi firmado jurisprudencialmente. Só assim se preserva a igualdade, criando-se uma previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, aumentando-se a segurança jurídica.

6 MECANISMOS TENDENTES A PROPICIAR A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No universo jurisdicional existem duas categorias que podem ser destacadas na jurisdição contemporânea: uma que se produz observando um diálogo crítico do julgador com as partes, onde há o contato pessoal com os fatos da causa, sempre atento aos princípios basilares do processo como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e que se pode denominar de “jurisdição convencional”. A outra, chamada “jurisdição massificada” onde reina a repetição burocratizada e em série de decisões padrões.

A referida distinção possui o aspecto apenas operacional, já que essa diferença decorre da adaptação da jurisdição às circunstâncias particulares dos dois tipos de demandas¹⁶⁸.

Tal ocorre no âmbito da Justiça Federal da 2ª região, em que as sentenças prolatadas recebem denominações de acordo com o conteúdo da sentença. Explico: em se tratando de uma sentença com uma fundamentação inédita, a mesma será denominada sentença tipo A. De outro giro, em se tratando de uma sentença com uma fundamentação que não é inédita, ou seja, uma mera repetição de uma fundamentação apreciada em outro processo, com a modificação somente do nome das partes e do número do processo, esta sentença será denominada tipo B, isto é, sentença-padrão.

Esse último tipo de demanda padrão foi absorvido pelo Judiciário por um procedimento que é o mesmo aplicado para a anulação de uma patente de invenção, mesmo sabendo o destino final da demanda padrão desde autuação, em virtude da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores¹⁶⁹.

¹⁶⁸ RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações Repetitivas*: casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência. São Paulo: RT, 2010. p.39/48. O referido autor aduz que não se trata de uma distinção ontológica de jurisdição convencional e jurisdição de massa e sim de um critério classificatório operacional. Segundo ele apenas uma parte das demandas que transitam pelo Judiciário tem essa configuração repetitiva, em termos puramente quantitativos, sendo que o restante constitui um enorme contingente de demandas em que a jurisdição tem de operar-se pelo ritual clássico do processo. Numa imagem de puro apelo didático também denomina a “jurisdição de varejo” e a “jurisdição de atacado”.

¹⁶⁹ RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações Repetitivas*: casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência. São Paulo: RT, 2010. p.39/48. Ao se debruçar sobre o tema das demandas repetitivas constata o autor que com a aceleração do ritmo da economia e, no Brasil, com a privatização, que gerou a transferência para a atividade privada de amplos serviços massificados antes sob o controle do Estado, aumentou drasticamente o volume de ações repetitivas. E, conseqüentemente, a reação do Judiciário foi ajustar-se a essa nova demanda, intensificando a burocracia na operação dos juízos. Um ajuste que não procurou orientar-se pelas características internas dos casos repetitivos, limitado ao cumprimento de todo o ritual do processo clássico e incluindo algumas adições rituais criadas pela prática judiciária, que significam redobrados retardamentos, tais como as intimações generalizadas para que “as partes digam as provas que pretendem produzir”. A expansão desse modelo burocrático ocorreu por conta da vocação expansiva presente na

Neste sentido, ao invés de apartarem as demandas de massa, ou repetitivas, das demandas convencionais para serem tratadas de forma distintas, aconteceu o contrário, ou seja, implantou-se um modelo excessivamente burocrático também na “jurisdição convencional”.

Com o decorrer do tempo, contudo, o legislador processual começou a se preocupar com as questões acima referidas e introduziu no sistema processual expressões e mecanismos tendentes a solucionar de forma diferenciada as demandas que já foram analisadas pelo Judiciário.

Neste quadro, ingressam na literalidade das normas processuais expressões como jurisprudência dominante, casos idênticos, idêntica controvérsia, idêntica questão de direito, etc.

E ainda, ao analisar a legislação processual, podemos vislumbrar que, nos últimos anos, foram inseridos vários mecanismos tendentes a propiciar algum tipo de uniformização da jurisprudência, como, por exemplo, a improcedência imediata do artigo 285-A do CPC, quando a matéria a ser julgada for unicamente de direito e. no juízo. já tiverem sido julgados outros casos idênticos. O não conhecimento da apelação, quando a sentença apelada estiver em conformidade com súmula dos tribunais superiores (artigo 518, parágrafo 1º do CPC) e o julgamento monocrático do recurso, quando a pretensão recursal, ou a própria decisão recorrida estiverem em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores (artigo 557 caput e § 1º-A do CPC). A multiplicidade de recursos extraordinários com a mesma solução levou ao estabelecimento da padronização nos termos do artigo 543-B do CPC. Do mesmo modo, haverá a padronização de julgamento no âmbito de legislação infraconstitucional, quando se estiver diante de múltiplos recursos especiais versando sobre a mesma controvérsia (artigo 543-C do CPC).

Em suma, a ideia é identificar casos idênticos do ponto de vista da mesma questão de direito e efetivar o julgamento de acordo com a súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores.

Percebe-se a enorme transformação de padrões operacionais realizadas no Judiciário que passa a procurar caminhos para o enfrentamento de conjuntos litigiosos, já

essência da burocracia, que avança no interior do agente, automatizando-o e porque o aumento de processos produz a necessidade de planejamento cada vez mais baseado em rotinas, que é o próprio planejamento burocrático.

que o processo que “parece” ser novo é o mesmo já julgado anteriormente tantas vezes, com a alteração apenas do nome das partes.

Verifica-se, assim, que alguns dos institutos processuais devem ser reavaliados e novos elaborados, já que até agora serviram para dirimir conflitos intersubjetivos e não mais respondem satisfatoriamente às novas situações que são as de necessidades e valores de uma sociedade globalizada, massificada, na perspectiva do novo milênio¹⁷⁰.

O Código de Processo Civil atualmente apresenta alguns dispositivos, como veremos adiante, que induzem à formação da uniformidade e da estabilidade da jurisprudência, tornando mais segura a vida do jurisdicionado, de modo que este seja poupado de eventuais “surpresas” e possa prever as consequências jurídicas de suas condutas.

Os referidos dispositivos objetivam evitar a dispersão da jurisprudência que tanto produz a intranquilidade social e o descrédito do Judiciário.

O que pretende ser demonstrado é que todos esses mecanismos previstos especificamente no Código de Processo Civil, possuem em regra a prévia existência de decisões repetidas a respeito do mesmo tema, mas há casos em que uma única decisão é capaz de formar uma jurisprudência pacífica acerca de uma determinada matéria, sendo certo que o se destaca é o papel que as manifestações do Judiciário têm para a aplicação desses mecanismos processuais.

Vejamos assim alguns dos dispositivos mais importantes inseridos somente no nosso Código de Processo Civil, sem adentrar outros dispositivos igualmente importantes e constantes no ordenamento jurídico como a ação direta de inconstitucionalidade etc., mas que pela extensão não serão objeto de análise no presente estudo.

6.1 Mecanismos de fortalecimento da jurisprudência

6.1.1 O Julgamento de mérito sem citação no artigo 285- A do Código de Processo Civil

¹⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 145, ressalta que “agora é o momento da ciência processual dar mais um salto de qualidade nessa linha evolucionista, fornecendo os instrumentos para que a desejada isonomia de todos perante a lei seja uma garantia real e não apenas formal; que abranja, para além da norma legislada, também a norma judicada, especialmente nas demandas repetitivas, nas quais se exacerbam os malefícios da discrepância entre julgados, em razão do largo espectro dos interesses em conflito”.

O julgamento do mérito sem citação previsto no art. 285-A do CPC surgiu em um momento histórico em que demandas de massa eram propostas perante a Justiça Federal, principalmente nos Juizados Especiais Federais, logo após a sua implantação.

Foram propostas inúmeras demandas previdenciárias repetitivas relativas ao reajuste de 39,67% pela aplicação do índice de reajuste do Salário Mínimo sobre a base de cálculo dos benefícios previdenciários, no que diz respeito à fração relativa a fevereiro de 1994.

Em época semelhante, outra demanda previdenciária repetitiva surgiu no âmbito da Justiça Federal, que foi o envolvimento da correção dos benefícios previdenciários pelo IGP-DI. Essa demanda teve por objeto a atualização dos benefícios previdenciários nos anos de 1997, 1999, 2000 e 2001, com base no índice geral de preços – DI (Fundação Getúlio Vargas).

Em relação a estas últimas demandas, contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 376.846, decidiu pela constitucionalidade dos artigos 12 e 13 da Lei n. 9.711, de 20 de novembro de 1998, artigos 4º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 9.971, de 18 de maio de 2000, e art. 1º, da Medida Provisória n. 2.187-13, de 24 de agosto de 2001, e do Decreto n. 3.826, de 31 de maio de 2001, fixando assim a orientação a ser seguida por todas as instâncias inferiores, qual seja, da improcedência das demandas relativas ao IGP-DI.

Neste contexto histórico, a Justiça Federal agrupava duas demandas de massas repetitivas, sendo que uma delas já com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria. Com o intuito de evitar atos processuais desnecessários e manter a estrutura orgânica dos Juizados Especiais no que concerne ao processamento de ações potencialmente improcedentes, dispensou-se a citação nas demandas previdenciárias em que se pretendia a correção dos benefícios previdenciários pelo IGP-DI.

Foi julgado o mérito das referidas demandas (de acordo com o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal), sem, contudo, indeferir a petição inicial. Esse movimento dos juízes de primeira instância inspirou o legislador na proposta de alteração do Código de Processo Civil por meio da Lei n. 11.277/2006, com a seguinte redação final:

Art. 285-A. Quando a matéria controversa for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder o recurso.

Diante da leitura do referido *art.*, observa-se que podem ser extraídos dois pressupostos de sua incidência, (i) que a matéria controvertida seja unicamente de direito; e (ii) no juízo já tenha sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

Primeiramente, antes de adentrarmos nos aspectos positivos e negativos do referido instrumento, já tramita no STF ação direta de inconstitucionalidade contra o referido dispositivo processual, promovida pelo Conselho Federal da OAB, intervindo como *amicus curiae* o Instituto Brasileiro de Direito Processual, para defender a constitucionalidade do referido artigo.

Argumenta-se que a regra do art. 285-A implica ofensa aos princípios constitucionais, dentre eles o da segurança jurídica, do devido processo legal, bem como da isonomia, da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual sustenta *in verbis*:

Fica claro que o art. 285-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 11.277/2006, não é inconstitucional. Ele não viola, *vênia concessa* das alegações da petição inicial, os princípios constitucionais lá referidos: isonomia, segurança jurídica, direito de ação, contraditório e devido processo legal. Muito pelo contrário, *vênia* redobrada, a técnica legislativa empregada mais recentemente realiza adequadamente outros valores (princípios) constitucionais na busca de um processo civil de resultados mais efetivo e que realiza de forma segura, isonômica, equânime e racional a distribuição da justiça pelos juízos de primeiro grau de jurisdição nos “casos repetitivos”. Não há como, em uma sentença, confundir “direito de ação” com desperdício da atividade jurisdicional naqueles casos em que, à falta de outros argumentos, a sentença de improcedência, mesmo que liminar, é providência inafastável¹⁷¹.

O dispositivo sofre, ainda, algumas críticas por não fazer menção a expressões como “súmula vinculante ou jurisprudência dominante”, já que a sua redação literal demonstra que basta apenas o juízo ter prolatado sentença em matéria similar.

As críticas procedem; contudo, não podemos nos desvincular do momento histórico em que foi elaborada a redação do art. 285-A, tratando-se de um instrumento a regular o julgamento de demandas de massa, de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o art. 285-A exige uma interpretação conforme a Constituição, devendo ser compreendido como um instrumento específico previsto em nosso direito objetivo para aplicação em demandas repetitivas. E mais, é necessário que o precedente

¹⁷¹ Petição disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acessado em 18 de junho de 2010.

uniformizador de jurisprudência, ou os que figurarem como paradigma, nos julgamentos do mérito sem citação, se baseiem em orientações consolidadas dos tribunais, principalmente dos superiores¹⁷². Entendimento contrário seria fazer que houvesse julgamento de mérito com base em falsos precedentes uniformizadores ou em sentença anterior do Juízo, sem pronunciamento consolidado dos tribunais responsáveis pela tutela do direito em tese.

Por fim, nos julgamentos realizados em consonância com o dispositivo em comento não há prejuízo ao autor, que tem a oportunidade de buscar a reforma da sentença em sede de recurso de apelação, no qual serão desenvolvidos todos os fundamentos de direito que ampararam a sua tese.

Ademais, realça-se a ausência de prejuízo, tanto ao réu quanto ao autor, pela ausência de citação, na medida em que o demandado, caso citado, provavelmente apresentaria contestação idêntica a de um sem-número de processos¹⁷³.

Sendo assim, não resta dúvida de que, devidamente aplicado, o instrumento previsto no art. 285-A do Código de Processo Civil apresenta-se como um mecanismo mais vantajoso do que o julgamento antecipado da lide, eis que desobstrui as conclusões dos juízos para que os demais processos sejam devidamente apreciados e julgados e, ainda, consolida o posicionamento, fortalecendo a jurisprudência.

O projeto do novo CPC (redação original do projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010)¹⁷⁴ parece adotar o mesmo entendimento acima esposado com a previsão da rejeição liminar da demanda prevista no art. 317, *in verbis*:

Art. 317. Independentemente de citação do réu, o juiz rejeitará liminarmente a demanda se:

I- Manifestadamente improcedente o pedido, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos;

¹⁷² Neste sentido também se manifesta FÉRES, Marcelo Andrade. Julgamento Sumaríssimo dos Precedentes Repetitivos: uma Análise Jurídico-econômica do artigo 285-A do Código de Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 42, set. de 2006, ao concluir que é “imprescindível que o juiz perceba o seu papel no sistema e, nas questões de massa, sopesadas as circunstâncias do caso concreto, em regra, só se valha da nova disposição quando seus precedentes estiverem lastreados pelos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Não havendo súmula dos Tribunais mencionados, nem tão pouco pronunciamento jurisprudencial deles, aí sim pode o magistrado aplicar livremente suas decisões pretéritas”. E prossegue, “não convém, contudo, que o juiz de primeiro grau aplique seus entendimentos conflitantes com a jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Isso seria economicamente ineficiente e, sobretudo, importaria gastos de toda uma atuação processual fadada à reversão futura, nas instâncias superiores.”

¹⁷³ Neste sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Primeiras impressões sobre o artigo 285-A do CPC. Julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 39, p. 63/64 e 71, jun. 2006, defende que “as contestações, nesses casos, contêm o mesmo teor, consistindo em reproduções sucessivas, daí se seguindo sentenças absolutamente idênticas, apenas adaptadas para cada caso, com a modificação do número do processo e do nome das partes.

¹⁷⁴ Analisa-se no presente momento o projeto aprovado no Senado, devendo ser ressaltado que na Câmara dos Deputados o referido projeto ainda está em tramitação.

- II- o pedido contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos;
 - III-verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição
- § 1º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.
§ 2º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 316.

E a redação do art. 316 dispõe que indeferida a petição, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de quarenta e oito horas, reformar a decisão. Observe-se que não sendo reformada a decisão, o juiz mandará citar o réu, para responder o recurso, na forma do parágrafo único do referido artigo.

Observe-se que o atual CPC prevê, ainda, que nas hipóteses de indeferimento da petição inicial previstas no art. 295 do CPC, em havendo apelação, poderá o juiz retratar-se em 48 horas e, não o fazendo, mandará remeter os autos ao tribunal, não havendo citação do réu para acompanhar o recurso.

Já no caso do art. 285-A, sendo proferida sentença de improcedência, e, em havendo apelação, poderá o juiz reformar sua decisão no prazo de 5 dias. Mantida a sentença de improcedência, o réu deverá ser citado para apresentar resposta ao recurso.

O projeto não faz a referida distinção, eis que em não sendo reformada a decisão pelo juiz, haverá a citação do réu para responder o recurso, tanto nas hipóteses de indeferimento da petição inicial como no caso de rejeição liminar da demanda.

Trata-se assim de um mecanismo fortalecedor da jurisprudência desde as instâncias inferiores, ofertando maior segurança jurídica em virtude da proteção dos demandantes de interpretações e posições isoladas dos magistrados.

6.1.2 Juízo de impedimento de recurso de apelação realizado pela primeira instância no artigo 518, § 1º do Código de Processo Civil

Outro dispositivo que privilegia o fortalecimento da jurisprudência por meio da consolidação da jurisprudência firmada é o art. 518 e o seu § 1º do CPC, alterado pela Lei n. 11.276/2006, dispondo que interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. E ainda que o juiz não receberá o recurso de apelação, quando a sentença estiver em conformidade com a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

O próprio juiz que proferiu a sentença apelada poderá indeferir no processamento do recurso de apelação, quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou STF.

Verifica-se que não se exige expressamente que a súmula seja dotada de força vinculante nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, e nem poderia ser diferente já que o STJ não pode editar súmula vinculante. Caberá ao apelante provar que o entendimento sumulado já foi abandonado ou que a sentença não deu adequada aplicação à súmula.

Na verdade, conforme visto em capítulos anteriores, a súmula representa ou deve representar aquilo que, normalmente, a jurisprudência pacificada ou majoritária tem decidido, ou seja, significa como deve ser interpretada uma norma jurídica, para manter a unidade de entendimento acerca do direito constitucional ou federal. Essa unidade, contudo, fica comprometida quando há divergência jurisprudencial, principalmente quando se tratar do STJ e do STF.

Neste sentido Teresa Arruda Alvim:

A função constitucional do STF e do STJ fica comprometida pela intensidade de divergência jurisprudencial *interna corporis* provocada por estes mesmos tribunais. Isso porque, em vez de funcionarem como tribunais que dêem ensejo à uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem profunda e insistente discrepância acerca de determinadas questões jurídicas, os referidos tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja, a insegurança e a intranquilidade acerca de como deve ser interpretada uma norma constitucional ou federal¹⁷⁵.

E, como exemplo, a referida autora cita o caso em que o STF, em 2005, proferiu decisão no sentido de que a norma que autorizava a penhora do bem de família de fiador em contrato de locação seria inconstitucional¹⁷⁶ e, em 2006, reviu o seu posicionamento manifestando-se em sentido contrário.

Ressalte-se que o referido artigo acabou criando mais um “degrau” entre a sentença e o acórdão, motivo pelo qual o projeto do Código de Processo Civil deixou de prever a hipótese de o próprio juiz, que proferiu a sentença, indeferir o processamento do recurso de apelação, quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STF e STJ.

¹⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, p. 150, jun. 2009..

¹⁷⁶ STF, Recurso Extraordinário 352.940/SP, relator Ministro Carlos Velloso, DJ 09.05.2005. Constitucional – Civil – Fiador: bem de família – Imóvel residencial do casal ou de entidade familiar: impenhorabilidade – Lei n. 8.009/90, artigos 1º e 3º - Lei n. 8.245/1991, que acrescentou o inc. VII ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não-recepção pelo art. 6º, CF, com redação da EC 26/2000 – Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.

6.1.3 A não aplicação de reexame necessário no artigo 475 § 3º do Código de Processo Civil

O importante para o presente estudo diz respeito ao contido no § 3º do referido dispositivo, em que há a dispensa da remessa obrigatória no caso de a sentença estar calcada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula dos tribunais superiores, em explícita demonstração da tendência moderna em adotar a posição do posicionamento das mais altas cortes do país de forma a fortalecer a jurisprudência e evitar a proliferação de decisões contraditórias.

Dispõe o parágrafo 3º do art. 475 do CPC:

Art. 475. Está sujeito ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

(...)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Verifica-se que, para a aplicação do referido artigo, a jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal não precisa necessariamente estar expressa em súmula, e muito menos em súmula vinculante. Em havendo súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, pouco importa se ela vem de julgados de seu plenário ou das Turmas. E ainda, não é relevante para o fim de excluir a remessa obrigatória a jurisprudência do tribunal competente para julgar apelações e agravos, ainda quando se tratar de jurisprudência do próprio tribunal¹⁷⁷.

O § 3º do art. 475 do CPC está em consonância com a escalada de valorização da jurisprudência a que assiste a ordem-jurídica processual brasileira. Há, na verdade, como já explanado anteriormente, um forte prestígio as decisões reiteradas dos Tribunais de Superposição, não só em prol da segurança jurídica, mas também como mecanismo de fortalecimento da jurisprudência. De fato, evita-se o rejuízo de causas já decididas em primeiro grau na conformidade do pensamento dos órgãos encarregados da exegese da lei.

O projeto do Código de Processo Civil (projeto de lei no Senado nº 166, 2010) previu também a limitação do reexame obrigatório, demonstrando o papel cada vez mais

¹⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2002, t. II. p.1.099 *et seq.*

diferenciado da jurisprudência no sentido de ser um mecanismo útil e desejável de segurança jurídica e efetividade das decisões.

Dispõe o projeto:

Art. 478. Está sujeito ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

(...)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula desse Tribunal ou de tribunal superior competente, bem como em orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas.

