

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA FACULDADE DE DIREITO “PROF.
JACY DE ASSIS”

ANNA CAROLINA TAVARES ASSUNÇÃO

O SISTEMA DE PRECEDENTES NA *CIVIL LAW* BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DE PODERES

Uberlândia 2017

ANNA CAROLINA TAVARES ASSUNÇÃO

O SISTEMA DE PRECEDENTES NA *CIVIL LAW* BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DE PODERES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito básico para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Universidade Federal
de Uberlândia.

Orientadora: Daniela de Melo Crosara

Uberlândia 2017

Dedico esse trabalho à minha família, em especial à minha amada mãe Maria das Graças, cujo apoio e inspiração foram indispensáveis à conclusão dessa pesquisa.

AGRADECIMENTOS

À Deus e à força Divina que me move e me guia no meu caminhar, por ter me sustentado e amparado nos dias mais difíceis e por ter incutido em mim a força necessária para seguir em frente. À minha família, minha mãe Maria das Graças, meu pai Lázaro Roberto e meu irmão João Gilberto, agradeço por serem fonte de amor e paz e por sempre acreditarem em mim. Agradeço especialmente à professora Daniela de Melo Crosara, por ter aceitado o desafio de me orientar nessa jornada e por tê-lo exercido com tamanha maestria. Também agradeço aos demais professores do quadro docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, cujos ensinamentos transmitidos no decorrer da graduação foram imprescindíveis à este trabalho e para minha formação. Agradeço aos meus colegas de turma e a todos os meus amigos, pelo valioso apoio e inúmeras contribuições que gentilmente me foram doadas. Não poderia deixar de agradecer a compreensão dos meus colegas de trabalho no Ministério Público Estadual, por terem sempre me apoiado e torcido por meu sucesso. Por fim, agradeço aos servidores e técnicos da Universidade Federal de Uberlândia, por serem tão solícitos e generosos no exercício de suas atribuições.

RESUMO

Este trabalho analisa, sob a perspectiva da *civil law* brasileira, o sistema de precedentes adotado no Código de Processo Civil de 2015. A presente investigação parte da história e exposição dos contornos dos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*. Em seguida, trata do princípio da separação dos poderes para distinguir a noção de precedentes e sua repercussão em cada uma dessas escolas. Por fim, adentra-se no estudo dos mecanismos que conferem vinculação às decisões judiciais previstos no Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Precedentes. *Common law*. Separação dos Poderes.

ABSTRACT

This work analyzes, from the perspective of the Brazilian civil law, the system of precedents adopted in the Code of Civil Procedure of 2015. The present investigation starts from the history and exposition of the outlines of the legal systems of common law and civil law. It then deals with the principle of the separation of powers to distinguish the notion of precedents and their repercussion in each of these schools. Lastly, it focuses on the study of mechanisms that link the judicial decisions provided for in the New Code of Civil Procedure.

Keywords: Precedents. *Common law*. Separation of Powers.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 OS SISTEMAS JURÍDICOS	8
2.1 Desenvolvimento histórico	9
2.1.1 A história da <i>common law</i>.....	9
2.1.2 A história da <i>civil law</i>.....	15
2.2 O princípio da separação dos poderes.....	19
3 PRECEDENTES	30
3.1 Os precedentes na <i>common law</i>.....	30
3.2 A jurisprudência e os precedentes na <i>civil law</i>	34
3.2.1 O sistema de precedentes no novo CPC (arts. 926 a 928).....	43
3.2.1.1 O recurso extraordinário e o julgamento de recursos repetitivos	49
3.2.1.2 Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)	55
3.2.1.3 Incidente de assunção de competência	60
3.2.1.4 A improcedência liminar do pedido	63
4 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação se presta a analisar, à luz do princípio da separação dos poderes, a atual conjectura dos precedentes no sistema da *civil law* brasileira, fomentada pela edição do Código de Processo Civil de 2015.

Este diploma inseriu no ordenamento jurídico pátrio uma nova perspectiva sobre as decisões judiciais. A lei processual civil brasileira, não apenas previu expressamente o dever de uniformização da jurisprudência, mas cuidou de trazer mecanismos processuais que possibilitem essa operacionalização. A justificativa declarada pelo legislador em cuidar da segurança jurídica e de prover tratamento isonômico aos jurisdicionados não foi suficiente para afastar críticas quanto à opção de adotar um sistema de precedentes obrigatórios.

Questiona-se assim, qual a repercussão dessa medida em um país da *civil law*, que ao contrário da escola anglo-saxã, não atribui à jurisprudência o posto de fonte primária do direito. Destarte, ante as particularidades de um ordenamento de densa previsão legal, em que a Constituição ocupa o topo da pirâmide normativa, busca-se investigar se essa opção fere o princípio da separação dos poderes e a distribuição do exercício das funções estatais atinentes aos Poderes Legislativo e Judiciário.

A partir de uma análise bibliográfica indutiva serão analisados, em um primeiro momento, os grandes sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law* a partir da exposição histórica atinente ao processo de formação de cada um destes.

Em seguida, será trabalhada a noção do princípio da separação dos poderes, e os diferentes contornos que este assumiu ao compor ambas as tradições jurídicas. Assim, com respaldo em uma análise histórica serão feitos alguns apontamentos quanto à teoria do *check and balances*, mormente no que tange a adoção dessa teoria pela ordem jurídica brasileira. Comenta-se também, o papel ocupado pelo Judiciário nessa conjectura e os mecanismos de controle de exercício da atividade Legislativa.

A partir dessa premissa, restar-se-á possível, expor como a *common law* e a *civil law*, respectivamente, lidam com a função jurisdicional e qual a posição ocupada pelas decisões daí advindas em cada um destes sistemas.

Em continuidade, serão tratados, em pontos distintos, as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil no que tange ao sistema de precedentes obrigatórios, segundo o qual as decisões emanadas pelo Poder Judiciário passam a vincular os demais órgãos. Isso porque, através dos mecanismos trazidos pela ordem processual civil brasileira os efeitos que

até outrora estavam adstritos às partes componentes da demanda, ultrapassam os limites da lide. Destarte, em ordem sucessiva, serão abordados: o recurso extraordinário e o julgamento repetitivo de recursos; o incidente de resolução de demandas repetitivas e a improcedência liminar do pedido.

2 OS SISTEMAS JURÍDICOS

As escolas jurídicas da *common law* e da *civil law* representam os dois sistemas jurídicos mais tradicionais do direito. Ambas ultrapassaram as fronteiras limítrofes de seus Estados de origem e se difundiram pelo mundo em um processo globalizante, no qual seus conceitos e institutos característicos penetram nas mais diversas ordens jurídicas.

Essas tradições resguardam uma distinção fundamental quanto à hierarquia de fontes e a fonte primária do direito adotadas. Na *common law* a construção do direito parte de uma base não legislativa e a sua fonte precípua reside na jurisprudência. Por sua vez, na *civil law* direito e lei se confundem.

Em linhas gerais, tem-se que no sistema da *civil law* prima-se pelo império da lei. Esta é vista como a própria expressão do direito. O direito escancarado na lei garante a confiabilidade do cidadão na tutela Estatal. Este não se sujeita assim, às discricionariedades do magistrado. Em outras palavras, preza-se pela impessoalidade no processo compreendido entre a abstrativização dos conceitos legais e sua aplicação no caso concreto.

Lado outro, na *common law* o direito é construído a partir das decisões emanadas pelas Cortes Supremas que pelo império do *stare decisis*, devem ser respeitadas, sob pena de perda de confiabilidade do sistema. A preocupação primeira é com a administração da justiça e a tecnicidade processual. O magistrado inglês não dedica sua atenção aos princípios e às normas substantivas desenvolvidas pelo direito romano. Ao revés seu interesse se volta ao modo como o processo é conduzido. É por isso que se pode dizer que o direito inglês é um direito de processualistas e de práticos (DAVID, 1998, p. 320).

Nesta senda, a fim de ter em conta a real dimensão das diferenças entre os sistemas da *common law* e da *civil law* faz-se mister tratar do desenvolvimento histórico dessas escolas. A razão desse olhar para o passado é compreender que, para além da eleição das respectivas fontes primárias adotadas, essas famílias de direito diferem-se também em institutos e conceitos que lhes são próprios.

Entender a história destes sistemas é entender o espírito que permeia a atuação do magistrado e qual é a postura que as estruturas organizacionais desses sistemas exigem do Poder Judiciário.

Ademais, resta evidente que o papel desempenhado pelas decisões judiciais no

interior da *common law* e da *civil law* revela como o princípio da separação dos poderes foi recepcionado em cada um dos países de origem dessas tradições (Inglaterra e França), razão pela qual, dedicar-se-á tópico específico à essa análise.