O referido dispositivo acrescentou, ainda, mais duas formas de paradigma, que são a decisão adotada em recurso representativo de controvérsia e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Ressalte-se que este último instituto será brevemente analisado no próximo capítulo, eis que se apresenta como um mecanismo de fortalecimento da jurisprudência previsto no projeto.

Enfim, privilegia-se uma única decisão, sendo esta capaz de consolidar um entendimento acerca de determinada matéria.

6.1.4 A negativa de seguimento e provimento de recurso por confronto com orientação dominante dos tribunais no artigo 557 caput e § 1º do Código de Processo Civil

Outro dispositivo de fortalecimento da jurisprudência é o previsto no art. 557 do CPC, redação dada pela Lei n. 9.756/98, que prevê que o relator negará seguimento a recurso manifestadamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

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

O referido é mais um artigo que traz uma certa aproximação do sistema brasileiro (*civil law*) com o sistema americano (*common law*), ao atribuir grande importância para as decisões que uniformizam a jurisprudência.

Com efeito, menciona-se certa aproximação entre os dois sistemas porque o sistema brasileiro de súmulas não pode ser comparado literalmente com o sistema anglo-

americano de *cases*, eis que neste há uma identificação discursiva de aspectos entre o precedente e a causa em exame.

Ao contrário do sistema de súmulas, de verbetes curtos e objetivos, não se leva em conta todo o suporte de discussão, mesmo jurídico, que conduziu o tribunal a tomar determinado posicionamento¹⁷⁸.

O art. 557 do CPC instituiu poderes para o relator do recurso, sozinho, fazer tudo aquilo que era função do colegiado. Esses poderes, contudo, estão limitados pela existência da súmula ou jurisprudência predominante do seu Tribunal ou Tribunal Superior.

Importante realçar que o relator só pode agir sozinho, julgando o recurso, se a decisão presumidamente for igual àquela que o colegiado tomaria se a causa fosse submetida a ele. Carecerá de legitimidade a decisão do relator com base em convicções pessoais isoladas, que não encontram eco no seu Tribunal ou Tribunais Superiores¹⁷⁹.

Observe-se o que ficou assentado no julgamento do Superior Tribunal de Justiça¹⁸⁰, *in verbis*:

A expressão jurisprudência dominante do respectivo tribunal somente pode servir de base para negar seguimento a recurso quando o entendimento adotado estiver de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, sob pena de negar às partes o direito constitucional de acesso às vias excepcionais (extraordinária e especial).

Nessa linha de raciocínio, os verbetes de tribunais locais somente podem produzir efeitos impeditivos dos recursos, quando a orientação for conexas com as dos tribunais de superposição.

Verifica-se que, ocorrendo a situação acima mencionada, ou seja, interposto recurso contra tese sumulada ou de orientação predominante, impõe-se a aplicação da multa de que trata o art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, arbitrada em 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Os poderes conferidos ao relator diminuem a espera do recorrente e aliviam as pautas de julgamento do órgão colegiado. Nesse sentido, importante o posicionamento da jurisprudência aplicando o referido artigo no caso de reexame necessário, como se observa *in verbis*:

¹⁷⁸ NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, p. 179, jul. de 2006.

¹⁷⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no Direito Norte-Americano e no Direito Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 161, ano 33, p. 110, jul de 2008.

¹⁸⁰ Recurso Especial 299.196/MG, 2ª Turma, DJU de 05/08/2002, relatado pelo Ministro Franciulli Netto.

O novo art. 557 do CPC tem como escopo desobstruir as pautas dos Tribunais, a fim de que as ações e os recursos que realmente precisam ser julgados por órgão colegiado possam ser apreciados o quanto antes possível. Por isso, os recursos intempestivos, incabíveis e contrários à jurisprudência consolidada do Tribunal de segundo grau ou Tribunais superiores deverão ser julgados imediatamente pelo próprio relator, através de decisão singular, acarretando o tão desejado esvaziamento das pautas. Prestigiou-se, portanto, o princípio da economia processual e o princípio da celeridade processual, que norteiam o direito processual moderno. Por isso, tal dispositivo merece uma exegese à luz do método de interpretação teleológica, sob pena de não cumprir a missão que o legislador lhe confiou, qual seja, liberar as pautas para as ações originárias e os recursos que tratam de questões ainda não solucionadas pelos Tribunais. Portanto, o vocábulo “recurso” inserido no art. 557 do CPC deve ser interpretado em sentido amplo, abrangendo recursos – propriamente ditos – arrolados no art. 496 do CPC, bem como a remessa necessária, prevista no art. 475 do CPC¹⁸¹.

Ressalte-se que, na aplicação do referido dispositivo, deve-se evitar a então denominada “decisão surpresa”, que é a que se fundamenta em questões de fato e de direito não submetidas à discussão com as partes e não indicadas preventivamente pelo juiz de primeira instância.

O projeto do CPC retirou o termo “jurisprudência dominante”, adotando a “decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou por Tribunal Superior em julgamento de casos repetitivos”, como se observa *in verbis*:

Art. 853. Incumbe ao relator:

III - negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que afrontar:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, de tribunal superior ou do próprio tribunal;
 - b) decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos;
- (...)

E ainda:

IV – dar provimento ao recurso se a decisão recorrida afrontar:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, de tribunal superior ou do próprio tribunal;
 - b) decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos;
- (...)

Com efeito, em virtude da dificuldade de definição da expressão “jurisprudência dominante”, preferiu o legislador indicar qual a decisão proferida pelo tribunal superior que terá o condão de uniformizar a jurisprudência.

O artigo supracitado privilegia a decisão uniformizadora proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou por Tribunal Superior em julgamento de casos repetitivos.

Destarte, espera-se que a decisão judicial proferida por estes Tribunais sirva de modelo de atuação para os demais órgãos do Poder Judiciário e de parâmetro para os julgamentos futuros.

¹⁸¹ Resp 156.311. 2ª Turma. Rel. Min. Adhemar Maciel. DJU 16.03.1998.

6.2 Mecanismos formadores de jurisprudência

6.2.1 Da repercussão geral no recurso extraordinário nos artigos 543-A, §§ 3º e 5º do 543-B, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil

O instituto da repercussão geral veio com o objetivo de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a não apreciação de recursos sem implicações de impacto para a sociedade, funcionando como um verdadeiro filtro constitucional e como instrumento de uniformização do direito.

Cuida-se de uma decisão judicial prolatada pelo órgão máximo do Poder Judiciário que possui o condão de firmar jurisprudência a respeito de uma determinada matéria, tendo em vista que a suposta questão jurídica não pode estar adstrita à esfera de interesse das partes litigantes, representando reflexos para além, isto é, para toda a coletividade, já que possui o condão de garantir a uniformidade da interpretação e da aplicação do ordenamento jurídico em nível constitucional.

Ressalte-se que, em se tratando de recurso extraordinário, as funções paradigmáticas e uniformizadoras das decisões do Supremo Tribunal Federal estão presentes a partir da adoção em nosso sistema da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 criou a chamada “repercussão geral”, no parágrafo terceiro do art. 102 da Constituição¹⁸². Os recursos direcionados para o Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional somente serão admitidos se a questão constitucional for uma hipótese de repercussão geral, instituto que veio a ser regulamentado pela Lei nº 11.418/2006, que introduziu os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil.

Dentro da perspectiva da presença constante dentro do nosso sistema do binômio “celeridade-efetividade”, constata-se que pretende o instituto da repercussão geral firmar o papel do STF como Corte Constitucional, e, não, como mera instancia recursal, ensejando a análise pelo Supremo de questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes, e por fim, incumbir a mais alta

¹⁸² Art. 102 (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Corte de se manifestar uma única vez a cada questão constitucional, não se pronunciando em outros processos com idêntica matéria.

Observe-se neste contexto que, com a criação da repercussão geral, o recurso extraordinário ganha mais um requisito de admissibilidade e, com isso, o Supremo Tribunal Federal obtém o poder de selecionar para julgamento apenas as questões constitucionais relevantes e abrangentes, demonstrando nitidamente que o objetivo da repercussão geral foi o de firmar o STF como Corte Constitucional, eis que a apreciação restrita à matéria relevante, que extrapole o interesse das partes, livra o mesmo de mera instância recursal.

Afirma José Miguel Garcia Medina que a repercussão geral significa a existência de relevância que transcende o caso concreto revestindo-se de interesse geral¹⁸³. – Questiona-se, contudo, se a repercussão deva ser necessariamente, de âmbito nacional, ressaltando ALVIM que não significa que a repercussão tenha que ser geral, de âmbito nacional, podendo ser regional e, até mesmo, local¹⁸⁴.

Importante ressaltar que a análise da repercussão geral é de competência privativa do STF, que deve analisar a existência ou não de repercussão geral da questão constitucional. O Tribunal de Origem somente pode realizar uma análise normal dos requisitos de admissibilidade e a verificação da presença, ou não, da preliminar de repercussão geral. O juízo *a quo* somente negará seguimento ao recurso extraordinário, quando for verificada a ausência da preliminar.

6.2.1.1 Repercussão Geral *versus* Arguição de Relevância

Comparam-se na doutrina as semelhanças e diferenças existentes entre o instituto da repercussão geral e a arguição de relevância prevista na Constituição de 1967 (Emenda constitucional de 01/69) e que vigorou no Brasil até a Constituição de 1988.

¹⁸³ MEDINA, José Miguel Garcia. Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial – breves considerações. In: FUX, Luiz. NERY JÚNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006. p. 1058.

¹⁸⁴ ALVIM, J. E. Carreira. Alguns aspectos dos Recursos Extraordinário e Especial na Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaio críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 325.

Embora tanto a repercussão geral como a arguição de relevância tenham a mesma finalidade, qual seja, criam uma certa triagem na admissão do recurso extraordinário, fazendo que o Supremo Tribunal Federal profira decisões em sede de recurso extraordinário que tenham interesse geral, há nítidas diferenças entre os dois institutos.

Com efeito, a arguição de relevância estava adstrita à análise de matéria infraconstitucional, pois, no regime constitucional anterior, o recurso extraordinário podia analisar tanto questões relacionadas à lei federal como questões constitucionais, enquanto a repercussão geral somente analisa questões constitucionais.

Outra distinção relevante é que, como a arguição geral foi instituída no regime ditatorial, poderia ser julgada em sessões secretas do Supremo Tribunal Federal sem a necessidade de fundamentar as decisões. As sessões eram realizadas pelo Tribunal Pleno, sem a presença das partes e de seus advogados, publicando-se o resultado final apenas com a indicação de “acolhida” ou “não acolhida”¹⁸⁵. Em virtude de tal fato, a análise da arguição de relevância era feita de forma mais precária em relação à repercussão geral.

Segundo Rodolfo Camargo Mancuso, “a discricionariedade no processo de seleção, aliada ao reduzíssimo número de arguições acolhidas, contribuiu para que a classe dos advogados se opusesse ao sistema”¹⁸⁶.

De outro giro, a repercussão geral apresenta ampla publicidade, com decisões fundamentadas disponíveis inclusive no site do Supremo.

6.2.1.2 A inspiração norte-americana *do petition for certiorari*

A repercussão geral teve como inspiração institutos como a *petition for certiorari*.

Com efeito, até 1891, a Suprema Corte Americana era obrigada a apreciar e decidir todos os recursos que a ela fossem submetidos, fato que ocasionou a primeira grande crise do judiciário de que se tem notícia, em virtude do elevado número de causas e o exíguo número de juízes, momento em que o Congresso Norte-Americano, por meio

¹⁸⁵ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A Repercussão Geral do Recurso Extraordinário. Uma volta ao passado?. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 53, p. 46/47, agosto de 2007.

¹⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo Camargo. A realidade Judiciária Brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ. Inevitabilidade de Elementos de Contenção dos Recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.1076.

do *Judicial Acta*, autorizou a sua mais alta Corte Nacional a se utilizar do *writ of certiorari*, para realizar um juízo de admissibilidade subjetivo de seleção das causas que iriam ou não ser apreciadas por ela.

O referido instituto consiste em processo incidental indispensável para que o recurso cível ou criminal alcance a mais alta Corte de Justiça daquele país; para tanto, é necessário que o recorrente elabore uma petição na qual conste o motivo ensejador do direito de ter sua causa examinada pela Suprema Corte, via de regra demonstrando um conflito de competência nas questões legais apresentadas ou, demonstrando o interesse público presente na questão. Ressalte-se que ao recorrido é facultado o direito de apresentar memorial se opondo à concessão do direito, podendo o recorrente ainda contra-razoar o referido memorial. A cada ano a Suprema Corte seleciona todas as *petitions for certiorari* que serão julgadas ao longo do ano. Observe-se que a repercussão geral é parecida com a *petition for certiorari* em determinados aspectos. Um dos pontos coincidentes consiste no critério de admissão do recurso, eis que um dos fatores analisados pelos membros da Suprema Corte americana é justamente a importância geral do caso, o que seria equivalente a nossa repercussão geral.

Observe-se ainda, que a *petition for certiorari* possui características semelhantes também à arguição de relevância, eis que a Suprema Corte americana analisa a admissibilidade ou não dos recursos em sessões sigilosas e na presença somente dos próprios julgadores, sem acesso aos advogados.

Assim o Brasil, ao adotar um instituto semelhante à *petition for certiorari* norte-americana, visa também a eliminar a função de simples instância revisora para reforçar o papel do STF como Corte Constitucional.

Observe-se, como bem alerta Ivo Dantas, que “não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem levar em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômicos- políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos”¹⁸⁷.

6.2.1.3 Inovações advindas com a repercussão geral

¹⁸⁷ DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996. p.68.

Não resta a menor dúvida de que a principal inovação da repercussão geral diz respeito ao sobrestamento dos processos múltiplos como o intuito de reduzir o julgamento pela Suprema Corte de elevado número de recursos extraordinários e concentrar-se nas questões constitucionais de maior importância.

Somente serão encaminhados alguns recursos extraordinários, que contenham o maior número de informações necessárias para o julgamento pelo STF, ficando os demais recursos sobrestados, inclusive os respectivos agravos. Caberá ao Supremo analisar cada questão constitucional dos processos representativos de controvérsia, e, em sendo negada a repercussão geral, o recurso extraordinário é recusado, bem como os outros sobre o mesmo tema. De outro giro, se a repercussão geral for reconhecida, os ministros julgarão a matéria, e o resultado final terá reflexo em todos os recursos extraordinários pendentes.

Outra inovação é a informatização do processo judicial, que consagra uma das tendências do processo civil moderno. Com efeito, na repercussão geral utilizam-se alguns mecanismos tecnológicos como o “plenário virtual” e o “canal de repercussão”.

As sessões para verificação da repercussão geral são realizadas sem a presença física dos ministros, que têm acesso virtual ao recurso extraordinário e aos votos já proferidos e poderão inserir os seus votos no sistema sem a necessidade da presença física do Plenário.

O “canal de repercussão” consiste em um espaço virtual reservado na página eletrônica do Supremo para intercâmbio de informações entre a Suprema Corte e os Tribunais Superiores, de segundo grau e turmas recursais dos juizados especiais federais. Por meio deste espaço tornam-se públicas as questões acerca da repercussão geral apreciada pelo STF.

O objetivo de ambas as inovações são os ganhos em relação à celeridade e à transparência dos julgamentos dos recursos, ressaltando ainda que, pelo meio do “canal de repercussão”, os diversos tribunais devem fornecer informações sobre o número de processos sobrestados na origem, destacando-se quais os temas constitucionais mais representativos, para que o Supremo possa priorizar o julgamento dos temas de maior repercussão geral.

Destaca-se que a decisão do plenário que não conhecer o recurso extraordinário pela inexistência de repercussão geral é irrecorrível.

Embora a maior parte da doutrina entenda que não há, na repercussão geral, a decisão do efeito *erga omnes*, o fato é que o julgado na referida repercussão terá eficácia

futura para todos os casos idênticos de recurso extraordinário em que a mesma questão controvertida esteja sendo debatida.

Por fim, há a previsão do *amicus curiae* em sede de análise de repercussão geral, que é, na verdade, um auxiliar do juízo com o intuito de ajudar tecnicamente o magistrado na decisão a ser proferida. O objetivo é proporcionar ao Supremo o pleno conhecimento de todas as implicações e repercussões de seus julgamentos, legitimando as decisões do Supremo principalmente nas causas em que a sua decisão projeta eficácia sobre um número considerável de jurisdicionados.

6.2.1.4 O uso do método difuso como instrumento de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil

O STF em virtude da ampla constitucionalização do Direito Brasileiro recebe um volume enorme de recursos extraordinários. O que deveria ser excepcional se tornou o trâmite normal do referido recurso, assoberbando o STF com uma quantidade desumana de processos, sem qualquer relevância para a sociedade. O STF deveria se preocupar com as questões de relevância para o país, suas decisões deveriam ter a mesma amplitude e valor, e não se transformar em um Tribunal de terceira ou quarta instância.

Nesse contexto, a repercussão geral no recurso extraordinário é talvez o mecanismo encontrado para uma sintonia quase perfeita entre o controle abstrato e o concreto, já que o que separava os dois modelos era a falta de repercussão geral em muitas das ações que chegavam no STF por meio de controle difuso, já que no controle abstrato essa característica é presumidamente existente.

Trata-se de um verdadeiro filtro de acesso que impossibilitará que toda e qualquer questão constitucional no controle difuso demande a pronúncia do Supremo.

O controle de constitucionalidade brasileiro caracteriza-se por ser um modelo misto, no qual a jurisdição constitucional é exercida tanto pela via difusa (em todo juízo ou tribunal), quanto pela via concentrada (pelo Supremo Tribunal Federal).

Observa-se que o mecanismo de verificação da constitucionalidade das leis e atos normativos por via difusa pelo Poder Judiciário é construção importada do Constitucionalismo norte-americano.

No modelo de controle constitucional norte-americano permite-se que qualquer juiz ou tribunal, quando da análise do caso concreto, não aplique norma inconstitucional, produzindo a referida decisão efeito *inter partes* e *ex tunc*, observando-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade não é o objeto principal do processo, mas lide incidental essencial à resolução da lide concreta.

No referido sistema, entretanto, apesar dos efeitos da declaração da questão constitucional verificarem-se apenas *inter partes*, a adoção da regra do *Stare Decisis* pela Suprema Corte Americana acaba por exterminar a incerteza jurídica que adviria caso os juízos e Cortes estaduais não seguissem as decisões da jurisdição superior.

Importante ressaltar que não foi transportado para o ordenamento jurídico pátrio o precedente jurisprudencial com força vinculante (*stare decisis*) existente no modelo norte-americano, motivo pelo qual permitiu que a Supremacia da Constituição se sujeitasse às mais variadas interpretações de juízes e tribunais de todo país, subindo para o STF centenas de processos semelhantes com decisões completamente divergentes.

Diante desta situação, contudo, iniciou-se um movimento surgido no Supremo visando a uma objetivação do recurso extraordinário, já que ele pode não ser o único, mas é o principal meio de exercício do controle de constitucionalidade difuso, pois é por meio dele que se obtém o mais amplo acesso ao STF. A repercussão geral altera o papel do recurso extraordinário, pois representa a inserção de elementos do processo objetivo no controle de constitucionalidade concreto.

Com a repercussão geral, há a necessidade da demonstração de questões transcendentais aos interesses das partes e induz a uma identificação automática com o controle abstrato de constitucionalidade, por se tratar de uma característica própria do processo objetivo. Esse verdadeiro filtro de acesso impossibilitará que toda e qualquer questão constitucional em controle difuso demande a pronúncia da mais alta Corte.

Assim, há cada vez mais uma aproximação entre os modelos concreto e abstrato do controle de constitucionalidade das leis, sendo apontadas algumas razões para explicar a ocorrência desta nova tendência, como, por exemplo, a valorização do STF como Corte Constitucional.

Fredie Didier Jr fala em objetivação do recurso extraordinário com a transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de controle de constitucionalidade de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato.

Assim o processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende o interesse subjetivo entre as partes, indicando, segundo ele, diversas manifestações deste fenômeno na legislação e nas jurisprudências brasileiras, tais como:

a) a súmula vinculante prevista no art. 103-A da CF/88 que poderá ser editada após reiteradas decisões do STF sobre a questão constitucional, todas tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

b) A previsão do procedimento do recurso extraordinário interposto no âmbito do juizado especiais federais, em que a decisão do STF é vinculante para as turmas recursais, que deverão retratar-se ou declarar prejudicado o recurso extraordinário já interposto, conforme seja, e ainda, poderá ser concedida medida cautelar para sobrestar o processamento de outros recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão constitucional até que o STF julgue o recurso (art. 14 da Lei 10.259/2001 e RISTF art. 321)

c) Admissão pelo Tribunal do *amicus curiae* em julgamento do recurso extraordinário antes da previsão da repercussão geral (informativo 402 do STF, 19 a 23.09.2005)

d) O ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC 82.959, considerou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, e aplicou em controle difuso o art. 27 da Lei 9.868/99, para dar eficácia não-retroativa à sua decisão, ou seja, aplicou-se ao controle difuso de constitucionalidade um instrumento do controle concentrado, que é a possibilidade de o STF determinar, no juízo de inconstitucionalidade, a eficácia da sua decisão, *ex nunc* ou *ex tunc*.¹⁸⁸

Existirá, com a repercussão geral, a expansão da teoria do efeito transcendente dos motivos determinantes. De fato, a jurisprudência do Supremo reconhece a transcendência dos fundamentos das decisões em que existe repercussão geral, diante do risco iminente de multiplicação de ações sobre a mesma questão. Assim, somente haverá julgamento pelo STF, do recurso extraordinário em que há repercussão geral, com a perspectiva de que todas as decisões proferidas nesses recursos tenham efeitos transcendentais, eliminando cada vez mais as barreiras que distinguiam o controle de constitucionalidade

¹⁸⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.985.

abstrato do concreto, encontrando a repercussão geral como um mecanismo de objetivação do controle difuso.

Outra distinção importante diz respeito a possibilidade da existência da causa de pedir aberta no julgamento dos recursos extraordinários. Explico: causa de pedir aberta é uma das características do processo objetivo, como por exemplo, nas ações diretas de inconstitucionalidade, em que o STF não está adstrito aos motivos apontados pelos legitimados na petição inicial. Isto significa que não há limites à fundamentação dos ministros no momento do julgamento, principalmente porque no processo objetivo não há lide, o que motiva a existência de causa de pedir aberta.

Já em relação ao recurso extraordinário, a análise recursal pressupõe restrita fundamentação ligada à decisão recorrida e às razões do recurso, eis que o juiz está limitado pela causa de pedir e pedido formulados nos autos quando da prolação da decisão.

Discute-se assim a existência de causa de pedir aberta também no controle concreto de constitucionalidade. Nesse sentido Fredie Didier Júnior¹⁸⁹:

À semelhança do que já acontece no julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, a causa de pedir (no caso, a causa de pedir recursal) é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento, mesmo que não enfrentado pelo Tribunal recorrido.

Importante lembrar o julgado RE 298.694¹⁹⁰ que abriu caminho para a possibilidade de se julgar o recurso extraordinário com fundamento diverso do contido no acórdão recorrido. Neste julgamento discutia-se a questão relativa a vencimentos de servidores públicos do município de São Paulo. O julgamento do tribunal *a quo* havia dado ganho de causa aos servidores com base no fundamento da existência de direito adquirido a reajuste de vencimento. O recurso extraordinário teve como base o referido

¹⁸⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.985.

¹⁹⁰ Ementa: “Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova.”

fundamento. O STF, contudo, manteve o acórdão recorrido não em razão da existência do direito líquido e certo, mas por outro fundamento que foi a obediência ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

6.2.1.5 Do procedimento do Recurso Extraordinário

Estabelece o § 1º do art. 543-A que “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

O referido artigo não conceitua o que vem a ser questões relevantes do ponto de vista econômico, social ou jurídico. De fato, possui imensa subjetividade o referido parágrafo, apresentando-se como um conceito juridicamente indeterminado com a incidência do binômio da relevância e da transcendência.

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados facilita que a norma se mantenha atualizada, evitando, desse modo, que sejam realizadas constantes alterações legislativas para adequação do instituto às mudanças verificadas na sociedade.

Há, assim, um filtro específico, para limitar a incidência do recurso extraordinário, que, nesse contexto, possui o intuito de ultrapassar os interesses subjetivos, para atribuir um caráter objetivo a uma demanda anteriormente subjetiva. A orientação fixada pelo tribunal de superposição ultrapassa a aplicação do processo ao caso concreto, já que se busca com a repercussão geral, não a defesa de interesse das partes, e, sim, a defesa da ordem constitucional objetiva e uma decisão uniformizadora da jurisprudência¹⁹¹.

¹⁹¹ A Ministra Ellen Gracie, RE n.579.431 RS, em 11.06.2008, Informativo de Jurisprudência nº 510, em questão de ordem, observou que deve-se privilegiar contudo a jurisprudência já consolidada, evitando-se assim novo julgamento em relação as questões constitucionais pacificadas pelo Pleno. Na qualidade de relatora afirmou “que a existência ou não de repercussão geral seria decorrência direta da relevância social, política, jurídica ou econômica da questão constitucional suscitada no apelo extremo, que não poderia ser afastada pelo fato de já ter sido o assunto enfrentado em sucessivos julgados anteriores da Corte, fosse a decisão de origem contrária ao entendimento do Supremo ou consentânea com ele, haja vista que a existência de julgados em outros processos, indicando se tratar de matéria que ultrapassa os interesses subjetivos da causa, afirmaria a repercussão geral. Por isso, os recursos extraordinários contrários à jurisprudência da Corte não mereceriam seguimento, não por ausência de repercussão geral, mas por contrariarem a jurisprudência, caracterizando-se como manifestadamente improcedentes (CPC, art. 557). Em suma entendeu adequado que para as questões constitucionais já decididas pelo Plenário fossem atribuídos os efeitos da repercussão geral reconhecida, devendo os recursos extraordinários, com tema correspondente que, doravante, vierem ao STF, ser devolvidos à origem, para os procedimentos aqui autorizados, como já acontece com aqueles cujos temas são levados ao Plenário Virtual . Propôs, também, que matérias já enfrentadas pelo Pleno fossem trazidas pela Presidência, antes da distribuição, em questão de ordem, para que se afirme de forma objetiva, e para cada uma, a aplicabilidade da repercussão geral, sempre que presente a relevância sob os aspectos legais, e para que se examine se permanece dominante a jurisprudência sobre o tema. O Min. Marco Aurélio não aderiu a essa proposta, ao fundamento

Teresa Arruda Alvim Wambier estabelece alguns critérios a orientar a existência de repercussão geral ao esclarecer que:

Relevância Social há numa ação em que se discutem problemas relativos à escola, à moradia, à saúde ou mesmo à legitimidade do Ministério Público para a propositura de certas ações. Corretamente, a nosso ver, considerou-se que tem repercussão geral a questão relativa à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Pensamos, aliás, que essa repercussão geral deverá ser pressuposta em um número considerável de ações coletivas, só pelo fato de serem coletivas.

Relevância econômica se vê em ações que discutem, por exemplo, o sistema financeiro de habitação ou da privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infraestrutura etc.

Repercussão política pode-se entrever quando, por exemplo, de uma causa possa emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados Estrangeiros ou organismos internacionais¹⁹².

A título ilustrativo são as seguintes matérias que, de um lado, tiveram reconhecida sua “repercussão geral” pelo Supremo Tribunal Federal: necessidade de lei complementar para disciplinar prescrição e decadência relativas às contribuições sociais; necessidade de serem discriminados os pulsos para cobranças de serviços de telefonia; possibilidade de adicional de insalubridade ter como base de cálculo o salário-mínimo à luz do art. 7º, IV, da Constituição Federal; obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamentos de alto custo; critérios para concessão de aposentadoria a servidores públicos cujas atividades não são exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física; possibilidade de fracionamento do valor da execução proposta contra a Fazenda Pública para pagamento de honorários advocatícios; constitucionalidade da prisão civil para o depositário infiel.

Observe-se, de outro lado, as matérias examinadas em sede de recurso extraordinário em que houve a ausência de “repercussão geral”: responsabilidade do Estado pela emissão, em duplicidade, do Cadastro de Pessoas Físicas – CPF para pessoas distintas; concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita para pessoas jurídicas. (Sonia escreveu: incompleto)

Vale notar que a apreciação acerca da existência ou não da repercussão geral será exclusiva da Corte Constitucional, ou seja, a avaliação da repercussão geral não enfrenta

de que o processo não deveria ser apresentado em questão de ordem, pelo Presidente, mas pautado, pelo relator, após a distribuição; e que também não se poderia fazer retroagir a legislação alusiva à repercussão geral a ponto de assentar que poderia haver a modificação do que foi decidido pelas próprias cortes de origem nos recursos anteriores à vigência do instituto. Asseverou que isso somente se aplicaria aos recursos interpostos após a regulação da repercussão geral. Relativamente ao recurso extraordinário analisado, o Tribunal concluiu pela existência de repercussão geral, entendeu que há necessidade de análise aprofundada pelo Plenário sobre a possibilidade de incidência de juros de mora no período entre a conta de liquidação e a da expedição do requisitório, para fins de precatório complementar, já que, quanto ao tema, não ficou patente a existência de jurisprudência dominante. Em consequência, determinou-se a distribuição normal do recurso extraordinário, a fim de permitir o exame da matéria.”

¹⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, p. 169, jun. 2009

análise ou crivo do tribunal de origem, sendo importante ressaltar a irrecorribilidade da decisão acerca do pronunciamento feito pelo Supremo.

A atribuição exclusiva ao STF de examinar a presença ou a ausência de repercussão geral encontra justificativa no fato de a referida Corte funcionar como guardiã da Constituição e ter a função de interpretá-la. Cabe ao Tribunal de origem apenas verificar se o recorrente apresentou a preliminar de repercussão geral, em emitir qualquer juízo a respeito de sua existência ou não.

Assim, somente as questões constitucionais que possuam repercussão geral podem ser objeto de exame pelo STF, ao julgar o recurso extraordinário, reconduzindo à Corte Constitucional a sua verdadeira função que é a de zelar pelo direito objetivo.

Com a repercussão geral, não é qualquer violação à Constituição que vai ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, mas somente aquelas que têm uma repercussão que ultrapasse o caso concreto. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal não vai mais zelar por toda a Constituição e, sim, somente pelos preceitos constitucionais que tiverem sido objeto de violação de especial relevância. Nas lições de Leonardo Greco¹⁹³ o “direito individual, constitucionalmente assegurado, mas que não possui repercussão geral deixou de ser agasalhado pelo Supremo Tribunal”.

O § 3º do art. 543-A do Código de Processo Civil expressa que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. Nesse parágrafo, há uma presunção de repercussão geral, não sendo necessário que a súmula referida seja vinculante e, sim, que retrate a jurisprudência consolidada como dominante. A repercussão geral estará configurada em qualquer julgamento que afronte a denominada jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹³ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Introdução ao estudo do direito processual civil. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I, p. 50, critica o referido instituto aduzindo que “paradoxalmente, um indivíduo pode chegar nesse caso até a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas está impedido de levar o seu pleito ao mais alto tribunal do seu país. Essa restrição, aparentemente heroica, pois visa a reduzir o número excessivo de recursos para o Supremo Tribunal Federal, é péssima para os Cidadãos. Com ela o direito brasileiro está olvidando de uma lição lapidar de CAPPELLETTI, por ele recordada em 1991 aqui mesmo no Brasil, na sua última palestra proferida em nosso país, no sentido de que a justiça do nosso tempo não pode ser mais pensada em benefício dos seus produtores, mas em função dos seus usuários. Para servir ao Estado, já existem todos os órgãos da Administração Pública. Parodiando expressão de consagrada jurista francesa a respeito de filtro semelhante introduzido naquele país ao recurso para a Tribunais de Cassação, com esse tipo de limitação o Supremo Tribunal Federal está deixando de exercer uma justiça democrática para transformar-se em instrumento de uma justiça aristocrática. Essa visão, entretanto, foi ignorada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Para piorar ainda mais essa perda de garantia de direitos previstos na Constituição, a lei que regulamentou a repercussão geral, já referida, criou ainda um procedimento em que, para a sua aferição, são selecionados alguns processos-modelos, que são remetidos ao Supremo Tribunal Federal, enquanto outros ficam sobrestados nas instâncias de origem.

Pode-se afirmar que o aludido dispositivo legal fortalece a função uniformizadora ao presumir a existência de repercussão geral quando houver divergência entre a decisão recorrida e a jurisprudência dominante do Supremo. Nesses casos, ou a decisão impugnada precisa ser adequada ao entendimento do STF, ou houve alteração substancial no quadro fático e jurídico que recomenda a alteração de orientação da Corte Suprema.

Privilegia-se dessa forma a segurança jurídica e a igualdade perante a lei em que uma única decisão refletirá em todo o ordenamento jurídico.

O § 5º do art. 543-A do Código prescreve, por um lado, que uma vez negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre a matéria idêntica, que serão liminarmente indeferidos, salvo revisão da tese, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Por fim, de acordo com o § 7º do art. 543-A do CPC, deverá constar em ata o resumo da decisão sobre a repercussão geral, e a ata será publicada no Diário Oficial, valendo, então, como acórdão.

De outro lado, o legislador optou por disciplinar de forma específica a repercussão geral em caso de demandas multitudinárias no art. 543-B e seus parágrafos, ou seja, recursos os quais se fundamentam em idêntica controvérsia, em virtude do ensejo da possibilidade mais ampla e prévia participação da sociedade civil e do próprio Estado nos casos que, ao final, serão julgados pelo STF por oferecerem repercussão geral. São casos de multiplicidade de recurso com fundamento em controvérsia idêntica os quais ocorrem com frequência na prática.

Existindo diversidade de recursos extraordinários que tratem de uma mesma controvérsia, deverá o tribunal *a quo* selecionar, por amostragem, um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-lo ao STF, sobrestando os demais.

Negada a existência de repercussão geral, todos os demais recursos extraordinários, sobrestados na origem, considerar-se-ão automaticamente não admitidos, nos termos do art. 543-B em seu § 2º do CPC. Esta decisão irradiará efeitos sobre os recursos que se encontravam sobrestados e eles estarão automaticamente inadmitidos.

Verificada a existência de repercussão geral na questão debatida, será julgado o mérito do recurso extraordinário e os demais recursos sobrestados pelo juízo *a quo* poderão ser imediatamente apreciados pelo Tribunal de origem.

Pode-se afirmar que uma única decisão judicial uniformizadora terá o condão de formar uma jurisprudência pacificada a respeito de determinada matéria. Em outros termos, uma única decisão é capaz de formar uma jurisprudência pacificada a respeito do

tema decidido e cuja orientação deverá ser seguida para todos os recursos que tenham a mesma matéria.

O projeto do Código de Processo Civil continuou com a mesma orientação no sentido de impedir que o Supremo se transforme em uma 4ª instância, diminuindo consideravelmente a carga de trabalho deste Tribunal e colocando-o em uma posição de proferir decisões de melhor qualidade.

Prevê o projeto de lei do Senado Federal nº 166 de 2010:

Art. 950. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou à tese fixada em julgamentos de casos repetitivos, na forma deste Código.

§ 4º Negada a repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre a matéria idêntica, que são indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão. (...)

Observe-se que os referidos dispositivos só terão a importância necessária para o ordenamento jurídico se os Tribunais de Superposição não alterarem constantemente, sem um motivo relevante, suas decisões. Haverá, ainda, a redução dos recursos extraordinários a serem julgados, em razão da repercussão geral, cujo objetivo é limitar a atuação da Corte aos casos efetivamente relevantes para a sociedade.

Ressalte-se, inclusive, que reconhecendo a ausência de repercussão geral, haverá a ampliação dos seus efeitos para os demais recursos com idêntica controvérsia. Ao final, o recurso extraordinário concentrar-se-á em questões efetivamente significativas, que justifiquem a atuação da mais alta Corte do país.

Observa-se que esse mecanismo de filtragem recursal restaura a função do STF de zelar pela uniformidade de interpretação do direito objetivo constitucional evitando, ainda, que a Corte de Cúpula tenha o seu desempenho prejudicado pelo elevado número de feitos que não guardam relação com a função de manutenção da unidade do Direito.

6.2.2 Dos recursos repetitivos no artigo 543-C do Código de Processo Civil

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi criado pela Constituição de 1988 para ser o guardião do Direito Federal e uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional e busca, desde sua instalação, otimizar os julgamentos dos recursos de sua competência.

Procurou-se, assim, também no âmbito do recurso especial, aplicar a técnica de julgamento de recurso já adotada no Supremo Tribunal Federal, conforme a inserção no nosso ordenamento jurídico da Lei n. 11.672/2006, introduzindo o artigo 543-C do CPC.

Uma das hipóteses de cabimento de recurso especial é a da alínea “c” do art. 105, III, da Constituição Federal, que é a da função uniformizadora da jurisprudência dos tribunais brasileiros a respeito da interpretação da lei federal em todo território nacional. Assim, cabe ao STJ dar a última palavra a respeito da interpretação, e, conseqüentemente, da aplicação daquelas normas jurídicas. Da mesma forma, a divergência jurisprudencial precisa ocorrer no âmbito de tribunais diversos porque não há como uniformizar a jurisprudência a não ser por meio do recurso especial.

O art. 543-C do CPC prevê o julgamento de “recursos repetitivos” pelo Superior Tribunal de Justiça. Os referidos recursos são significativos da existência de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito¹⁹⁴. De acordo com o § 1º do art. 1º da Resolução n. 8/2008 do STJ, “serão selecionados pelo menos um processo de cada relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”.

Pela sistemática atual não mais serão remetidos ao STJ milhares de recursos especiais que versem a mesma questão de direito. Com efeito, ocorrendo a “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito” o Presidente do tribunal de origem admitirá apenas um ou mais recursos representativos da

¹⁹⁴ FUX, Luiz. A desistência recursal e os recursos repetitivos. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, nº 42. p. 3, set./dez., 2008, ao ser referir ao recurso repetitivo faz algumas considerações: “Um fenômeno moderno da sociedade de massa introyetou no sistema brasileiro de origem romano-germânica a técnica inerente ao sistema anglo-saxônico, inspirado no princípio da isonomia, de aplicar-se o precedente judicial em caráter *erga omnes*. Nas causas que apresentam um interesse comum a uma multiplicidade inidentificável de jurisdicionados. (...) Ainda, está arraigado na tradição romana de que o autor é *dominus litis*, o legislador brasileiro não eliminou a legitimação individual em detrimento da legitimação difusa deferida aos órgãos intermediários entre o cidadão e o Estado ou ao Ministério Público. A consequência dessa coexistência de legitimações, é a constatação de ações individuais idênticas quanto ao pedido e a causa de pedir, cujos julgamentos redundam em recursos repetitivos. É de sabença que acordem aos tribunais superiores inúmeras causas repetitivas e que por força do princípio da isonomia devem receber o mesmo tratamento meritório. Deveras essas causas decorrentes de megalesões, abarrotam os tribunais brasileiros, colocando-os no patamar de Corte com o maior número de recursos pendentes de julgamento. O legislador brasileiro, no afã de exterminar com esse gravoso problema, a luz da novel concepção da duração razoável dos processos e da força da jurisprudência, esta capaz de uniformizar os resultados judiciais para causas idênticas, cumprindo o postulado da isonomia, fez surgir no cenário processual brasileiro os denominados “recursos repetitivos” cuja técnica de julgamento atende à necessidade de eficácia da decisão sob o enfoque transindividual, mercê de imprimir metodologia apta a esvaziar o acervo incalculável dos Tribunais Superiores.

controvérsia e determinará que os demais tenham o seu andamento sobrestado, no aguardo da manifestação do STJ. Os recursos selecionados serão denominados de “paradigma” ou “piloto” e deverão ser julgados pelo Superior Tribunal de Justiça com a finalidade de unificação da jurisprudência e de orientação aos demais tribunais de segundo grau, já que o julgamento não será feito pela Turma e, sim, pela respectiva Seção, em se tratando de matéria sob especialização. Em se tratando de matéria de incidência geral, o julgamento será feito em Corte Especial.

Ressalte-se ainda que a lei prevê – art. 543-C, § 2º do CPC – que, se o Presidente do Tribunal *a quo* não houver adotado a providência já mencionada, e concorrendo o pressuposto da existência de recursos de natureza idêntica pendentes no STJ (ou em via de remessa), pode esta Corte adotá-la por um dos seus relatores, certamente com o referendo dos demais integrantes do órgão julgador, determinando que, nos tribunais de segunda instância, seja suspenso o processamento dos recursos nos quais a controvérsia seja estabelecida.

Segundo o § 2º do referido artigo “o agrupamento de recursos repetitivos levará em consideração apenas a questão central discutida, sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões arguidas no mesmo recurso”.

Verificando o relator que existe jurisprudência dominante sobre a questão ou que a matéria está afeta àquele tribunal, poderá determinar a sustação dos processos perante os Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, conforme previsto no art. 543-C, § 2º do CPC.

Em caso de necessidade, poderá o relator do recurso especial solicitar informações a serem prestadas pelo Tribunal de origem, alargando ainda mais as informações cognitivas acerca da controvérsia enfrentada em sede recursal, respaldando-se na relevância da matéria.

Os outros parágrafos do referido artigo possuem normas similares àquelas reservadas para a identificação da “repercussão geral” no recurso extraordinário, “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia” (art. 543-B).

O projeto de lei do Senado nº 166 de 2010, disciplinou o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos em uma mesma subseção. Há previsão de que sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso extraordinário ou o recurso especial será processado nos termos do art.