2.1 Desenvolvimento histórico

2.1.1 A história da *common law*

Não é incomum a associação imediata do sistema da *common law* ao direito inglês, mormente ao se considerar os laços históricos que unem ambas concepções. Ocorre, como bem assevera René David (1998, p. 279), que a *common law* é um sistema marcado pela sua história e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII, a do direito inglês. E antecipa: estudar a *common law* é, em premissa, estudar o direito inglês.

Assim, as raízes desse sistema, assente no tradicionalismo tão caro à sua consolidação, se encontram na Inglaterra do século XIII. Neste ponto, o direito inglês faz jus ao clássico sinônimo que lhe é atribuído, a saber, direito costumeiro.¹

Com o fim do domínio de Roma, no século V, a Inglaterra encontrava-se regida pelo direito anglo-saxão, correspondente à diversidade de tribos de origem germânica que naquele período conviviam em terras inglesas. Aqui, concomitante à conversão da Inglaterra ao Cristianismo, começaram a serem elaborados os primeiros textos de lei. Contudo, as leis anglo-saxônicas eram limitadas e restritas, e só vieram a aperfeiçoarem-se progressivamente, com a instalação do modelo feudal e o fomento a um direito local, baseado em leis territoriais. Assim, até a conquista Normanda, em 1606, não há direito comum a toda a Inglaterra (DAVID, 1998, p. 285).

Nada obstante, a dominação do Rei Guilherme, não representou uma ruptura dos modelos jurídicos presentes na Inglaterra, sendo que, em verdade, a construção da *common law* é fruto do desenrolar social, político e econômico daquele país. Destarte, a grande novidade trazida pela conquista normanda é a instauração de um poder centralizado e a consolidação de

¹ Neste ponto, pondera René David: “Não se deve exagerar esse caráter “histórico” do direito inglês. A verdade é que os ingleses gostam de pôr em evidência esse caráter tradicional, enquanto que os franceses preferem evidenciar o caráter racional e lógico do seu direito. Na realidade, a parte tradicional e racional de ambos os direitos não são fundamentalmente diferentes. O direito francês e o inglês tiveram de se adaptar a mudanças e fazer face às necessidades de sociedades que sempre foram e são, afinal de contas, muito semelhantes” (DAVID, 1998, p. 283).

um feudalismo de caráter militar e organizado em pequenas terras, propositalmente distribuídas de modo a impedir que qualquer poder pudesse se dispersar nas mãos dos barões.

Neste ínterim, os conflitos surgidos eram solucionados a partir da aplicação do costume local, apreciados então, por uma assembleia dos homens livres (*County Court* ou *Hundred Court*) que foram sucedidas por jurisdições senhoriais, também adstritas ao direito costumeiro (*Courts Baron, Court Leet, Manorial Courts*). Excepcionalmente, as lides que interessavam à coroa eram decididas pela alta justiça real, no denominado sistema da *Curia Regis* exercida pelo Rei, seus servidores e os grandes do reino.

Tal jurisdição, em um primeiro momento, limita-se, em linhas gerais, às causas que envolvam finança, propriedade e graves questões criminais. Ao contrário, correr-se-ia o risco de a intervenção real soar contrária à ordem natural das coisas e representar, desta forma, uma indesejável sombra aos domínios senhoriais. Portanto, a justificação para a decisão era no próprio interesse da coroa nas questões levantadas.

Dada essa característica, a justiça real reclamava ser acionada por vias de um pedido de concessão dirigido ao Chanceler² que, convencido da relevância da causa, deferia o denominado *writ*. De igual modo, poderia o interessado apresentar queixas ou petições (*querela, billa*) diretamente aos juízes.

Desta forma, os Tribunais Reais de Justiça, *a priori*, não têm uma competência universal e os litígios que não eram levados à sua apreciação permaneciam sob a jurisdição dos *Hundred* ou *County Courts*, bem como das jurisdições senhoriais e eclesiásticas, e, ainda, pelas diversas jurisdições municipais e comerciais. Contudo, a prática levou ao reconhecimento do caráter “superior” das decisões proferidas pelos Tribunais Reais, na medida em que estes detinham, de modo quase que exclusivo, o poder de executar as decisões proferidas, de assegurar o comparecimento das testemunhas e, juntamente com a Igreja, submeter os súditos ao juramento. Assim sendo, no final da Idade Média, os Tribunais Reais eram os únicos a administrar a Justiça.

Por conseguinte, a fim de expandir a competência dos Tribunais Reais, foi introduzido no modelo inglês o instrumento da *declaration*, através do qual os interessados relatavam os fatos de maneira pormenorizada e interpunham um pedido diretamente aos juízes reais, solicitando o julgamento da lide. Nas palavras de René David:

As novas ações, nas quais os juízes admitiram a sua competência, passaram a

² Chanceler era a denominação confiada aos grandes oficiais da Coroa Britânica.

chamar-se, por esta razão, ações *super casum* (*actions on the case*). Com o tempo, estas ações vieram a diversificar-se e a receber nomes especiais, relacionados com os fatos que motivaram sua outorga: ações de *assumpsit*, de *deceit*, de *trover*, de *negligence*, etc. (DAVID, 1998, p. 289).

Tal conjectura embasa a complacente observância dos juízes ingleses ao formalismo processual. Aqui, pouco importa a regra substantiva do direito aplicado, o foco é destinado ao trâmite do processo e quais os meios que serão utilizados para execução da decisão emanada. Com efeito, a *common law* é um conglomerado de processos próprios para assegurar em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios.

Em consequência à expansão da interferência real, as mencionadas jurisdições residuais desapareceram do território inglês e, assim sendo, as limitações da *common law* sobressaltaram aos olhos do litigante, que não via mais naquele sistema, demasiadamente formalista e de soluções disformes, uma solução justa para seu caso. Neste cenário, surge oportunamente o chamado *equity*.

A partir do século XIV, inaugurou-se a possibilidade de recorrer à autoridade real, em um apelo à justiça do soberano, das decisões consideradas injustas, proferidas pelos Tribunais Reais. Normalmente, o recurso passava pelo Chanceler, que em seguida o repassava ao rei, o qual, junto ao seu conselho decidia a solução do caso apresentado. Assim, como decorrência óbvia desse processo, o Chanceler adquiriu uma autonomia decisória, assentada no poder delegado pelo rei e pelo conselho, que representava, ainda, uma alternativa à rigidez processual típica da *common law*. Desse modo, suas decisões tomadas inicialmente em consideração à equidade do caso particular, se revestem de tamanha sistematização que passam a ser cada vez mais solicitada pelos litigantes.

Destarte, a partir de 1529, o Chanceler é quase sempre um jurista e lança mão dos princípios do direito canônico e romano para prover a justiça aos casos que lhes são apresentados. A ascensão e consolidação desse novo modelo decisório encontra guarida na satisfação social ante as novas possibilidades de se concretizar o ideal de justiça almejado, e também, no apoio do soberano que vê nesse sistema, a persecução da boa administração. Logo, neste momento o Chanceler utiliza da equidade para corrigir os abusos e defeitos do formalismo da *common law* (CÔRTES, 2009, p. 119).

Neste sentido, cumpre destacar a pertinente observação de René David (1998, p. 297), ao afirmar que no século XVI o direito inglês, quase reuniu-se à família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição de equidade do Chanceler e pela decadência da

common law. Contudo, esse novo espectro de decisões, fez emergir um temor de desaparecimento do sistema da *common law* gerando, por conseguinte, a reação dos provedores da justiça real afetos aos seus quadros de organização e ditames processuais.

Para pacificar as manifestas divergências entre os Tribunais Reais, representados pelo juiz-presidente *Coke* (chefe da oposição liberal do parlamento) e os Chancelers, apoiados pelo Rei Jaime I, foi travado, em 1616, um compromisso entre os respectivos sistemas da *common law* e do *equity*. No referido compromisso, os Chancelers se comprometeram a não inovar no campo de atuação dos Tribunais e foi acordado, ainda, que as jurisdições se limitariam àquelas já existentes. Doravante, a atuação dos Chancelers deveria se respaldar nos precedentes adotados, o que conferiu a esse sistema uma certa segurança e controle de arbitrariedade.

Em que pese o aparente embate inicial, a prática da justiça inglesa revelou um sistema de complementação entre as decisões do *equity* e da *common law*, sendo que aquelas acabaram por aperfeiçoar e complementar estas, mormente no que tange ao legado das regras substantivas.