953 do projeto, observando o disposto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Os recursos representativos da controvérsia serão encaminhados ao STF e ao STJ, independente de juízo de admissibilidade, ficando suspensos os demais recursos até o pronunciamento definitivo do tribunal superior. Ressalte-se que, se o relator do tribunal superior observar que sobre a questão de direito já existe jurisprudência dominante ou que a matéria está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

O recurso representativo da controvérsia suspende os recursos que versem sobre idêntica controvérsia que estejam no tribunal superior e nos de segundo grau de jurisdição. Suspendem também os processos que estiverem em primeiro grau de jurisdição e em que se discute idêntica controvérsia de direito. Nesses casos, os processos podem ficar suspensos por período não superior a doze meses, salvo decisão fundamentada do relator.

A decisão final do recurso representativo vincula os demais órgãos fracionários que declararão prejudicados os recursos versando sobre idêntica controvérsia, ou os decidirão aplicando a tese firmada. E mais, os juízes de primeira instância proferirão sentença aplicando também a tese firmada.

Ressalte-se, por fim, que o STJ pode errar na escolha de quais casos são relevantes para a defesa do ordenamento jurídico, mas isso é um problema no mérito do julgamento e não acerca dos mecanismos processuais.

Questiona-se: o que deveria fazer o indivíduo que entende que o seu recurso não deveria ter sido suspenso por considerar seu recurso fundado em questão de direito não identificável com aquela questão de direito versada no recurso considerado “piloto” ou “paradigma”?

Não há ainda uma resposta exata prevista no ordenamento, mas, por questão de lógica do sistema, o recorrente deve pedir reconsideração à Presidência do tribunal de segundo grau, cabendo-lhe no azo demonstrar a diversidade de situações jurídicas, rogando assim a retirada de seu apelo do rol dos sobrestados. Se o Presidente do tribunal de origem mantiver o sobrestamento, o recorrente deve aguardar a decisão do STJ, restando evidente pleitear medidas cautelares a fim de prevenir eventual dano decorrente da demora. Se, ao final, o recurso vier a ser considerado prejudicado, e negado

seguimento, poderá interpor agravo de instrumento ao STJ, e, nessa oportunidade, a ele incumbirá comprovar a distinção antes desconsiderada.

7 FORMAS DE FORTALECIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

7.1 Da necessidade de especialização dos tribunais

Verifica-se, ao longo de décadas, que o conceito de acesso à justiça tem sofrido algumas transformações importantes, correspondentes à mudança equivalente do estudo e ao avanço do direito processual civil.

Mauro Cappelletti relembra que, nos Estados Liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigentes. Tudo isso se refletia no processo, eis que o direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo prejudicado de propor ou contestar uma ação. Na medida do crescimento das sociedades do *laissez-faire*, contudo, o conceito de direitos humanos passou a sofrer grandes transformações. De fato, as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo do que individual, e a visão individualista dos direitos foi deixada para trás nas sociedades modernas¹⁹⁵.

Consequentemente, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de grande importância entre os novos direitos individuais e sociais, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.

Atualmente, o acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, mas também é considerado o mais básico dos direitos humanos, sendo o ponto central de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.

Em virtude disso, no vértice da escala valorativa constitucional, situa-se atualmente o direito à tutela jurisdicional efetiva, que assegura de modo expresse a eficácia da prestação dos serviços da justiça, ou seja, os novos enfoques do acesso à justiça têm um número imenso de implicações. Dentre eles, destaque de grande importância para o fortalecimento do papel da jurisprudência no moderno processo civil brasileiro, o da criação de tribunais especializados.

¹⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant.. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. p.9.

Sempre se considerou que o bom juiz seria aquele que tivesse capacidade de decidir todas as matérias colocadas ao seu alcance, eis que o juiz teria suficiente competência social para estabelecer os fatos relevantes em diversos campos e também teria suficiente conhecimento e experiência jurídica, para aplicar adequadamente as ferramentas legais. Consequentemente para manter esse nível de conhecimento de todas as matérias se investiria em uma formação permanente do magistrado.

Na esteira do referido posicionamento, não haveria a preocupação com a especialização profissional, eis que esta poderia comprometer o sistema jurídico, que impõe aos magistrados conhecer medianamente uma centena de legislações e procedimentos diferenciados e especiais para conseguir conduzir adequadamente sua prática jurídica.

Tal sistemática é a adotada em nosso ordenamento jurídico, que permite que o juiz exerça a sua atividade em inúmeras varas e câmaras julgadoras de variados ramos do Direito em que ele não possui a menor proximidade acadêmica e prática. Por diversas vezes, já presenciamos magistrados atuando em varas cíveis e lecionando matéria penal e, por vezes, atuando durante anos em uma determinada matéria e quando promovidos para o Tribunal vão julgar matérias completamente diversas das que estavam habituados a julgar. Toda a experiência adquirida era esvaziada por razões meramente burocráticas.

Mauro Cappelletti aduz que essa nova tendência em direção à especialização pode se tornar concreta se fixarmos o foco de atenção nos tipos de demandas que, em grande medida, provocaram as “três ondas” de reforma, para possibilitar o melhor acesso à justiça¹⁹⁶.

Segundo ele, torna-se necessária a constituição de instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causa, sendo esta uma nova tendência no sentido da especialização tanto das instituições como dos procedimentos judiciais. E, para ele, o mais importante em relação à reforma do processo, além da criação de tribunais especializados, é o chamado desvio especializado e o de criação de tribunais especializados, como se verifica *in verbis*:

É preciso reconhecer, entretanto, que algumas das características do sistema judiciário regular, que o tornam apto para a solução de litígios de direito público, em defesa de interesses difusos da coletividade, freqüentemente também o tornam pouco adequado a fazer valer os direitos das pessoas comuns ao nível individual. Procedimentos contraditórios altamente estruturados, utilizando advogados bem treinados e perícias dispendiosas, podem ser de importância vital nos litígios de direito público, mas

¹⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 90 e seguintes.

colocam severas limitações na acessibilidade de nossos tribunais a pequenas causas intentadas por pessoas comuns. É evidente a necessidade de preservar os tribunais, mas também o é a de criar outros fóruns mais acessíveis¹⁹⁷.

A “especialização”, contudo, não se encontra limitada aos tipos de demandas judiciais, devendo ser ressaltados os esforços para criar varas especializadas, como a vara de família, órfãos e sucessões e empresarial.

Na Alemanha, os precedentes possuem enorme força para as decisões dos tribunais alemães e, apesar de não serem obrigatórios, são obedecidos e seguidos. Sidnei Agostinho Benetti informa que um importante mecanismo de consistência dos julgamentos no sistema alemão resulta da combinação de dois temas de relevo operacional: (a) o princípio da especialização, que evita a repetição de julgamentos, eventualmente em sentidos diversos, por unidades judiciárias diferentes, princípio que é típico da Organização Judiciária alemã, e (b) a utilização da competência funcional para a admissibilidade ou não dos recursos pelos tribunais¹⁹⁸.

No nosso ordenamento jurídico, os tribunais superiores possuem grande número de magistrados, porque as unidades julgadoras concorrem, com a mesma competência, repetindo, muitas vezes contraditoriamente, decisões sobre o mesmo tema.

Diante deste contexto, parece que uma das soluções possíveis para a formação, de maneira clara e célere, da jurisprudência estável situa-se na especialização temática, de acordo com o direito material trazido pela lide, de modo que um órgão jurisdicional seja competente dentro do tribunal para o julgamento da matéria.

O autor acima referido informa que a especialização, tomando por base o instrumento processual, já provocou males imensos ao Judiciário Brasileiro. Cita como exemplo o caso da competência dos Tribunais de Alçada de São Paulo, competentes para a execução de título extrajudicial e, naturalmente, de seus embargos. Estes podiam conter a mesma matéria que, em outros casos, fosse questionada em outro tipo de processo, como o de procedimento ordinário, da competência de outro tribunal, geralmente o tribunal de justiça, de onde se extraía a mesma tese decidida, de maneira contraditória, por dois tribunais diferentes. Nestes casos, as partes forçosamente invocavam a atividade dos tribunais superiores para a definição dos seus direitos, quando a questão podia ter terminado no âmbito da justiça local.

¹⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant.. *Op. Cit.*. p.91.

¹⁹⁸ BENETTI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Processo e Constituição* – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

O importante é não existir mais de um órgão competente para a mesma matéria, sendo certo que seus integrantes devem decidir juntos, o que ensejará a maior interação entre os magistrados de forma que, ao cabo de eventual período de controvérsia, haja um acertamento dos entendimentos, chegando-se à estabilidade da orientação traçada. Certamente que, formando-se uma jurisprudência pacífica, esta dará aos juízes de graus inferiores parâmetros e auxiliará os advogados no aconselhamento de clientes.

Não resta a menor dúvida de que a especialização dos tribunais superiores, diga-se STF e STJ, é de fundamental importância para a unificação do sistema jurídico eis que são incumbidos da interpretação do direito federal de ordem constitucional e infraconstitucional. Nada impede que, entretanto, haja especialização de varas de primeiro grau sob o ponto de vista da sua utilidade na construção de uma doutrina adequada de decisões estáveis.

7.2 A orientação por meio da jurisprudência dominante ou enunciados da súmula como uma forma de expressão da coerência do sistema jurídico

A tradição do nosso sistema jurídico é a da *res iudicata*, ou seja, a decisão judicial tem efeitos limitados formalmente às partes atingidas pelo processo. Não há ou não havia, até pouco tempo, o efeito reflexo e sistemático que as decisões têm no sistema da *common law*, no sentido da exigência de que casos idênticos e já apreciados pelo sistema jurídico tenham a mesma solução jurídica.

Na verdade, a pouca relevância antes atribuída às manifestações do Judiciário ocorria, principalmente, porque a decisão judicial era vista como sendo mera manifestação pessoal do magistrado, ainda quando reunido num órgão colegiado. Isto porque a mudança da composição do colegiado alimentava os operadores do direito e os jurisdicionados com a expectativa de alteração de posicionamentos antes consolidados e limitados ao caso em exame.

Em contrapartida, surge uma nova cultura no sentido de que a manifestação do Judiciário, concretizada em uma decisão judicial, é muito mais do que o entendimento pessoal do magistrado, representando a manifestação do sistema jurídico.

O magistrado, quando decide a respeito de um caso concreto, não resolve somente a controvérsia individualmente instalada, já que a importância da sua decisão ultrapassa os limites do caso concreto. Há um sistema jurídico a ser respeitado.

Deve-se entender que qualquer pronunciamento judicial, ao invés de produzir efeitos “somente” entre as partes envolvidas no processo, representa a manifestação do sistema jurídico como um todo em relação ao tema decidido. Assim, cada magistrado deve se conscientizar de que faz parte de um sistema jurídico, e que este deve operar de maneira harmônica e coerente.

E ainda, em um sistema verticalizado como o nosso, em que a consolidação de determinado entendimento opera-se, da instância inferior para a instância superior, ou da superior para inferior no caso de precedente de uniformização de jurisprudência, o entendimento consolidado deveria ser observado por todos, não tanto por razões institucionais, mas por uma coerência do sistema e principalmente pela percepção lógica de tratarmos igualmente casos idênticos.

Tal fato, contudo, não ocorre no nosso sistema jurídico, já que há defensores no sentido de que a preservação ampla e irrestrita da liberdade intelectual do juiz seria da cultura brasileira¹⁹⁹.

A questão da livre convicção do magistrado deve ser vista, a princípio, sob um enfoque mais moderno, ligado à nova visão do processo civil moderno.

Ressalte-se, inicialmente, que a independência da magistratura não é um privilégio concedido ao juiz, mas sim resultado de um conjunto de medidas que procuram garantir ao cidadão um processo justo por um magistrado imparcial.

Pode-se assim distinguir um perfil “externo” e um “interno” da independência da magistratura. O conceito “externo” diz respeito à possibilidade de os juízes desempenharem suas atividades sem condicionamentos ou pressões de outros poderes, políticos ou econômicos. Este tipo de independência era praticamente a única preocupação de quem se debruçava sobre o tema da independência da magistratura.

Em contrapartida, há também o conceito “interno” dessa independência, que nos interessa no momento, que diz respeito à relação entre o magistrado singular e seus

¹⁹⁹ GARCIA, Dinio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 734, p. 42/43, dezembro 1996. Esse autor é mais um dos inúmeros que sustentam que a independência do juiz exige que este seja subordinado apenas à lei (e, claro está, à lei das leis, que é a Constituição). Para ele, o magistrado não tem superiores dos quais possa receber ordens e instruções para o julgamento das causas que lhe são sujeitas: depende somente da lei, mas a ele mesmo compete, segunda a sua consciência, apontar a lei à qual está ligado. Ao se concretizar o efeito vinculante se estará trilhando um caminho contrário ao da independência judicial, fundamental no estado de direito.

superiores hierárquicos, ou seja, a possibilidade de o juiz decidir livremente, sem sujeição ao poder de controle dos juízes de grau superior²⁰⁰.

Luiz Guilherme Marinoni aduz que a decisão judicial deve ser vista como fruto do sistema processual e, não, como mera prestação atribuída a um juiz considerado individualmente. Para ele, a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu²⁰¹.

Com efeito, inexistente racionalidade na decisão ordinária que interpreta lei federal de forma diametralmente oposta da que foi dada pelo órgão jurisdicional incumbido, na Constituição Federal, de uniformizar tal interpretação.

Da mesma forma, figura-se incoerente a decisão que se distancia de decisão anterior, proferida pelo mesmo órgão jurisdicional em caso similar, salvo se houver uma justificativa para a sua alteração. É que, se a decisão anterior foi em um sentido, das duas, uma: ou ela estava correta, e diante de caso similar deve ser proferida a mesma decisão, ou ela estava incorreta, devendo ser, por isso, alterada.

Compreende-se que essa liberdade deve ser engendrada pelo sistema, ou seja, com o Judiciário como um todo. A partir daí existe uma adaptação do direito às alterações da sociedade ou às alterações dos casos concretos, respeitando o princípio da igualdade²⁰².

Conforme adverte François Rigaux:

A idéia às vezes avançada de que a intuição do juiz basta para tudo, tanto para escolher a regra aplicável como para avaliar os fatos e adaptar-lhes o dispositivo, deve ser resolutamente combatida. Sob sua variante mais perversa, essa doutrina apresenta a motivação do julgamento como um raciocínio fictício que lançaria um véu de legalidade sobre uma decisão cuja única fonte seria a consciência, o senso de justiça ou equidade do magistrado²⁰³.

Na livre convicção do magistrado, que é essencial à própria sobrevivência do sistema e só por isto existe como princípio, não está contida a liberdade arbitrária do magistrado, ou seja, a ele não é dado o expediente de discordar dos posicionamentos já amplamente fixados sobre o direito posto, já que isto conduziria à derrocada do próprio sistema jurídico²⁰⁴.

²⁰⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. O Poder Judiciário e sua Independência – uma abordagem de direito comparado. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, p. 125, v.3, n. 8, 2009.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

²⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, p. 145, jun. 2009.

²⁰³ RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 137.

²⁰⁴ TAVARES, André Ramos. As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, São Paulo, nº 11, ano 3, jul./ago de 2009. O referido autor ressalta, ainda, que “a respeito da independência e liberdade da magistratura em face do precedente constitucional vinculante, é necessário ponderar que: (i) ao magistrado sempre restará avaliar se aplica ou não um específico precedente a determinado caso concreto (operação de verificação ou concretização do Direito), o que é amplamente reconhecido nos *precedentes* do direito

Não importa se o juiz tem posição pessoal acerca da questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores, eis que o juiz ou tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. O que deve ser evitado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior.

Em primeiro lugar, porque o juiz, que decide contrariamente a sua própria decisão sem a devida motivação, está muito longe do exercício de qualquer liberdade; em segundo lugar, o juiz que contraria a posição pacífica do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato atentatório contra a lógica do sistema. Tal atitude consubstancia-se em desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional²⁰⁵.

Nas lições de Luiz Guilherme Marinoni:

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter coerência e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disto, não deve transformar a sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em um “nada”, ou, pior, em obstáculo que tem que ser contornado mediante a interposição de recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo. De outra parte, é certo que o juiz deixa de respeitar a si mesmo e ao jurisdicionado quando nega as suas próprias decisões. Trata-se de algo pouco mais do que contraditório, beirando, em termos unicamente lógicos, o inconcebível²⁰⁶.

O que se sustenta é que, diante de casos distintos, o juiz não precisa decidir de acordo com o tribunal superior ou em conformidade com decisão que anteriormente proferiu. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que a *common law* conhece por *distinguished*, isto é, a diferenciação do caso que está para julgamento.

O juiz não perde a liberdade de julgar por estar ligado às decisões dos tribunais superiores. Ele pode, com a devida justificativa, demonstrar a diversidade do caso que lhe foi submetido e não aplicar a decisão do tribunal superior. O que é defeso é a possibilidade da decisão judicial, ainda que fundamentada, ser diversa à do tribunal superior sob o fundamento da aplicação do livre convencimento do juiz.

Nesse sentido, trago as palavras do Ministro Francisco Rezek no voto da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1²⁰⁷, *in verbis*:

norte-americano; (ii) também o próprio precedente constitucional é passível de sofrer uma interpretação, porque vertido em linguagem, tal qual as leis em geral.”

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições do *civil law* e da *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, nº 172, p. 207, jun. de 2009.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 207

²⁰⁷ Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento em 1993.

Houve uma época – membros mais antigos deste Tribunal o recordam – em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada “liberdade de convencimento”, própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do Tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso(...). Só nessa circunstância a infeliz rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Com todo respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar.

Enganosa, assim, a argumentação de que o seguimento do entendimento das decisões dos tribunais pode traduzir em coação ao livre convencimento do magistrado, ao aplicar o direito ao caso concreto. O que precisa ficar claro é que o fato de a liberdade de decidir, ínsita ao membro do Judiciário, não pode ir ao ponto de representar vassalagem à arbitrariedade. Essa liberdade de decidir deve conformar-se, antes, com balizas, entre as quais a lei e a Constituição.

Não existiria nenhum atentado grave de que tais limites também lhe fossem impostos pela exegese dos textos legais e constitucionais realizada pelos tribunais superiores, desde que fosse assegurado a cada juiz o direito de, e somente de, mediante plausível justificativa, perfilhar nova solução para determinada espécie de conflito de interesses.

Nesta esteira de pensamento, Calmon de Passos aduz que deve haver um equilíbrio entre o princípio da segurança jurídica, que o ordenamento precisa proporcionar aos indivíduos em suas relações sociais, e a independência dos juízes, indispensável à compreensão da dinâmica dos fatos sociais e à aplicação dos preceitos jurídicos aos casos concretos. Segundo ele, a solução para encontrar esse equilíbrio reside no fato da exigência da fundamentação dos julgados, onde será possível detectar se a decisão do magistrado se mostra em manifesta discrepância com entendimento dominante, ou se esse entendimento discrepante carece de fundamentação séria de natureza dogmática²⁰⁸.

²⁰⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmulas Vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, nº 9, p. 14/15, 2007. O referido autor ainda comenta acerca de uma pergunta que lhe foi feita a respeito da irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, onde foi questionada a liberdade de consciência e o sentido de justiça de cada juiz ao proferir uma decisão no processo judicial. Eis a resposta “Esta pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes

7.3 Da necessidade de identificação do precedente por meio da *ratio decidendi* e *obiter dictum* e seus reflexos na uniformização da jurisprudência

Parece relativamente pacífico sustentar que o precedente judicial é uma decisão judicial anterior a um caso concreto que será utilizada para a solução de casos posteriores. A pergunta no entanto é: por que utilizar uma decisão anterior para solucionar casos posteriores? O interesse por esta resposta reside na possibilidade de explicar o uso concreto de instrumentos jurídicos por parte de juízes e tribunais na aplicação do direito.

Victor García Toma tenta explicar os motivos da utilização do precedente vinculante por meio dos seguintes pressupostos, *in verbis*:

- a) cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones ou interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existência de precedentes conflictivos o contraditórios.
- b) cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional em sentido lato aplicable a um caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante ²⁰⁹.

Além disso, a filosofia do Direito elaborou diferentes modelos explicativos para tornar relevante o uso do precedente, que basicamente podem ser ordenados em dois tipos de argumentos consoante explicitado por Leonor Soriano, que podem ser denominados de argumentos pragmáticos e argumentos de justiça formal²¹⁰.

De acordo com o primeiro, o motivo, para seguir os precedentes, encontra-se nos benefícios por eles obtidos, ou seja, na uniformização da aplicação da lei, na economia processual, na previsibilidade das decisões judiciais, na segurança jurídica e no prestígio dos tribunais, entre outros. Segundo o argumento de justiça formal, o motivo para seguir os precedentes é o princípio da igualdade, eis que casos iguais requerem um tratamento semelhante.

Verifica-se que a utilização da jurisprudência por juízes e tribunais de jurisdição ordinária se dá, dentre outras razões, como instrumento de unificação de critérios e linhas

mutila a liberdade? Por que os juízes podem nos torturar em nome da justiça a que se dizem obrigados, subjetivamente, e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança objetiva aos jurisdicionados?"

²⁰⁹ TOMA, Victor García. *La sentencia constitucional*. Disponível em: <http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/18abfa4cb269c78ca321c53e573f1346/Discurso_VGT.pdf>. Acesso 26 de março de 2012:

²¹⁰ SORIANO, Leonor Moral. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 128.

interpretativas e como argumento de autoridade. No nosso ordenamento jurídico, as decisões dos tribunais superiores, como é o nosso caso, o STJ e STF, oferecem um exemplo de como se deve interpretar e aplicar o Direito, e ainda, atribui-se certa autoridade à jurisprudência emitida pelos tribunais superiores, eis que a última palavra acerca da matéria jurídica será dada por eles.

Assim, os tribunais superiores devem estabelecer claramente os princípios e os critérios de interpretação, com o fim de facilitar, de um lado o seguimento de casos similares, e assim garantir os princípios da unidade e segurança jurídica, e de outro lado, o abandono do precedente, servindo assim para a evolução do direito.

Portanto, não resta a menor dúvida de que a identificação do precedente traz inúmeros benefícios para o sistema jurídico, principalmente se forem iguais as decisões proferidas em casos iguais, o que possibilitará a antevisão do julgamento final das demandas.

Sendo assim, a dificuldade se situa na identificação de uma ou mais causas submetidas à Justiça, havendo a necessidade de se distinguir entre os pontos relevantes e os aspectos marginais da decisão, para que se possam traçar os limites entre os temas centrais e periféricos da mesma.

A pluralidade de métodos hermenêuticos, qual seja, o gramatical, histórico, teleológico, sistemático etc., por vezes conduz à interpretação de um texto legal, ou uma decisão judicial a resultados muito diferentes, o que leva a dificuldade em encontrar uma só interpretação e daí se extrair o que é *ratio decidendi* e o que é *obter dictum*.

Michele Taruffo aduz que o *obter dictum* é tudo aquilo que não está dentro da *ratio decidendi* por diversas razões, ou porque são princípios jurídicos colacionados na decisão, que não serviram de critério efetivo da decisão, ou então porque são discussões de questões hipotéticas ou não cultivada pelas partes²¹¹.

Ele ainda aponta o método *reporting* exercido pelos países anglo-americanos como forma de diferenciar a *ratio decidendi* do *obter dictum*. Nesse sistema, há funcionários encarregados de selecionar os casos a serem publicados nos *law reports*, em função da adequação da constituição de um precedente, eis que a decisão judicial é interpretada à luz dos *fattispecie* do caso.

²¹¹ TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario. Scintillae iures – studi in memoria di Gino Gorla*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 421.

João Mendes de Almeida Junior informa que os reports “não têm por objeto dar o texto oficial dos julgamentos, mas destacam, nos negócios tratados perante os tribunais, os pontos de fato, e de direito úteis para precisar a jurisprudência”²¹².

Partindo dessa perspectiva, a pergunta que se faz é o que se deve entender por *ratio decidendi*? Em outros termos, o que se pode entender pelo conceito de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro? Para responder a essa pergunta, o juiz deve reconstruir os critérios jurídicos que foram aplicados nos casos anteriores. A utilização da jurisprudência depende, assim, não só da similitude entre as decisões precedentes e o caso atual, mas também de que se tenha conhecimento da aplicação da interpretação do órgão judicial na decisão anterior.

Explico: deve ser reconstruída a *ratio decidendi* anterior, e, para isso, devem-se considerar as razões que foram sustentadas na referida decisão, como, por exemplo, razões sociais, econômicas, históricas, etc. O raciocínio jurídico adotado é um modelo argumentativo em que se demonstra qual a argumentação utilizada para se alcançar a melhor interpretação entre todas as interpretações possíveis.

Poderia existir ainda um *law reporting* bem estruturado, com operadores do direito encarregados de analisar minuciosamente cada decisão que sirva de paradigma dos Tribunais Superiores. O objetivo seria selecionar o fundamento da decisão que possa ser aplicável aos casos sucessivos. Ou ainda, os tribunais superiores deveriam ser obrigados a fornecer uma justificação autônoma e principalmente modelada especificamente sobre o que ficou decidido na instância recursal, ainda que fossem repetidos os argumentos contidos na decisão de primeiro grau, já que só assim será possível observar o conteúdo lógico e jurídico refletido no julgamento.

Não existindo no nosso ordenamento jurídico tais recursos, a tarefa dos advogados e juízes será a de aferir até que ponto determinada questão jurídica se enquadra ou não nos precedentes anteriores, a fim de certificar se o caso atual corresponde à situação tratada no precedente.

O grande desafio contemporâneo para os profissionais do direito é um amplo exercício argumentativo relativamente às eventuais diferenças e semelhanças entre o precedente e o caso concreto que está sendo julgado, pois esta é a única maneira de afastar o primeiro. De qualquer forma, faz-se imprescindível conhecer detalhes do

²¹² ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5. ed., São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A. 1960. p. 456.

juízo que servem de base para a formação do precedente, a fim de observar os traços de identidade e as particularidades de cada situação.

Uma das formas de fortalecimento da jurisprudência é, exatamente, insistir na necessidade de fundamentação ou motivação adequada das decisões, não só por representar uma garantia processual básica, mas também como uma forma de incrementar a legitimidade do órgão jurisdicional.

Infelizmente, a prática forense permite observar que os juízes e tribunais mencionam decisões precedentes, sem analisar ou questionar o seu conteúdo, o que banaliza o seu uso. Na verdade, os magistrados e advogados socorrem-se indiscriminadamente dos julgados à falta do indispensável reexame, carecendo igualmente de maior valor jurídico, e cujas ementas, por sua vez, passam a ser referidas como estribo de outras decisões, também destituídas de maior legítima procedência²¹³.

Deve-se evitar este manuseio inconsequente e automático pelos operadores do direito, sem que se proceda a uma análise minuciosa do conteúdo dos arestos que a compõem, cotejando suas proposições de direito com os princípios jurídicos e com a melhor doutrina²¹⁴.

Há casos cuja fundamentação faz referência a precedentes totalmente desvinculados da questão litigiosa, não havendo qualquer esforço do órgão julgador em demonstrar ou justificar porque aquele caso pode ser considerado um precedente para a decisão de outro, ou seja, em que medida os casos são análogos e as razões de decidir de um, nessa medida, devem ser as razões de decidir do outro²¹⁵.

Não temos a cultura de adotar a jurisprudência como uma pauta de orientação fixada pelo sistema, tanto para ele próprio quanto para o jurisdicionado. Utiliza-se a

²¹³ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A. 1960. p. 454. O autor ao estudar os arestos, aduz que sua autoridade deve ser contido em seus justos limites apresentando três escolas que discutiam a autoridade dos casos julgados. Segundo informa “uns entendiam que não há autoridade mais respeitável do que a dos decisionistas e que um ponto de direito, julgado, julgado por um aresto, não deveria mais ser posto em dúvida; outros entendiam que os decisionistas são guias pouco seguros, porque o jurisconsulto, prendendo-se aos arestos, esquecerá os princípios e as leis e paralisará o estudo das instituições de direito; outros, enfim, adotando o meio termo, entendem que a jurisprudência dos arestos é excelente guia, quando a série deles é longa, decidindo o ponto do direito sempre do mesmo modo, perpetuo similiter judicatis, mas que toda a atenção deve ser prestada a paridade e a analogia das circunstancias de fato julgado pelo aresto e do fato a julgar-se segundo o aresto”.

²¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 149. O autor diz que por vezes há um processo erradíssimo de aplicação do precedente e cita o seguinte exemplo: “quando uma lei é nova, ainda que os seus aplicadores atentem à teoria, compulsam tratados, apelam para o Direito Comparado; desde, porém, que aparecem decisões a propósito da norma recente, volta a maioria ao trabalho semelhante à consulta a dicionários: ‘copiam-se, imitam-se, contam-se os precedentes; mas de pesá-los não se cuida’. Desprezam-se os trabalhos diretos sobre os textos; prefere-se a palavra dos profetas às doze tábuas”.

²¹⁵ Para não ficar apenas no terreno da crítica, pode-se verificar também em nossa jurisprudência inúmeras decisões muito bem fundamentadas, que não deixam nada a dever aos principais órgãos jurisdicionais dos países da *common law*.

jurisprudência como apoio argumentativo nas petições ou decisões, normalmente contrapondo-se ao argumento da parte contrária, que, muitas das vezes, também terá a seu favor manifestações dos tribunais.

A jurisprudência, por mais remansosa e uniforme que seja, não dispensa o trabalho de análise crítica e meticulosa das espécies pelo intérprete. Este deve obedecer a certas regras básicas para sua boa utilização, atentando-se às particularidades do caso concreto. Enfim, os julgados constituem bons auxiliares de exegese, quando manuseados criteriosamente, criticados, comparados, examinados à luz dos princípios, com os livros de doutrina, com as exposições sistemáticas do Direito em punho.

7.4 Análise dos precedentes que embasaram os enunciados das súmulas e a aplicação do método chamado *distinguishing* e *overruling* no nosso ordenamento jurídico

Edward Re, ao analisar o que é a doutrina do *stare decisis*, aduz que o precedente é tratado apenas como um ponto de partida para tentar se extrair dele o princípio considerado pertinente na análise do caso posterior. É o que se verifica *in verbis*:

É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um ponto de partida. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um *principium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra.

Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz no sistema da *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo, moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, que resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do Direito²¹⁶.

Assim, no transcorrer do texto, uma decisão judicial, segundo a perspectiva do sistema *common law*, ostenta os fatos narrados ou visualizados pelo juiz e os princípios de direito aplicados ao fato. O julgamento é baseado na combinação destes dois elementos, e o que realmente vincula são os princípios do direito aplicados ao fato e não a decisão de desfecho do processo. A decisão em si interessa somente à parte que participou do processo; já os princípios de direito aplicáveis a determinados fatos interessam a toda a sociedade, porquanto representam a interpretação adotada sobre aquela situação, vinculando conseqüentemente o juiz para todos os casos idênticos posteriores.

²¹⁶ RE, Edward D. *Stare decisis*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 327, p.48, jul./set. 1994.

Nesse sentido, a decisão judicial nesse sistema possui duas funções, conforme registra em obra de Guido Fernando Silva Soares:

1) Decide o caso *sub judice* e faz coisa julgada (*res judicata* é a expressão corrente nos EUA), dizendo os doutrinadores do EUA que assim se cria o direito, como o legislador, porém limitado às questões em controvérsia e às partes; neste particular, nada de diferente existe quanto ao sistema romano-germânico, salvo no que diz ao poder de “criação” de direito por parte do juiz; 2) Tem um efeito além das partes ou da questão resolvida (e aqui reside a tipicidade da *common law*), pois cria o precedente, com força obrigatória para os casos futuros. Na verdade, o precedente não é uma regra abstrata, mas uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual, o conhecimento das razões da decisão é imprescindível; não se pode aplicar um precedente fixado em matéria de motivos para divórcio, por exemplo, à resolução de uma questão que verse sobre contratos ou obrigações alimentícias²¹⁷.

Já no nosso sistema, como forma de fortalecimento da jurisprudência, o importante, além do enunciado da súmula proposta, é a análise dos fatos e das causas que formaram o enunciado. A partir deste contexto será possível sua aplicação, moldando e adaptando o princípio extraído das decisões ao caso concreto a ser analisado. O que deve ser seguido é a regra jurídica constante da fundamentação, ou seja, a *ratio decidendi*. Essa deve ser aplicada a um caso similar ou análogo. Somente após a comparação e a verificação, o enunciado da súmula deve ser seguido se a causa de pedir objeto do estudo for similar às causas de pedir dos julgamentos que embasaram o enunciado.

Verifica-se, desta forma, que, na formação da súmula de jurisprudência dominante não há uma única decisão, mas várias decisões, ou seja, pressupõe-se a existência de mais de um julgado no sentido de uma determinada tese jurídica. Assim, quando a justificação de um ponto da decisão se reduz à invocação de uma máxima (como ocorre na Itália) ou de uma súmula, falta conexão lógica entre a decisão e os critérios que embasaram a súmula referida.

Observe-se que tal conclusão vai de encontro à finalidade primeira da súmula, prevista originalmente no regimento interno do STF (artigo 102, parágrafo 4º) que seria a de dispensar a referência a outros julgados no mesmo sentido, bastando o profissional invocá-lo pelo número correspondente.

Se de um lado, no sistema da *common law* o dispositivo do julgamento não vincula, o que vincula é a *ratio decidendi*, de outro lado no sistema do *civil law*, por meio de uma aproximação que deve ser feita desses dois sistemas, o enunciado da súmula deveria ser seguido somente se houvesse a constatação de que as causas de pedir das decisões que embasaram o enunciado fossem similares ou análogas ao caso concreto a ser analisado. O que importa nessa análise não é o dispositivo do julgamento e nem o

²¹⁷ SILVA, Guido Fernando. *Common law*: introdução ao direito nos EUA. 2 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 40.

enunciado extraído da súmula, e, sim, uma análise comparativa dos fatos e da causa de pedir.

Com efeito, o enunciado da súmula representa a condensação da jurisprudência dominante acerca de um determinado tema em um enunciado sintético e, por tal razão, não pode dela se desprender para adquirir autonomia. Ela vai ser a síntese da *ratio decidendi* empregada no julgamento das decisões judiciais e, para servir de critério de uniformização da jurisprudência, imperiosa se faz a referência aos julgamentos que serviram de base para a formulação da súmula com o objetivo de compreender o seu sentido.

Somente a partir da comparação, da verificação se as causas de pedir são similares ou não é que será possível aplicar o método chamado *distinguishing* ou, então, mudar a orientação anteriormente definida (*overruling*).

Isso porque as decisões judiciais que embasaram as súmulas não devem ser aplicadas automaticamente; devem ser examinados cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito. Deve-se analisar se a regra deduzida constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*. E ainda, se as questões apresentadas no caso anterior foram efetivamente consideradas e decididas.

Tal análise é de fundamental importância, eis que uma questão que não tenha sido suscitada ou apresentada perante a Corte ou que não tenha sido levada em consideração na hora do julgamento, ainda que estivesse logicamente presente no caso e possa ter sido abordada, não poderá servir de fundamento para a aplicação do precedente, se não for devidamente enfrentada e decidida.

Isso porque é na *ratio decidendi* que surgirá a confiança do particular na continuidade de um dado modo de decidir. Nas sessões de julgamento, é comum que um Desembargador exteriorize suas reflexões sobre uma determinada matéria em seu voto vencido. É comum, ainda, que essas ideias sejam transcritas no processo e que as partes a elas tenham acesso.

Elas, contudo, são ideias, manifestações judiciais que possuem relevância secundária para o julgamento e que poderiam até mesmo não estar nele inseridas.

A razão dessa máxima me parece óbvia já que a questão efetivamente decidida foi cuidadosamente investigada e considerada em toda a sua extensão. Assim pode acontecer que alguns pontos importantes permaneçam obscuros simplesmente porque não foram questionados ou suscitados durante o julgamento.

Dentro do nosso sistema jurídico, apresenta-se plausível a indicação de fundamentos que possam justificar a mudança de entendimento do Tribunal Superior, pela apresentação de argumentos que não foram apreciados anteriormente, apresentando assim uma válvula de escape para a possibilidade de se reanalisar a matéria já apreciada.

Apesar do fundamento supracitado, contudo, corre-se o risco de o Supremo adotar a teoria dos poderes implícitos, que enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que a ele foram atribuídos. Ademais já há entendimento neste sentido, *in verbis*:

A reclamação, tal como prevista no art. 102, I, “I”, da Constituição, e regulada nos artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90, e nos artigos 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, constitui ação de rito essencialmente célere, cuja estrutura procedimental, bastante singela, coincide com o processo do mandado de segurança e de outras ações constitucionais de rito abreviado. A adoção de uma forma de procedimento sumário especial para a reclamação tem como razão a própria natureza desse tipo de ação constitucional, destinada à salvaguarda da competência e da autoridade das decisões do Tribunal, assim como da ordem constitucional como um todo. Desde o seu advento, fruto de criação jurisprudencial, a reclamação tem-se firmado como importante mecanismo de tutela da ordem constitucional. Como é sabido, a reclamação, para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões, é fruto de criação pretoriana. Afirmava-se que ela decorreria da idéia dos implied powers deferidos ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua constituição inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos. Em 1957, aprovou-se a incorporação da Reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1967, que autorizou o STF a estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos, acabou por legitimar definitivamente o instituto da reclamação, agora fundamentada em dispositivo constitucional²¹⁸.

Isso porque, em âmbito nacional, a Teoria dos Poderes implícitos ou *Inherent Powers*²¹⁹ tem sido utilizada como método de hermenêutica constitucional, ou conforme citado pela Egrégia Corte Constitucional, em voto de lavra da Exma. Ministra Ellen Gracie, como “princípio basilar da hermenêutica constitucional”²²⁰, sendo constantemente citada pela doutrina.

Em outros termos, seria admitida a interpretação extensiva destinada a corrigir uma formulação estreita demais, isto é, os argumentos possíveis e plausíveis estariam implícitos no julgamento do precedente uniformizador de jurisprudência.

²¹⁸ Informativo nº 496, de 25 a 29 de fevereiro de 2008. RCL 5470.

²¹⁹ 24USLEGAL DEFINITIONS. *Inherent Powers (Constitution) Law & Legal Definition*. Disponível em <<http://definitions.uslegal.com/i/inherent-powers-constitution/>>, Acesso em 05 de agosto de 2011.

²²⁰ HC 91661 – PE, julgado em 10 de março de 2009.

Ressalte-se, contudo, que o juiz sempre terá a liberdade de não se adequar ao entendimento expressado pelos tribunais superiores, mas estará obrigado a expressar as razões para o não seguimento da orientação interpretativa rechaçada.

7.5 A questão da necessidade da aplicação da jurisprudência no tempo

Um ponto interessante é saber, no sistema do *civil law*, qual a eficácia da decisão que altera a jurisprudência dominante, seja ela realizada em um processo de superação da decisão uniformizadora de jurisprudência, seja ela realizada como evolução natural do pensamento do tribunal (ex: mudança de entendimento do tribunal em um determinado tema). Questiona-se se a referida decisão possui efeitos *ex tunc*, ou seja, atinge os fatos ocorridos anteriormente à mencionada mudança ou, ao contrário, possui eficácia *ex nunc*?

Tal resposta aparece fundamental, ao analisarmos as questões relacionadas ao fortalecimento da jurisprudência, eis que se uma orientação jurisprudencial tiver de ser alterada, os atos praticados com base no posicionamento antigo não deverão ser desfeitos com base nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.

Sobre este ponto, eis a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Deveras, ao lume de princípios jurídicos fundamentais seria teratológico, em tais casos, que situações constituídas à sombra de entendimento firmado do Supremo Tribunal Federal e logicamente confirmadas por numerosas decisões dos Tribunais em geral pudessem ser, depois, afetadas pelo fato deste, anos mais tarde, sem a ocorrência de fato novo, vir a modificar sua intelecção sobre a tese jurídica que dantes merecera seu agasalho. Não apenas o princípio da segurança jurídica, como visto, mas também os princípios da lealdade e da boa-fé e da confiança legítima se oporiam e de modo mais cabal possível a que uma mudança de orientação do Poder Judiciário na matéria viesse a ter tão gravosos efeitos²²¹.

Neste ponto, a segurança jurídica, nos dizeres de Roque Antonio Carraza, apresenta-se como um dos pilares do nosso Direito, exigindo que os atos administrativos em geral, as leis e também a jurisprudência tenham o timbre da irretroatividade. Daí o referido autor referir-se à irretroatividade do Direito e não apenas das leis²²².

Observe-se que a jurisprudência que se acha consolidada, principalmente nos tribunais superiores, e especialmente quanto aos entendimentos consolidados em verbetes

²²¹ MELO, Celso Antonio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 335, 2007.

²²² CARRAZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: NERY JR., Nelson; CARRAZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio (coords). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007. p. 45-46.

publicamente divulgados, cria expectativas, produz confiança e induz a comportamentos dos jurisdicionados.

Estes agem de acordo com o entendimento dominante e, sendo assim, não é possível, em virtude de uma mudança de posicionamento dominante, desprezar impunemente a expectativa legítima criada na sociedade e desconsiderar a confiança produzida, eis que assim acontecendo fica comprometida a autoridade dos Tribunais e a credibilidade das respectivas decisões judiciais que, em última análise, servem como guia seguro para o comportamento dos indivíduos que ingressam em juízo.

Cabe assim ao Tribunal, com base no princípio da razoabilidade, modular os efeitos da decisão que altera um posicionamento consolidado da Corte, já que, provavelmente, os jurisdicionados, confiando na informação obtida pelos operadores do direito, podem realizar determinado negócio jurídico com base no posicionamento dominante que venha posteriormente a ser alterado.