Em um novo movimento de preocupação com o direito material, por assim dizer, nos séculos XIX e XX - a então era codificadora para os países de tradição romano-germânica - o direito inglês desenvolveu novas reformas processuais, nos anos de 1832, 1833 e 1852, que simplificaram o sistema processual. Em seguida, renovou a organização judiciária com a edição do *Judicature Acts*, de 1875, unificando, formalmente a *common law* e a *equity*, que poderiam ser aplicadas concorrentemente pelas mesmas jurisdições. Em caso de conflito, seriam aplicadas as jurisdições de *equity*.

A partir de então, a realidade jurisdicional inglesa se alterou consideravelmente sem, contudo, perder a essência de sua estrutura e seus traços originários. As mútuas interferências entre o sistema dualista de *common law* e *equity* fomentaram um processo de racionalização, incumbindo aos administradores da justiça a missão de situar em qual domínio a matéria apreciada deve se enquadrar. Assim, comenta René David:

A distinção de *common law* e *equity* já não é, por isto, o que era antigamente; ela racionalizou-se em grande medida. A *equity* tende a tornar, se é que não se tornou, o conjunto de matérias que se considera apropriado para se fazer julgar segundo um processo escrito, enquanto que a *common law* se torna o conjunto de matérias que são apreciadas segundo o processo oral de outrora (DAVID, 1998, p. 314).

Com o já mencionado *Judicature Acts*, unificaram-se os tribunais superiores do sistema inglês, sendo que a partir de então a grande fonte dos procedentes da *common law*

assenta-se na alta justiça exercida pela *Supreme Court of Judicature*. Aqui reside uma salutar importância na concepção da jurisprudência como fonte deste ordenamento, vez que o modelo de organização judiciária inglês é característica substancial que permite a adoção de um sólido sistema de precedentes.

Neste sentido, a *Supreme Court of Judicature* é composta por três organizações distintas, quais sejam: *High Court*, que por aspectos práticos foi dividida em *Queen's Bench Division*, *Chancery Division* e *Family Division*; *Crown Court*, criada em 1971, e cuida essencialmente de matérias criminais, seja em processos originários ou recursos oriundos das *magistrates' courts*, e a *Court of Appeal*, uma espécie de corte superior, à qual compete analisar os recursos interpostos frente às decisões tomadas pelas cortes citadas e das decisões advindas da chamada baixa justiça.

No que tange a esta – baixa justiça – mister destacar que com a competência que lhes fora atribuída por lei, essa variedade de jurisdições é que resolve, na prática, a maior parte das demandas no território inglês. As *County Courts* foram criadas em 1846, e hoje estão distribuídas na Inglaterra e Wales em 230 tribunais de condado de ampla competência em matéria civil, exercida pelos chamados “juizes de circuito”, escolhidos entre advogados de prestígio. As questões de menor monta podem ser julgadas por um auxiliar do juiz, denominado *registrar*, ou podem ser remetidas, a árbitros que proferirão a decisão (DAVID, 1998, p. 355).

Desde 1195 a justiça inglesa é exercida também com o auxílio dos *magistrate's*, cidadãos leigos aos quais foi conferido pelo Rei Richard I o título de *Justice of the peace* e, por conseguinte, a missão de manter a paz em nome do rei. Sua competência abarca as infrações criminais menores e processos preliminares que antecedem a submissão do acusado perante a *Crown Court*, neste caso, para análise de indícios suficientes de culpabilidade (*committal proceedings in the preliminary*). Outrossim, os *magistrate's* cuidam também de algumas causas cíveis que envolvam direito de família e determinados créditos previstos em lei.³

³ A hierarquia da jurisdição inglesa pode ser assim resumida: Analisa-se a regra do precedente, teoricamente, em três proposições muito simples: 1.º - As decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições, salvo excepcionalmente por ela própria; 2.º - As decisões tomadas pelo *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*; 3.º - As decisões tomadas pelo *High Court of Justice* impõem-se às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões do próprio *High Court of Justice* e pelo *Crown Court*. (DAVID, 1998, p. 341-342).

A corte mais alta da Inglaterra é presidida pelo *Lord Chancellor*, que na Câmara dos Lordes exerce a jurisdição suprema, dedicada apenas a recursos excepcionais em matéria cível e criminal, interpostos perante o Comitê de Apelação. A Câmara dos Lordes estatui, quanto ao fundo, sobre o recurso para que foi consultada.

Para os fins do presente estudo, o importante a ser mencionado é o caráter residual da alta justiça, incumbida de julgar apenas as causas de maior monta ou as demandas mais complexas. Assim, tal organização permitiu que a justiça inglesa fosse administrada apenas pelos tribunais superiores na tratativa dos casos concretos, sendo, portanto, nessa hierarquia judiciária que de fato, a regra do precedente se estabeleceu.