Além do princípio da segurança jurídica, o princípio da confiança deve ter como uma das suas consequências possibilitar que a expectativa legítima do jurisdicionado seja respeitada mediante a aplicação da jurisprudência dominante antiga e mais benéfica para o jurisdicionado. A nova jurisprudência dominante apenas deverá incidir sobre os fatos ocorridos após o seu conhecimento por parte de toda a sociedade jurídica²²³.

Tal posicionamento evita que se frustrem expectativas do indivíduo em virtude do fato de o Poder Judiciário poder impactar negativamente as expectativas do jurisdicionado em razão da mudança da jurisprudência dominante, seja em virtude da mudança da realidade social, seja em virtude de uma interpretação equivocada de uma lei.

²²³ O STF ao julgar Recurso Extraordinário n. 594.350, Rio Grande do Sul, Informativo de Jurisprudência n. 591, o Min. Celso Mello, relator, analisando a questão da coisa julgada inconstitucional, realçou a importância dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como se confere: “O que se revela incontroverso, nesse contexto, é que a exigência de segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnada de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922, Relator p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, situações consolidadas e protegidas pelo fenômeno da *res judicata*. Importante referir, no ponto, em face de sua extrema pertinência, a aguda observação de CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1998. p. 250: “Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexada com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.” Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante “qualquer acto” de “qualquer poder” – legislativo, executivo e judicial.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo591.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

Sobre o tema veja as palavras de Valter Shuenquener de Araujo:

Os pronunciamentos judiciais possuem basicamente duas funções primordiais: a de decidir o conflito apresentado e a de servir de parâmetro para os comportamentos futuros da sociedade e do próprio tribunal. Quando a confiança de um particular é depositada na jurisprudência, ele não deve arcar sozinho com todas as consequências oriundas de uma nova compreensão judicial que conclui ser equivocada a visão anterior. A opção judicial pela superação de uma jurisprudência é medida séria e deve respeitar as expectativas de particulares. Ainda que uma orientação jurisprudencial não seja oriunda da mais elevada instância, ela poderá ser suficiente para justificar a proteção da confiança. Isso deverá ocorrer, por exemplo, se ela legitimar a prática de atos irreversíveis pelos jurisdicionados ou se perdurar por demasiado tempo capaz de originar uma ideia de que não mais sofrerá qualquer alteração. É a mudança da forma como o Judiciário passa a compreender um mesmo problema, e não a extensão dos poderes interpretativos de um magistrado, que autorizam a proteção das expectativas legítimas depositadas numa orientação antiga. Dessa forma, uma mudança na jurisprudência que seja desfavorável a um particular não deve ter efeitos em relação a fatos a ela anteriores, mesmo que eles ainda estejam pendentes de um julgamento definitivo²²⁴.

Afastar a ideia do caráter retroativo da jurisprudência também é justificável no direito brasileiro, como forma de preservar a uniformização da jurisprudência passada.

A Constituição, segundo a lição clássica de Hans Kelsen, é a norma fundamental que empresta validade a todas as demais normas de um sistema jurídico. Em virtude de tal fato, a incompatibilidade de uma norma qualquer com o texto magno faz desaparecer o fundamento que permite que ela exista validamente em um dado ordenamento legal. Fala-se, nesse contexto, em supremacia das normas constitucionais, sobretudo em se tratando de constituição escrita e rígida como a nossa²²⁵.

Existem assim mecanismos de defesa destinados a salvaguardar a supremacia da constituição, mediante a neutralização das normas incompatíveis com o texto constitucional. Há, nesses casos, o controle constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, como por qualquer outro órgão judicante, ou seja, no primeiro caso, tem-se o controle concentrado de constitucionalidade e, no segundo, o incidental ou difuso.

No controle difuso de constitucionalidade, a nulidade, como regra, é reconhecida retroativamente e, no controle concentrado, também se declara a nulidade do ato normativo, em regra com eficácia *ex tunc*, podendo, contudo, reconhecer que a inconstitucionalidade opere *ex nunc* ou *pro futuro*.

Observe-se que a inconstitucionalidade pode ser arguida a qualquer tempo, não sendo difícil imaginar que a adoção sistemática da sanção de nulidade pode acarretar

²²⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da Confiança* – uma norma forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009. p. 247.

²²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed., Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 280.

graves transtornos às relações sociais, visto que a própria certeza do direito existente, até então, poderia ser colocada em xeque.

A modulação dos efeitos temporais da decisão surge como precioso instrumento que permite temperar o princípio da supremacia constitucional com outros valores relevantes como o da segurança jurídica, confiança legítima e preservação da estabilidade e previsibilidade estabelecidas pela jurisprudência, até então, pacificada.

Com efeito, deve merecer interpretação ampla a regra da preservação dos fatos consumados nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, por ser elemento essencial à própria ideia do direito e garantia fundamental estabelecida em favor de todos.

As exceções a sua aplicação recebem tratamento restritivo, sendo possível afirmar, em consequência, a proibição de que a Constituição atente a situações consolidadas praticadas quer por norma legal, quer por reversão da jurisprudência²²⁶.

Deve ser citado de exemplo de proibição, expressa no ordenamento jurídico vigente, de aplicação retroativa de nova interpretação jurisprudencial, o previsto no inciso XIII, do parágrafo único, do artigo 2º,²²⁷ da Lei nº 9.784/99 e o artigo 146²²⁸ do CTN.

Não devemos esquecer, ainda, que os artigos 27²²⁹ da Lei nº 9.868/99 e 11²³⁰ da Lei n. 9.882/99 permitem que o Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade de ato normativo, module os efeitos da sua decisão no tempo, atribuindo-lhe eficácia de acordo com a repercussão política e social da decisão a ser proferida.

²²⁶ MALLETT, Estevão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 153, ano 32, v. 153, p. 76-77, nov. 2007.

²²⁷ “Art. 2º da Lei n. 9.784/99. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...) XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação.” (grifei).

²²⁸ “Art. 146 CTN. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quando o fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”

²²⁹ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

²³⁰ “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

No mesmo sentido, o legislador pátrio, ao dispor sobre a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, previu, de forma expressa, no artigo 4º da Lei nº 11.417/2006 a possibilidade de modulação de seus efeitos²³¹.

Um exemplo é a ação direta de inconstitucionalidade nº 4029 que questionava o rito pelo qual foi aprovada a medida provisória que se transformou na Lei nº 11.516/2007, que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), e pedia a declaração da sua inconstitucionalidade.

O STF decidiu que a tramitação das novas medidas provisórias no Congresso terá de seguir o rito previsto na Constituição, ou seja, as novas medidas provisórias que vierem a ser encaminhadas pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional terão que observar o rito previsto no artigo 62, § 9º²³². De acordo com o referido dispositivo, as medidas provisórias deverão ser obrigatoriamente apreciadas por uma comissão integrada por deputados e senadores.

A decisão do Supremo não alcançou as MPs já convertidas em lei e as que estavam em tramitação no Legislativo até a data do pronunciamento do STF, ou seja, o que houve para trás precisava de uma solução, pelo fato de estar-se diante de centenas de leis que precisavam ter uma proteção legal para a estabilidade jurídica do sistema brasileiro.

De fato, muitas dessas MPs que foram convertidas em lei constituem marcos regulatórios importantíssimos sobre os quais se baseia a economia, e o Supremo levou em conta a criação de uma situação de insegurança jurídica que se instalaria no país com a declaração de inconstitucionalidade das referidas leis. Utilizou-se da prerrogativa do artigo 27 da lei federal nº 9.869/99, que permite ao STF a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Ora, se há a possibilidade da modulação dos efeitos nas decisões proferidas nos processos de índole objetiva, também se aplicam, *mutatis mutandis*, aos processos de natureza subjetiva. Nesse sentido, sobressai o *leading case* decidido, em 06.06.2002 no RE 197.917-8/SP, cujo relator foi o Ministro Maurício Corrêa.

Assim, se a alteração jurisprudencial nos processos de índole subjetiva ocorrer principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça e

²³¹ Artigo 4º da Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006: “A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) do seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.”

²³² O julgamento foi realizado no dia 08 de março de 2012.

tiver o condão de afetar a estabilidade das relações jurídicas formadas e construídas sob a égide de um velho posicionamento, apresenta-se perfeitamente possível que o tribunal adote o entendimento já consolidado para o caso concreto, bem como para aqueles pendentes de julgamento que se relacionem a fatos pretéritos.

Deverá anunciar, contudo, para as situações vindouras a mudança paradigmática. Tudo isso para respeitar as legítimas expectativas que o posicionamento reiterado do tribunal haja incutido no espírito dos jurisdicionados²³³.

A verdade é que se a matéria for afetada ao plenário do Supremo Tribunal Federal ou à Corte Especial ou Seções do Superior Tribunal de Justiça, a decisão resultante na prática surtirá efeitos *erga omnes*, afetando os demais processos com situações fáticas idênticas pendentes de decisão nas diversas instâncias.

Trata-se, em última análise, nada mais que uma espécie de modulação dos efeitos da decisão judicial, onde há a chamada técnica da sinalização/aviso que foi desenvolvida pelos tribunais americanos como forma de refinamento da técnica do *prospective overruling* (superação com eficácia *ex nunc*)²³⁴.

Seguindo este entendimento, recentemente foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal a medida cautelar na Reclamação 11.476/Ceará, relator Ministro Luiz Fux, proposta pela União Federal contra a decisão do plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª região, no julgamento da ação rescisória nº 2008.05.00.060637-7, que julgou procedente, em parte, a referida ação, proposta pela reclamante, reconhecendo como devida a revogação da isenção concedida pela Lei Complementar n. 70/91, determinando, todavia, que o recolhimento da referida contribuição somente deveria ser efetuada a partir daquele julgamento²³⁵.

O Ministro Luiz Fux conclui que, se a modulação de efeitos pode ocorrer também no controle incidental de constitucionalidade, e se essa espécie de controle é da competência de qualquer órgão jurisdicional brasileiro, a decisão do tribunal regional federal que determina que seu julgado tenha efeitos prospectivos não usurpa nenhuma competência privativa do Supremo Tribunal Federal.

²³³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed., Salvador: *Juspodivm*, 2009. v. 2. p. 405.

²³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op.cit.* p.405.

²³⁵ Vide a ementa do acórdão: "Reclamação. Alegação de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para realizar modulação de efeitos de julgados, bem como de ofensa ao decidido na ADI Nº 4.071-Agr. Argumentos Improcedentes. Modulação de efeitos como corolário do princípio da proporcionalidade. Competência de qualquer Órgão Jurisdicional para proceder ao controle incidental de Constitucionalidade. Boa-fé do particular amparado por decisão judicial transitada em julgado como fator não considerado pelo STF. Liminar indeferida."

Verifica-se que à míngua de previsão legal, a jurisprudência acena com a possibilidade de modular os efeitos de decisões judiciais também no controle incidental ou por via de exceção.

Observa-se que a referida modulação é uma forma de fortalecimento da jurisprudência, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a importância da sua aplicação em suas recentes decisões.

Em tramitação, o projeto do Código de Processo Civil prevê a modulação da jurisprudência, ao enunciar que os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, sendo que 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.

E mais, a mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas como se observa no artigo 847, inciso V e parágrafo 1º do projeto, *in verbis*:

Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

(...)

V – na hipótese de alteração da 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.

§ 1º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria. (...).

7.6 Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em cotejo à formação da uniformização da jurisprudência

O novo Código de Processo Civil inova com a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas²³⁶, que é um novo instrumento processual que visa à

²³⁶ Colaciono o capítulo VII do projeto de lei originário nº 166 do Senado Federal que trata do incidente de resolução de demandas repetitivas:

“Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

uniformização da jurisprudência onde há a suspensão “imprópria” de todos os processos em curso com vistas à produção de uma única decisão judicial passível de ter sua *ratio decidendi* estendida aos demais em casos análogos. Ou seja, adota-se o melhor entendimento a ser seguido para a resolução de certos conflitos que são reiteradamente deduzidos em juízo, abrindo-se um caminho mais célere para a obtenção de uma solução.

II - pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§ 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

Art. 896. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

Art. 897. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.

Art. 898. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

§ 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.

§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.

Art. 899. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição.

Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.

Art. 900. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.

Parágrafo único. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no *caput*.

Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

Art. 902. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§ 1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§ 2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.

Art. 903. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito

Art. 904. O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 1º Superado o prazo previsto no *caput*, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 900.

Art. 905. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput*, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.

Art. 906. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação serão regulados pelo regimento interno do respectivo tribunal”.

A causa eleita como representativa da controvérsia da questão de direito será desde logo julgada pelo tribunal, e o julgamento das demais causas dependerá de que o Tribunal se manifeste sobre a questão de direito controvertida. E daí falar o projeto em suspensão, eis que, se a apreciação do próprio mérito da causa estiver na dependência da fixação da tese jurídica geral, o juiz perante o qual tramita a demanda nada poderá fazer a não ser aguardar.

Neste ponto, deve-se compreender que, na pendência do incidente os processos judiciais individuais somente são suspensos se o desenvolvimento processual individual depender da prática do ato do tribunal. Explico: se no processo houver questões que ultrapassem o objeto do incidente, como por exemplo a cumulação de pedidos absolutamente autônomos entre si, nada impede que o juiz natural profira decisão parcial a respeito do mérito da causa. A referida decisão poderá ser impugnada e em nada tumultuará o desenvolvimento posterior do processo em primeiro grau e conseqüentemente.

O referido instituto é mais um representante da linha de pensamento que atribui cada vez mais força ao entendimento dos tribunais, impondo uma duração razoável do processo e, ao mesmo tempo, consagrando a promessa calcada no princípio da isonomia em que causas com idênticas questões jurídicas devem ter soluções judiciais iguais e, conseqüentemente, consagra um mecanismo de formação e fortalecimento da jurisprudência.

Obtém-se uma solução expedita para as controvérsias potencialmente repetitivas, mas, ao mesmo tempo, permite-se a possibilidade de participação dos envolvidos e demais interessados na qualidade de *amicus curiae*, consoante expressa autorização do art. 901, do projeto do Código Processual Civil. O *amicus curiae* simboliza a possibilidade de intervenção de terceiros antes da formação do precedente, refletindo a tentativa de se conferir maior grau de legitimidade às decisões judiciais. Isto é, permite a participação do maior número possível de interessados no julgamento da demanda paradigma, afastando o argumento da violação do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Por meio da atuação indispensável do *amicus curiae* é atendida a exigência democrática participativa no processo, pois, à vista da extensão social do litígio não seria mesmo possível que todos os interessados estivessem lado a lado no processo.

O projeto prevê vários meios para que uma imensa discussão se trave no procedimento do incidente, em prol da adoção da melhor interpretação possível para a questão jurídica controvertida, independentemente de quem tenha dado causa à sua instauração.

Como resultado, há uma eficácia vinculativa do decidido pelo Tribunal em relação a todos os juízes de grau inferior, também chamada de eficácia vertical do precedente, segundo informa Fredie Didier Jr.²³⁷, já que o projeto é explícito em dizer que, contra as decisões judiciais que não observarem o entendimento sufragado no precedente, caberá reclamação para o Tribunal competente.

Privilegia-se assim o fenômeno que alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Tal fato ocorre pela existência no aparelho estatal de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter de enfrentar questões de direito iguais e, portanto, enunciar teses jurídicas diversas em idêntica matéria. Surge aí a possibilidade de que, em um mesmo instante histórico, sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, as quais possam justificar a discrepância de entendimentos diversos a respeito da mesma regra de direito. Compromete-se assim a unidade do direito, semeando entre os membros da comunidade o descrédito quanto à efetividade da garantia jurisdicional²³⁸.

Na verdade, há uma interpenetração dos sistemas romano-germânico e anglo-saxão, o que consubstancia a técnica de aprimoramento da aplicação isonômica do direito; e por isso, que para “casos iguais”, “soluções iguais”. Este é o intuito deste instrumento processual, trazido no novo código de processo civil.

A necessidade de respeito à jurisprudência dominante torna-se cada vez mais imperiosa, principalmente para que se evite aquilo que se chama de “jurisprudência lotérica”, ou seja, a dependência do resultado do julgamento a partir do órgão que vai julgá-lo.

Assim, pensando-se em uma reforma processual, deve-se ter como objetivo a ser perseguido, além da celeridade processual e eficiência dos atos jurisdicionais, principalmente a uniformização da jurisprudência. A necessidade da formação de uma só pauta de conduta para o jurisdicionado por meio da uniformização da jurisprudência,

²³⁷ DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4 ed., Salvador: Juspodivm, 2009. V II, p.385.

²³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, p. 4/5.

deve ser o objetivo almejado nas reformas processuais que têm por finalidade aplicar a jurisprudência dominante com o condão de uniformizar a jurisprudência.

Deve-se privilegiar a estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais, como bem ressalta Marco Antônio da Costa Sabino:

Estabilidade e previsibilidade são dois dos pilares de qualquer ordenamento jurídico que se quer pretender respeitado, e ninguém elabora um intrincado modelo normativo, com uma série de regras que determinam tantas situações quantas passíveis de serem verificadas na sociedade, consolidado ao longo dos séculos, para que ele não seja obedecido. Um direito instável e imprevisível não gera a segurança jurídica que razoavelmente dele se pode esperar. Instabilidade e imprevisibilidade resultam em nervosismo, ao revés de pacificação social. É correto afirmar-se, então, que é melhor não haver direito a possuir um direito sujeito a toda e qualquer ingerência externa e parcela de interesses pessoais, celeiro de desigualdade, insegurança e controvérsias²³⁹.

O que não se pode conceber atualmente é o exemplo hipotético da situação de dois jurisdicionados, que levaram ao Judiciário um problema semelhante, ou seja, levaram um problema com elementos que os identificam como semelhantes, e, como em uma loteria, um ganha e o outro perde, não porque o direito de ambos era diferente, mas porque na distribuição um deu mais sorte do que o outro.

Em outras palavras, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado.

Deve-se evitar que situações análogas não recebam o mesmo tratamento igualitário pelos tribunais, principalmente se considerarmos que um dos princípios fundamentais do Estado Democrático é a igualdade de todos (art. 5º da Constituição Federal)²⁴⁰.

Não resta a menor dúvida de que em tais casos, a discrepância de julgamentos sobre matéria idêntica é muito mais prejudicial do que no plano da jurisdição singular. Com efeito, no universo coletivo, o dissenso pretoriano provoca uma sequência de efeitos perversos, quais sejam, desprestigia o Judiciário, gera instabilidade social, acarreta situações de injustiça às partes, importando, no fim, numa verdadeira negação do Direito²⁴¹.

²³⁹ SABINO, Marco Antonio da Costa. O precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 85, p. 59, abr. de 2010.

²⁴⁰ Para KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. 2. ed., Coimbra: Armenio Amado, 1979. p 73, a igualdade é uma consequência lógica da generalidade da norma. Ele mesmo realça que “O caráter de uma norma que prescreve que, dado um determinado pressuposto, deve verificar-se uma determinada consequência, consiste – como já foi anotado – no fato de esta norma, de acordo com a sua própria intenção, deve ser aplicada, não apenas em um único caso, mas num numero de casos indeterminado. O seu sentido é: sempre que se apresente o pressuposto por ela fixado, deve sempre, também, verificar-se a consequência por ela estabelecida.”

²⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.137. O referido autor cita o posicionamento da Ministra Ellen Gracie Norfleet, do STF: “Alinho-me entre os que acreditam que a maior parte das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas

O projeto prevê que os tribunais zelarão pela uniformização e estabilidade da jurisprudência, devendo ser observado que a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados e que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia (inc. III e IV do art. 849 do projeto²⁴²).

O projeto também prevê que será admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em questão de direito e de causar grave insegurança jurídica decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

Ressalte-se que a controvérsia pode ser uma questão em potencial, ou seja, é preciso vislumbrar, naquela questão jurídica que se apresenta ao Judiciário por meio de uma ou mais demandas, o potencial de vir a ser reproduzida com causa de pedir em diversas outras ações. O projeto menciona o risco de multiplicação de ações fundadas em idêntica questão jurídica. O incidente poderá ser suscitado em processo em que se vislumbre a possibilidade de prováveis ajuizamentos de ações idênticas, impedindo assim o abarrotamento do Judiciário, já que uma vez decidida a questão, impedirá de plano o ajuizamento de novas demandas.

E mais, tal multiplicação de processos deverá decorrer do risco de prolação de decisões divergentes, o que visa a impedir o descrédito decorrente da prolação de decisões antagônicas para pessoas que deveriam receber o mesmo tratamento. Deve-se, contudo, atentar ao fato da instalação do incidente em caráter preventivo.

Com efeito, a regra atual é que as causas repetitivas surgem por todo Brasil e, em consequência, são prolatadas milhares de decisões judiciais. Em decorrência do próprio ordenamento jurídico, as referidas causas são submetidas aos tribunais e, por fim, aos

repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a lide jurídica é sempre a mesma. São causas que se contam aos milhares em todo o país e que dizem respeito a matérias exaustivamente discutidas e de há muito pacificadas pela jurisprudência. Como exemplo, as devoluções de empréstimos compulsórios, as causas em que se busca a correção monetária dos salários de contribuição, para efeito de cálculo das aposentadorias, aquelas em que os depositantes reivindicam a aplicação de índices expurgados ao cálculo de seus saldos em cadernetas de poupança, entre inúmeras outras.

²⁴² Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: (...) III- a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV- a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia; (...)

tribunais superiores, digo, STF e STJ. Estes, situados no vértice da pirâmide, formarão a melhor solução, fruto de um debate amadurecido.

O projeto de código de processo civil, entretanto, possibilita que o juiz selecione uma causa que tenha potencial para se tornar repetitivo e suscite o incidente, e o tribunal vai proferir uma decisão sobre a questão de direito, que vinculará os órgãos fracionários e os juízes inferiores daquele tribunal sem prévio amadurecimento do debate.

Basta uma só ação para que o incidente seja instaurado, desde que se perceba nele o potencial multiplicador de controvérsias. Na ação eleita como paradigma concentrar-se-á a discussão a respeito da matéria de direito controvertida em diversos processos, já instaurados ou com viabilidade de ser formarem, permitindo a apreciação simultânea de idêntica questão de direito, própria a várias ações. Com o julgamento da questão de direito pelo tribunal, cada juiz deverá decidir a demanda suspensa à luz da premissa assentada no incidente. O que vincula é o próprio precedente que foi originado, há assim a projeção vinculativa da *ratio decidendi*.

Parece-me salutar a existência de um incidente de resolução de demandas repetitivas nos tribunais locais, mas não o seu cabimento de forma preventiva, eis que é preciso que se identifique a divergência na prática, é preciso que se verifique se naquele tribunal as causas se tornaram repetitivas e se o tribunal diverge sobre o assunto. Neste caso, parece-nos imprescindível que haja o incidente para tentar eliminar divergências já postas e, para firmar entendimento, é necessário que seja fruto de debates amadurecidos.

Outro ponto que também deve ser objeto de reflexão, é o ponto em que o projeto estabelece a competência para o julgamento desse incidente, que é do pleno, ou do órgão especial onde houver.

O órgão especial do Tribunal do Rio de Janeiro, possui 12 dos seus 25 integrantes que são desembargadores de Câmaras Criminais, sendo que alguns deles nunca atuaram em Câmaras Cíveis, e terão que decidir com força vinculante as questões incidentes em demandas repetitivas não-criminais.

O mais razoável seria que cada tribunal estipula-se dentro do seu regimento interno o órgão competente para a analisar os incidentes de demandas repetitivas de acordo com o órgão competente em razão da especialização da matéria, onde se situam os especialistas.

Importante tal observação porque se as decisões não forem qualitativamente muito boas elas não vão exercer bem a função a elas conferida.

Nesses incidentes, haverá um juízo de admissibilidade por parte do tribunal que analisará a conveniência de se adotar a decisão paradigmática, eis que a questão suscitada pode ser passageira, não necessitando da intervenção do tribunal, para pacificar o conflito deduzido em juízo.

O intuito que se verifica no incidente é o de que alguma ou algumas ações que venham a ser selecionadas sejam suficientes para que o Tribunal conheça da discussão pertinente a milhares de outras, judicializando o conflito por intermédio de uma ação modelo. A decisão do tribunal terá eficácia externa no tocante à razão de decidir da questão de direito controvertida e é, nesse sentido, que se pode vislumbrar o incidente como um mecanismo formador e uniformizador da jurisprudência.

As ações sobrestadas mantêm a sua autonomia procedimental, sendo certo que a apreciação que o órgão *ad quem* faz da questão de direito atinge esses processos sobrestados. Há, na verdade, uma repercussão da questão jurídica tratada na ação paradigmática em relação aos demais processos sobrestados. Assim o entendimento de que o tribunal venha a fixar a respeito da questão de direito haverá de ser seguido por todos os juízes a ele vinculados.

Para as ações sobrestadas, a decisão do incidente não representará decisão da própria lide, mas apenas da questão de direito que é a todas comum. O juiz natural da causa deverá, com base na resolução da questão de direito realizada pelo tribunal, proceder ao exame do mérito.

O referido incidente poderá ser suscitado não apenas de ofício (pelo juiz ou relator), mas também por provocação do Ministério Público, da Defensoria e das partes.

Ressalte-se que uma vez eleita a ação como paradigma, não é possível ao autor desistir da ação. Chega-se a tal conclusão em paralelo da problemática já enfrentada pelo STJ a respeito do procedimento do julgamento por amostragem de recursos repetitivos.

Em relação aos recursos especiais repetitivos, entende o STJ que uma vez eleito como modelo o recurso especial, este constitui em uma amostragem de todos os demais processos em que se discuta a mesma questão jurídica. A questão a ser decidida no julgamento do processo paradigma passa a ser de interesse de todos, já que a resolução da questão jurídica encontrada extravasará os lindes subjetivos da relação processual e afetará os outros sujeitos interessados no julgamento da questão de direito.

O objeto de discussão no incidente, não mais diz respeito apenas àqueles que figuram como partes do processo que o originou, mas a todo o universo de pessoas que se veem envolvidas na discussão jurídica travada.

Isso porque há um procedimento incidental de definição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior, que haverá de ser seguida pelos demais tribunais e repercutirá na análise das demais ações que estarão sobrestadas para julgamento²⁴³.

Enfim, observa-se que a aplicação do referido incidente merece ser amadurecida, mas mostra-se evidente o intuito do legislador de fortalecer a jurisprudência, evitando o caos jurisprudencial que tanto desprestigia o Poder Judiciário.

²⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, José Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual*. 7. ed. Bahia. Jus Podivm, 2009. v.3. p. 323/324.

CONCLUSÃO

1- A importância da jurisprudência surge principalmente em uma sociedade de risco caracterizada pela existência de uma enorme diversidade de interesses, onde cada indivíduo busca resguardar os seus objetivos nas normas jurídicas.

Surgem, assim, leis com pouca densidade normativa, porque diante da multiplicidade dos problemas que podem surgir, a norma necessita de soluções para acompanhar este casuísmo problemático e, por isso, o conteúdo dela necessita ser objeto de concretização.

Quando surgem os litígios, essa concretização é realizada pelo Judiciário que explicita o significado dos comandos abstratos veiculados tanto nas normas constitucionais, como nas infraconstitucionais, através da sua interpretação e aplicação aos casos concretos.

Neste diapasão, os tribunais adquirirem uma importante função de formular respostas para as situações não previstas e de adaptar os antigos diplomas às novas realidades. Retorna-se, gradativamente, o estudo a respeito do papel das decisões judiciais.

Constata-se, ainda, que a população brasileira vivencia cada vez mais a Constituição e estão vivendo-a cotidianamente, isto porque, ela é muito mais do que uma simples folha de papel que contém um texto prescritivo que pretende regular os comportamentos humanos intersubjetivos. Inegável é a sua força normativa.

Contudo, a existência de um Poder Soberano definidor da última palavra da definição na norma é imprescindível para o funcionamento da sociedade, impedindo que cada qual adote a sua própria Constituição e aja conforme a sua vontade.

E para que essa última palavra resulte em precedentes uniformizadores de jurisprudência deve existir um contraditório real e efetivo com a presença do *amicus curiae*.

Neste contexto o papel dos Tribunais Superiores, através do recurso extraordinário e especial, é realçado em virtude da importância da presença nos recursos excepcionais da sua função uniformizadora e paradigmática.

Em outros termos, os tribunais de superposição exercem controle da atividade judicial para que predomine a uniformização interpretativa e, para que na medida do

possível, determinada lei receba a mesma interpretação pelos juízes que lidam com idênticas condições fáticas relevantes os que apresentam. Consequentemente, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça servem de precedentes e em alguns casos firmam jurisprudência (precedentes uniformizadores de jurisprudência) para a orientação da livre convicção dos magistrados

2- A partir de uma nova hermenêutica constitucional, tem-se a premissa de que os princípios inseridos na Constituição Federal de 1988 têm força normativa, e hierarquicamente devem servir de orientação para toda a legislação infraconstitucional.

Consequentemente, constata-se que a Carta passa a ser o centro do sistema jurídico, e a constitucionalização do direito deve ser identificada com a irradiação axiológica dos valores constitucionais para todo o ordenamento vigente, que passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional

Além disso, o chamado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo parte da premissa de que os princípios constitucionais têm força normativa, o que reforça, no direito processual civil, o seu caráter de instrumento para implementação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, deve-se buscar a outorga de concretude aos direitos e garantias fundamentais estabelecidas constitucionalmente.

O processo então não deve ser visto somente como um instrumento na resolução de conflitos, mas deve ser enxergado sob a ótica da efetiva realização dos direitos fundamentais.

A regra infraconstitucional somente será aplicada se mostrar fiel à Constituição, ou seja, o seu sentido haverá de ser definido segundo a conformidade com a Constituição.

Neste diapasão, a aplicação dos princípios da segurança jurídica, da igualdade na aplicação da lei, da proteção da confiança legítima, boa-fé e unidade do ordenamento se entrelaçam para fortalecer a necessidade de uma uniformização de jurisprudência e da utilização de mecanismos tendentes a efetivá-la, através do seguimento das decisões judiciais uniformizadoras de jurisprudência ou das súmulas de jurisprudência dominante, como forma de preservação da coerência do sistema constitucional.

O princípio da segurança jurídica sob o ponto de vista da estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”.

E ao buscar implementar a segurança jurídica, o Direito deverá valer-se de uma série de mecanismos jurídicos, tendentes à sua obtenção em seus mais variados aspectos, tais como estabilidade das relações jurídicas, a previsibilidade das consequências imputadas pelas normas jurídicas aos comportamento e a garantia procedimental da preservação dessa segurança.

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações.

Sob outro ângulo, deve-se possibilitar que uma expectativa legítima seja respeitada mediante a aplicação da jurisprudência anterior e mais benéfica a um fato pendente de julgamento, aplicando-se a nova orientação apenas os fatos ocorridos após o seu conhecimento, aplicando-se assim o princípio da proteção da confiança legítima no âmbito jurisdicional. Em outros termos, o importante é que se reconheça o referido princípio no ordenamento jurídico para proteger as expectativas legítimas dos indivíduos, tanto do administrado como do jurisdicionado, contra mudanças abruptas e frustradoras de expectativas tidas como legítimas.

A tarefa do intérprete, no que concerne à aplicação da lei, não se resume à explicitação do texto da norma, devendo constituir em uma contínua reformulação e adequação do texto legal às novas situações concretas.

E para evitar a ampla variedade de interpretações aplica-se o princípio da igualdade, ou seja, uma vez tocados os conflitos pela dimensão supraindividual, torna-se imprescindível a utilização de mecanismos judiciais de uniformização de jurisprudência para resolução dos diversos casos idênticos de aplicação da lei.

Neste aspecto, apresenta-se como imprescindível a exigência de clareza da fundamentação dos critérios utilizados na decisão judicial, através de um procedimento de exposição de razões que visa dar racionalidade à decisão e garanta a sua transparência.

3- O estudo do precedente mostra-se fundamental em todos os ordenamentos jurídicos na medida em que a sua característica principal e a sua capacidade de influenciar a decisão de casos sucessivos e em consequência garantir a maior segurança jurídica aos ordenamentos jurídicos deixa de ser característica essencial aos países ligados aos sistema da *common law*.

Neste contexto importante é a identificação feita por Michele Taruffo no sentido de que o precedente judicial deve ser concebido como um fenômeno generalizado e aplicado em cada ordenamento jurídico. Observa-se assim que o precedente está infiltrado nos diversos ordenamentos jurídicos em função da combinação de quatro diferentes fatores, ou pela interseção de quatro dimensões, que são a dimensão institucional, objetiva, estrutural e da eficácia do precedente. Cada uma dessas dimensões inclui várias possibilidades, graus e peculiaridades, cada qual (em maior ou menor intensidade) existente em qualquer legislação.

Através dessas dimensões é possível averiguar de que forma está estruturada a doutrina do precedente no nosso ordenamento jurídico através da atribuição da eficácia à *ratio decidendi* de uma decisão judicial.

A referência de uma escala de eficácia do precedente em diversos graus oferece uma reflexão inicial para o exame da sua influência nos ordenamentos de *civil law*, como o brasileiro, e principalmente o seu impacto no âmbito da jurisprudência.

Observa-se da análise dos mecanismos processuais formadores de jurisprudência a relevância no nosso ordenamento jurídico das decisões judiciais dos tribunais superiores, através do instituto da repercussão geral e do recurso repetitivo. Demonstra-se a necessidade de uniformização da jurisprudência através desses mecanismos em virtude da aplicação dos princípios constitucionais da segurança jurídica, igualdade, proteção da confiança legítima e principalmente para se manter a coerência e unidade do ordenamento jurídico.

4- O sistema da *common law* é caracterizado pela existência do precedente vinculante, onde não é necessária a repetição de julgados para que surja a eficácia vinculante, sendo certo que somente a *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito extraída e formulada na decisão do precedente é que vincula o julgamento de casos semelhantes futuros.

O precedente judicial desempenha um papel importante na *common law*, equiparado à lei no sistema romano-germânico, sendo que o local propício para a interpretação da lei é o Judiciário através de seus juízes que transformam a norma abstrata em concreta, ou seja, a regra de direito deduzida através de uma decisão judicial será considerada e aplicada na solução de um caso semelhante no futuro.

Contudo nesse sistema existem técnicas que geram a flexibilidade do sistema, isto porque, a utilização dos precedentes vinculantes não poderia prejudicar a evolução do direito. Neste contexto são utilizados dois institutos de extrema relevância para esse sistema que são: o *overruling* e o *distinguishing*.

O *overruling* consiste no mecanismo utilizado para que se reconheça a existência de fundamento para o abandono do precedente anteriormente utilizado, por terem sido alteradas as razões que autorizaram a sua decisão.

O *distinguishing* permite que a regra sobreviva, embora seu sentido se torne menos abrangente. Chega-se à conclusão de que a situação fático-jurídica é distinta da anteriormente decidida. Neste caso a regra do precedente não é abandonada, mas reformulada levando em consideração características do caso específico.

Os referidos institutos permitem que se busquem apreciar todas as situações fáticas envolvidas no caso concreto e no caso de haver diversidade, nova decisão deverá ser formulada, com o estabelecimento de um novo precedente.

De outro giro, verifica-se que há uma vinculação à lei das decisões judiciais no sistema do *civil law*. Contudo, com as necessidades de direito material assumindo contornos variados conforme os casos concretos e se transformando diariamente, tornou-se impossível ao legislador antever todas essas necessidades. Em virtude disto, realça-se neste sistema a necessidade do emprego de algumas técnicas na redação da lei, consistentes na inclusão de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos, que permitem que o direito neutralize a complexidade do caso concreto trazido ao Judiciário.

Em outras palavras, fica o juiz investido do poder-dever de, mediante argumentação expressa, preencher os referidos conceitos e conseqüentemente adaptar a norma à realidade, realçando a importância do estudo do papel da decisão judicial no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Constata-se assim que o dissídio jurisprudencial incontrolado, também não é desejado e por isso há uma preocupação com a necessidade de uniformização da jurisprudência.

No sistema da *common law* o objetivo é mais facilmente alcançável tendo em vista a vinculação aos precedentes que possibilitam tal uniformização. Uma vez fixada a regra, esta deve ser observada nos casos subsequentes até que ocorra a alteração da regra através das técnicas de *distinguishing* e *overruling*.

Entretanto, os países que adotam o sistema do *civil law* também almejam alcançar uma segurança jurídica nas relações jurídicas, bem como uma previsibilidade de conduta dos jurisdicionados.

O Poder Judiciário brasileiro em algumas ocasiões utilizou os institutos mencionados, sem, contudo realçar as preocupações enfrentadas no sistema da *common law*. Contudo, a ideia central desses institutos apresenta-se compatível com a sua introdução no sistema do *civil law*, mais especificamente com o nosso ordenamento jurídico.

5- Em virtude da transformação e do intercâmbio dos diversos ordenamentos jurídicos verifica-se a importância do estudo do papel da jurisprudência no direito positivo brasileiro, tendo que vista que atualmente a decisão judicial assume enorme relevância na definição do conceito de jurisprudência.

No sistema jurídico do *civil law*, em princípio, a interpretação não deveria acrescentar nada à lei, buscando apenas o seu verdadeiro sentido, através dos métodos hermenêuticos.

Qualquer problema de interpretação em regra é resolvido através do formalismo de uma dedução lógica do sistema para o caso concreto. O julgador se transforma em um mero autômato do silogismo judicial.

Contudo, ao conformar o pensamento do legislador contido na norma à condição da estrutura mental do juiz, este acrescenta elementos novos àquela mediante um processo de deformação do pensamento original do legislador, em que não há como eliminar uma margem subjetiva na função interpretativa exercida pelo ser humano.

Assim, ao interpretar a norma o juiz deve fazer escolhas, ainda que inconscientemente e, conseqüentemente, acrescentar alguma coisa ao texto que está sendo interpretado, sendo certo que essa criatividade não viola, a princípio, a divisão dos poderes porque o nosso sistema apenas visa conciliar a vida social e as exigências da forma.

Isto porque o legislador, por não estar em contato com os conflitos judiciais que se manifestam concretamente nos tribunais, não possui a rapidez exigida nas sociedades contemporâneas para responder com sucesso às constantes e bruscas mudanças do cotidiano.

Conclui-se que o reconhecimento do primado da lei no sistema do *civil law* não elimina a necessidade de interpretação, já que o mundo moderno, construído sobre sociedades cada vez mais complexas e especializadas impõe que se reconheça que não pode a atividade judicial limitar-se a repetir as meras palavras da lei. Cabe à atividade judicial a função de adequar a lei ao caso concreto, humanizando o preceito genérico e impessoal.

Em virtude de tal fato, o legislador adota conceitos indeterminados e cláusulas gerais, como forma de transferir para o Poder Judiciário a tarefa de complementação do sentido da norma e sua adequação ao caso concreto.

Consequentemente torna-se evidente que a atividade judiciária não se reduz ao trabalho de subsunção dos fatos à norma de direito, já que o juiz ao adaptar a norma à realidade social atribui uma certa carga de criatividade ao preencher os referidos conceitos indeterminados e cláusulas gerais.

A jurisprudência vem assim assumindo novos contornos, em virtude da crescente importância a atividade judicial realizada pelos tribunais superiores na formação da jurisprudência.

Inúmeros e ilustres autores abordam o tema da jurisprudência considerando a necessidade de reiteração de julgados uniformes, bem como a necessidade de sua formação através de atividade desenvolvida pelos tribunais.

Em outras palavras, para encontrar a definição de jurisprudência há a necessidade de reiteração de julgados que interpretam o direito num certo sentido, sendo considerado como jurisprudência o conjunto de decisões uniformes resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes.

O que se indaga no presente trabalho é a possibilidade de um único precedente servir de norte para o firmamento de uma jurisprudência, e consequentemente ser essa única decisão suficiente para integrar o conceito de jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal bem como o Superior Tribunal de Justiça possuem o papel de buscar a interpretação exata, única e verdadeira da lei com o intuito de uniformizar a jurisprudência acerca de determinada matéria, um em matéria constitucional e o outro em matéria infraconstitucional. Consequentemente os referidos tribunais exercem controle da atividade jurisdicional para que predomine a uniformização interpretativa e, para que na medida do possível, determinada lei receba a mesma interpretação pelos juízes que lidam com idênticas condições fáticas relevantes.

Uma única decisão advinda das referidas cortes, principalmente do pleno como das Seções ou da corte especial, são suficientes para compor o conceito de jurisprudência, isto é, um único julgado é suficiente para assegurar que a interpretação da questão jurídica nele versada será adotada em casos futuros por todos os órgãos jurisdicionais integrando o conceito de jurisprudência.

Neste contexto, as expressões “jurisprudência dominante” e “súmulas” aparecem também como instrumento de revelação da jurisprudência.

Os enunciados das súmulas aparecem primeiramente como elemento valioso de persuasão às decisões judiciais, já que elas refletem a importância da jurisprudência, primeiro em respeito aos princípios da isonomia e da segurança jurídica e segundo em virtude do modo de operatividade do sistema judiciário, eis que os intérpretes naturais das normas constitucionais e infraconstitucionais, são respectivamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Ainda que só haja previsão de vinculatividade em relação aos enunciados das súmulas vinculantes, os demais enunciados devem ser seguidos, mesmo que não haja previsão expressa em virtude da lógica do sistema processual e da aplicação principalmente dos princípios constitucionais da isonomia e segurança jurídica.

O outro instrumento de revelação da jurisprudência e que normalmente vem sendo utilizada pela norma processual é a expressão “jurisprudência dominante”. Contudo a referida expressão é absolutamente fluida e indeterminada, sendo difícil para a parte recorrente e para o próprio relator quantificar a jurisprudência a ponto de saber, com desejável grau de probabilidade de acerto, se se trata ou não de jurisprudência dominante.

Em primeiro lugar, a jurisprudência, conforme já analisado, deve ter um novo enfoque diante do contexto do nosso ordenamento jurídico, onde uma única decisão judicial pode servir de norte para o firmamento de uma jurisprudência, sendo esta por vezes considerada dominante dependendo da autoridade da decisão judicial prolatada.

Uma única decisão pode estabelecer um novo posicionamento a respeito de uma matéria e ser considerada como dominante, não obstante a reiteração de julgados em um determinado sentido.

É o caso das decisões decididas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal onde inexistem outros órgãos com a mesma competência. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça pode-se valer das decisões das Seções Especializadas que são responsáveis pelo julgamento de matérias distintas.

Não existe assim um “mecanismo judicial” para a produção da jurisprudência dominante, e si parâmetros que servem de norte para se consagrar uma jurisprudência como dominante.

O que se conclui é que sendo prolatadas as decisões pelos tribunais superiores, principalmente do pleno, no caso do STF e pelas Seções, no caso do STJ, elas são capazes de fixar uma jurisprudência dominante acerca de uma determinada matéria, não havendo a necessidade de decisões reiteradas sobre um mesmo tema e nem mesmo de existência de um aspecto temporal necessário para a estabilização da jurisprudência a respeito do tema.

6- À medida que a jurisprudência assume novos contornos e importância no ambiente judicial, surgem mecanismos tendentes a propiciar a sua uniformização previstos especialmente no âmbito do Código de Processo Civil.

A necessidade de uniformização da jurisprudência torna-se mais premente na chamada “jurisdição massificada”, tendo o legislador se preocupado em introduzir no sistema processual expressões e mecanismos tendentes a solucionar de forma diferenciada as demandas que já foram analisadas pelo Judiciário.

Em suma, verificou-se a necessidade de identificar casos idênticos do ponto de vista da mesma questão de direito e efetivar o julgamento de acordo com a súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores, de forma a fortalecer a formação da uniformidade e da estabilidade da jurisprudência. Evita-se desse modo a dispersão da jurisprudência que tanto produz a intranquilidade social e o descrédito do Judiciário.

Nessa seara foram introduzidos no Código de Processo Civil mecanismos formadores de jurisprudência que possuem como regra a prévia existência de decisões repetidas a respeito do mesmo tema. Contudo, com o impacto do precedente na jurisprudência e a sua nova concepção é possível afirmar que novos mecanismos foram introduzidos no Código, onde uma única decisão é capaz de formar uma jurisprudência pacífica acerca de uma determinada matéria, sendo certo que o se destaca é o papel que uma única decisão judicial do Judiciário tem para a aplicação desses mecanismos processuais. É o caso das decisões proferidas em sede de recursos repetitivos e em sede de repercussão geral.

De outro giro, surgiram mecanismos voltados para o fortalecimento da jurisprudência como é o caso do julgamento de mérito sem citação no artigo 285-A do

Código de Processo Civil, onde verifica-se o julgamento conforme o precedente uniformizador de jurisprudência, ofertando uma maior segurança jurídica em virtude da proteção dos demandantes de interpretações e posições isoladas dos magistrados.

O juízo de impedimento de recurso de apelação realizado pela primeira instância com base no artigo 518, parágrafo 1º do Código de Processo Civil também privilegia o fortalecimento da jurisprudência na medida em que o próprio juiz que proferiu a sentença apelada poderá indeferir o processamento do recurso de apelação quando a mesma estiver em conformidade com súmula do STJ e STF. E nesse ponto verifica-se que é desnecessário que a súmula tenha força vinculante. O intuito é manter a unidade de entendimento acerca do direito constitucional ou federal, e se há divergência jurisprudencial, essa unidade fica comprometida principalmente quando se tratar de enunciados do STJ e do STF.

A não aplicação de reexame necessário, previsto no artigo 475, parágrafo 3º do Código prestigia as decisões reiteradas dos tribunais de superposição, não só em prol da segurança jurídica, mas também como mecanismo de fortalecimento da jurisprudência, já que evita o rejuízo de causas já decididas em primeiro grau na conformidade do pensamento dos órgãos encarregados da exegese da lei.

Apresenta-se, por último, a negativa de seguimento e provimento de recurso por confronto com orientação dominante dos tribunais, conforme previsão do artigo 557 caput e parágrafo 1º do Código de Processo Civil como forma de fortalecimento da jurisprudência, na medida em que o relator do recurso fica dispensado de enviar para o colegiado decisões que forem conexas com as dos tribunais de superposição.

Ressalte-se que o novo código de processo civil, realçando o novo enfoque do estudo do tema do papel da jurisprudência no direito processual civil contemporâneo, caminha no sentido de permitir que a decisão proferida em um ou poucos processos tenha influência ampla, atingindo um número indeterminado de litígios em que se discuta idêntica questão jurídica. Nesse ponto sintetizo algumas dessas tendências prevista no referido código que são:

a- o recurso extraordinário e o recurso especial decididos (acolhidos) com base em uma das causas de pedir ou em uma das razões de defesa permitirão ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal o julgamento das demais matérias, ainda que com relação a elas não tenha havido prequestionamento, *ex officio* ou a requerimento da parte;

b- A jurisprudência firmada em recurso representativo da controvérsia e em incidente de resolução de demandas repetitivas impedirá o reexame necessário;

c- No julgamento de repercussão geral (artigo 543-B), ficarão suspensos os processos que estiverem em primeiro grau de jurisdição nos quais se discuta idêntica controvérsia, por um período que não deverá exceder doze meses. Sobrevindo, durante a suspensão, decisão do Supremo Tribunal Federal, a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença aplicando a tese firmada;

d- No julgamento de recursos repetitivos (artigo 534-C) ficarão suspensos os processos que estiverem em primeiro grau de jurisdição nos quais se discuta idêntica controvérsia, por um período que não deverá exceder doze meses. Sobrevindo, durante a suspensão, decisão do STJ a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença aplicando a tese firmada.

7- Surge assim um novo papel da jurisprudência no processo civil contemporâneo com a necessidade do seu fortalecimento através do aperfeiçoamento dos mecanismos expostos no Código de Processual Civil.

A primeira forma de aperfeiçoamento é a necessidade de especialização dos tribunais que aparece como uma solução de formação, de maneira clara e célere, da jurisprudência estável com a competência de um órgão jurisdicional dentro do tribunal para o julgamento da matéria.

Ressalte-se que a especialização dos tribunais superiores, diga-se STF e STJ, é de fundamental importância para a unificação do sistema jurídico. Isto porque estes órgãos são incumbidos da interpretação do direito federal de ordem constitucional e infraconstitucional.

Outro aspecto relevante é a orientação dos julgados por meio da jurisprudência dominante ou enunciados da súmula como um meio de expressão da coerência do sistema jurídico.

Com efeito, atualmente atribui-se grande relevância às manifestações do Judiciário e conseqüentemente começa a surgir uma nova cultura no sentido de que as decisões judiciais representam a manifestação do sistema jurídico.

Deve-se entender que qualquer pronunciamento judicial, ao invés de produzir efeitos “somente” entre as partes envolvidas no processo, representa a manifestação do sistema jurídico como um todo em relação ao tema decidido. Assim, cada magistrado

deve se conscientizar de que faz parte de um sistema jurídico, e que este deve operar de maneira harmônica e coerente.

Nesta esteira de pensamento há a necessidade de identificação do precedente uniformizador da jurisprudência por meio da *ratio decidendi* e *obter dictum*. Em outros termos, os tribunais superiores devem estabelecer claramente os princípios e os critérios de interpretação, com o fim de facilitar, de um lado o seguimento de casos similares, e assim garantir os princípios da unidade e segurança jurídica, e de outro lado, o abandono do precedente, servindo assim para a evolução do direito.

Deve ser reconstruída a *ratio decidendi* anterior, e, para isso, devem-se considerar as razões que foram sustentadas na referida decisão, como, por exemplo, razões sociais, econômicas, históricas, etc. O raciocínio jurídico deve demonstrar qual a argumentação utilizada para se alcançar a melhor interpretação entre todas as interpretações possíveis.

Consequentemente deve ser feita a análise dos precedentes que embasaram os enunciados das súmulas a fim de possibilitar a aplicação do método chamado *distinguishing* e *overruling* no nosso ordenamento jurídico.

Neste contexto, além do enunciado da súmula proposta, é necessária a análise dos fatos e das causas que formaram o enunciado, eis que só assim será possível a aplicação do enunciado da súmula, moldando e adaptando o princípio extraído das decisões ao caso concreto a ser analisado.

Conclui-se que na formação da súmula de jurisprudência dominante não há uma única decisão, mas várias decisões, ou seja, pressupõe-se a existência de mais de um julgado no sentido de uma determinada tese jurídica, e que somente após a comparação e a verificação dos fundamentos do enunciado da súmula com a causa de pedir objeto do estudo se constatará a sua similitude ou diversidade.

Somente será possível aplicar o método chamado *distinguishing* ou, então, mudar a orientação anteriormente definida (*overruling*) a partir da referida comparação.

Outro ponto relevante de fortalecimento da jurisprudência é a aplicação da jurisprudência no tempo, ou seja, deve-se estipular qual a eficácia da decisão que altera a jurisprudência dominante, seja ela realizada em um processo de superação da decisão uniformizadora de jurisprudência, seja ela realizada como evolução natural do pensamento do tribunal (ex: mudança de entendimento do tribunal em um determinado tema).

Tal questionamento aparece fundamental, ao analisarmos as questões relacionadas ao fortalecimento da jurisprudência, eis que se uma orientação jurisprudencial tiver de ser alterada, os atos praticados com base no posicionamento antigo não deverão ser desfeitos com base nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.

A nova jurisprudência dominante apenas deverá incidir sobre os fatos ocorridos após o seu conhecimento por parte de toda a sociedade jurídica. Tal posicionamento evita que se frustrem expectativas do indivíduo em virtude do fato de o Poder Judiciário poder impactar negativamente as expectativas do jurisdicionado em razão da mudança da jurisprudência dominante, seja em virtude da mudança da realidade social, seja em virtude de uma interpretação equivocada de uma lei.

A modulação dos efeitos temporais da decisão surge como precioso instrumento que permite temperar o princípio da supremacia constitucional com outros valores relevantes como o da segurança jurídica, confiança legítima e preservação da estabilidade e previsibilidade estabelecidas pela jurisprudência, até então, pacificada.

Por fim, o incidente de resolução de demandas repetitivas, apesar de ainda necessitar de determinados ajustes, apresenta como um valioso instrumento de fortalecimento da jurisprudência já que obtém-se uma solução expedita para as controvérsias potencialmente repetitivas, privilegiando o fenômeno que alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais.

Na verdade, há uma interpenetração dos sistemas romano-germânico e anglo-saxão, o que consubstancia a técnica de aprimoramento da aplicação isonômica do direito; e por isso, que para “casos iguais”, “soluções iguais”. Este é o intuito deste instrumento processual trazido no novo código de processo civil.

O intuito que se verifica no incidente é o de que alguma ou algumas ações que venham a ser selecionadas sejam suficientes para que o Tribunal conheça da discussão pertinente a milhares de outras, judicializando o conflito por intermédio de uma ação modelo. A decisão do tribunal terá eficácia externa no tocante à razão de decidir da questão de direito controvertida e é, nesse sentido, que se pode vislumbrar o incidente como um mecanismo formador e uniformizador da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ALFONSO, Luciano Parejo. *Constitución y valores del ordenamiento*. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1960.

ALVIM, J. E. Carreira. Alguns aspectos dos Recursos Extraordinário e Especial na Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da Confiança – uma norma forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.

ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito introdução e teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZZONI, Clara Moreira. *Recurso Especial e Extraordinário, Aspectos Gerais e Efeitos*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. O Princípio da moralidade no direito público. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 6, n. 22, jan./mar. 1998.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

BLANCO, Frederico Castillo. *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. 4. ed. Madri: Marcial Pons, 1998.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento jurídico*. 10.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BODART, Bruno Vinícius; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns Apontamentos sobre a reforma processual italiana – sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (coord). *O novo processo civil brasileiro, direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTALLO, Eduardo Domingos. A natureza normativa das súmulas do STF, segundo as concepções de direito e de norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale. *Revista de Direito Público*, São Paulo v. 7, n. 29, p. 17–25, maio/jun.1974.

BUENO, Cássio Sacarpinela. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro – Um Terceiro Enigmático*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Os precedentes no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 43, p. 81–87, jun. 1995.

BUZUID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 34, p. 189-217, jul. 1985.

CALMES, Sylvia. *Du Principe de la Protection de la Confiance Legitime em Droits Allemand, Communautaire et Francais*. Paris: Dalloz, 2001.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, 2000.

CAMBI, Eduardo. Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Serviço de Educação da Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARNEIRO DA CUNHA, José Leonardo; JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual*. 7.ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *O papel da jurisprudência no Brasil*. A súmula e os precedentes jurisprudenciais. Relatório do Congresso de Roma. Bdjur: biblioteca digital jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Edição Comemorativa 15 anos. Brasília: Doutrina do STJ, 2005.

CARRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002.

CARRAZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: NERY JR., Nelson; CARRAZA, Roque Antonio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio (coords). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007.

CARVALHO, Ivan Lira. Decisões vinculantes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 134, abr-jun. 1997.

COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, out./dez. 1998.

COSTA, Judith Martins. A proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 22, 2002.

COSTA, Judith Martins. O direito privado com um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, v.15.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 300/304.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Primeiras impressões sobre o artigo 285-A do CPC. Julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa. *Revista Dialética de Direito Processual*. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 39, jun. 2006.

DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.

DE LOS MOZOS, J. L. *El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*, Barcelona: Bosch, 1965.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v.1.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, nº 29, julho-setembro, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2002, t. II.

DUARTE, Fernanda. Método de decisão e Supremo Tribunal Federal: uma gramática a ser descoberta. *Revista EMARF, CADERNOS TEMÁTICOS*. Rio de Janeiro, p. 279-298, dez., 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1984.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas de la jurisprudencia en la constitución. *REDC*, n.º 12, 1990.

FACCHINI NETO, Eugênio. O Poder Judiciário e sua Independência – uma abordagem de direito comparado. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, p. 121-149, v.3, n 8, 2009.

FÉRES, Marcelo Andrade. Julgamento Sumaríssimo dos Precedentes Repetitivos: uma Análise Jurídico-econômica do artigo 285-A do Código de Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 42, set. de 2006.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002.

FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma de expressão do direito. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, nº 51, jan./mar. 1990.

FISS, Owen. *Um novo processo civil*. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974.

FUX, Luiz. A desistência recursal e os recursos repetitivos, *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, nº 42. p. 3, set./dez. 2008.

GARCIA, Dinio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, nº 734, dezembro de 1996.

GIFIS, Steven. *Law Dictionary*, 3ªed., Barron's, New York, 1991.

GIL, Antonio Hernandez. *El cambio político español y la Constitución*. Barcelona: Planeta, 1982.

- GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: RT, 1997.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Introdução ao estudo do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.
- GRECO, Leonardo. Novas Súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n.10, 2004.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. A súmula vinculante sob a ótica de juízes de 1ª instância: um estudo exploratório. In: PESSOA, Leonel Cesarino (org.). *Súmula Vinculante e Segurança Jurídica*. São Paulo: Ltr, 2007.
- HARTZ, W. “Mehr Rechtssicherheit im Steurrecht”, *Steuereberater Jahrbuch*, 1965-1966, p. 77-80 apud GARCÍA NOVOA, C. *El principio de seguridad en materia tributaria*. Madri, Marcial Pons, 2000.
- Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- JUSTEN FILHO, M. O princípio da moralidade pública e o Direito Tributário. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n.º 67, 1995.
- KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. 2. ed., Coimbra: Armenio Amado, 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
- LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do S.T.F.. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, jul./set. 1981.
- LEITE, Roberto Basilone. O direito dos tribunais: papel, importância social e limites em face do princípio da independência do juiz. *Revista LTr*, São Paulo, v.66, n.1, jan. 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. m43 jul./set. 1986.
- LUENGO, Javier García. *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 2002.

MALLET, Estevão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 153, ano 32, v. 153, nov. 2007.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. A jurisprudência, dominante ou sumular. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR. Nelson (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. A realidade Judiciária Brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ. Inevitabilidade de Elementos de Contenção dos Recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições do *civil law* e da *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, nº 172, jun. de 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2010.

MARTINS, I. G da Silva. O princípio da moralidade no Direito Tributário, Pesquisas Tributárias Nova Série. n.º 2, *Revista dos Tribunais*, nº 2, São Paulo, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial – breves considerações. In: FUX, Luiz. NERY JÚNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. O direito de recorrer e seus limites In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR. Nelson (org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 335, 2007.

MELO FILHO, Álvaro. Direito Sumular. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, nº 43, jul./set. 1986.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: RT, 1991.

MOREIRA NETO, D. F. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, out./dez. 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a cultura da transgressão*. Temas de Direito Processual Civil, 7ª série, Rio de Janeiro: Saraiva, 2001

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 27, jul. 2005.

MORENO, Fernando Sainz. La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados. *Revista de Administración Pública*, Madri, n. 89, 1979.

NETO, Abílio. *Código de Processo Civil anotado*. 8 ed. Lisboa: Petrony, 1987.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no Direito Norte-Americano e no Direito Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 161, ano 33, jul de 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, p. 179, jul. de 2006.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Almedina, Lisboa: 2003.

PALHARINI JUNIOR, Sidney. O princípio da isonomia aplicado ao direito processual civil. In: Coord. FUX, Luiz. NERY JR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmulas Vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, nº 9, 2007.

PECES BARBA, M.: Prefácio do livro de PAREJO ALFONSO, Luciano. *Constitución y valores del ordenamiento*. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

PEREIRA, Milton Luiz. AMICUS CURIAE – intervenção de terceiros. *Revista CEJ*. Brasília, n.º 18, p. 83-86, jul./set. 2002.

PÉREZ, Jesus González.: *El Principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio. *La seguridad como función jurídica*, in *Funciones y fines del Derecho*, Estudios en honor a Mariano Hurtado Bautista, Murcia, 1992.

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per La giurisdizione. *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2004.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

PISANI, Andrea Proto. Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 191, 2011.

RAÓ, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004.

RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: v. 327, jul/set. 1994.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte* (legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, out-dez. 1997.

RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações Repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência*. São Paulo: Editora RT, 2010.

ROYO, J. Pérez. *Curso de derecho Constitucional*. 10. ed.. Madrid: Civitas. 2003.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 85, abr de 2010.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. São Paulo: RT, 2001.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Poder Judiciário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 75, jul-set. de 1985.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, I, Iustel, Madri: 2003.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; RICCIO, Farlei Martins. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

SATO, Priscila Kei. A jurisprudência (pré)dominante. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, Guido Fernando. *Common law: introdução ao direito nos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Octacílio Paula. *Ética do magistrado à luz do direito comparado*. São Paulo: RT, 1994.

SILVA, Ovídio Batista da. Da função à estrutura. *Revista Magister de direito civil e processual civil*. São Paulo, n. 22, 2008.

SORIANO, Leonor Moral. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

SORIANO, Leonor Moral. Los precedentes del tribunal supremo: el acercamiento de la jurisprudência a la teoria de los precedentes. *Revista del poder judicial*, nº 57, 2000.

TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*. Scintillae iures – studi in memoria di Gino Gorla. Milano: Giuffrè, 1994.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 110, ano 28, p. 153, abri./jun. 2003.

TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. *Revista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 2007.

TAVARES, André Ramos. As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, São Paulo, nº 11, ano 3, jul/ago de 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação com garantia de influência de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 168, fev. 2009.

TIPKE, K.: *Steuergerechtigkeit in Theorie und Praxis*, Köln, Verlag Dr. Otto Schimdt, K. G., 1981, p. 47 et seq. apud GARCÍA NOVOA, Cesar. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Madri, Marcial Pons, 2000.

TOMA, Victor García. *La sentencia constitucional*. Disponível em: <http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/18abfa4cb269c78ca321c53e573f1346/Discurso_VGT.pdf>. Acesso: 26 de março de 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *Moralidade e finanças públicas*. In *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Coord, MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004.

USLEGAL DEFINITIONS. *Inherent Powers (Constitution) Law & Legal Definition*. Disponível em <<http://definitions.uslegal.com/i/inherent-powers-constitution/>>, Acesso: 05 de agosto de 2011.

VIGILAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Coordenador Luiz Rodrigues Wambier. 7. ed. São Paulo: RT.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo* nº 100, São Paulo, vol. 25, out./dez 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, jun. 2009.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A Repercussão Geral do Recurso Extraordinário. Uma volta ao passado?. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 53, agosto de 2007.

ZIPPELIUS, R. *Das Wesen des Rechts*, Munchen, C. H. Beck, 1969, p. 123-126 apud GARCÍA NOVOA, C. *El Principio de Seguridad Jurídica en materia tributaria*, Madrid: Marcial Pons, 2000.