Pelo todo exposto, depreende-se que o funcionamento do sistema da *common law* na Inglaterra embasa-se em diversas conjecturas daquele país que permitem a manutenção de seus quadros historicamente fortalecidos, sem se olvidar da adaptação às novas demandas sociais. O sistema de precedentes é seguido com sucesso neste país, porque antes mesmo de sua adoção já se vislumbrava uma organização judiciária muito bem sistematizada, que desafoga da alta justiça as causas que não merecem reter a atenção desta, o que, por conseguinte, fomenta um Poder Judiciário forte, cujo papel histórico restou inabalável na persecução da justiça e bem comum.

Ademais, no mesmo íterim evolutivo do direito inglês, os efeitos da colonização foram sentidos na disseminação do referido sistema jurídico. A *common law* difundiu-se pelos países da Coroa Britânica, como os Estados Unidos, Austrália, Canadá, Índia, resguardando, cada qual, peculiaridades históricas em tradições, instituições e conceitos que lhes são próprios, porém, sem deixarem de refletir os modelos de organização administrativa e judiciária típicas do sistema inglês.

A guisa de exemplo, citemos o modelo estadunidense, que também assenta sua justiça em um direito jurisprudencial. Neste país, a partir da independência proclamada em 1776, instauraram-se novas condições mediante as quais se desenvolveu um novo sistema, diferente de seu antecessor. Tal premissa pode ser observada ao se considerar os fatores constitutivos de cada nação, desde a história, a formação étnica e cultural, perpassando pelos ideais e interesses populares, até nos depararmos com o sistema e formas de governo de cada Estado.

Destarte, com a já citada independência americana, em 1776, prevaleceu o ideal republicano de manutenção do sistema da *common law*. Sem embargo a essa opção, a Constituição Federal de 1787, estabeleceu as bases de um Estado Federativo, com um Poder Judiciário

Federal, competente para rever, em certas ocasiões, as decisões emanadas pelas Cortes Estaduais, o que conduziu, por derradeiro, a uma americanização do sistema adotado.

Em 1789 estabeleceu-se uma dupla hierarquia de jurisdições com a criação das Cortes Federais, as quais incumbe a preservação dos direitos garantidos pela legislação federal e da resolução de conflitos interestaduais e internacionais.

Em correspondência ao direito legislativo, em linhas gerais, vigora nos Estados Unidos o princípio da competência dos Estados e não das autoridades federais. Logo, não há *common law federal*. Entretanto, tal preceito não deve soar como a existência de direitos díspares e completamente independentes. Ao contrário, certo é que os direitos dos Estados Federados são considerados como sendo ou devendo ser idênticos uns aos outros (DAVID, 1996, p. 375-377).

Isto posto, os juízes estaduais responsáveis pelo exercício da *common law*, atuam a partir de uma unidade fundamental do direito americano, assente ainda na existência de uma Constituição escrita. Assim, a *statute law* é fundamental na atitude americana frente ao direito, vez que o sistema de precedentes está associado à interpretação das normas constitucionais. Nesse viés, preconiza Osmar Mendes Paixão Cortês:

Dessa forma, os Estados Unidos adotam o sistema dos precedentes, mas flexibilizado. Quer porque há a presença do *statute law*, que cria e altera as normas, quer porque a dinâmica do desenvolvimento econômico e social dos Estados Unidos não autoriza que sejam seguidos de olhos fechados os precedentes (CÔRTEZ, 2009, p. 134).

Apesar dessas diferenças, decorrentes do avanço paralelo de ambos os sistemas, a *common law* inglesa, desde os primórdios da história americana, sempre foi concebida pelos norte-americanos como um modelo a ser adotado e seguido. E em que pese esses direitos conservarem conceitos e princípios diferentes, os mesmos reservam, antes de mais nada, um plano de fundo em comum que permite enquadrar, sem qualquer hesitação, a estrutura e a jurisdição americana nos quadros sistemáticos da *common law*.

2.1.2 A história da *civil law*

A origem sistemática da *civil law* se deu em razão das condições propícias do renascimento dos estudos das leis no século XIII. Isto porque característica precípua deste sistema é a própria identificação do direito com as leis e até outrora não havia de fato um corpo de regras sistemático e científico que reclamasse tal denominação.

Como o próprio nome indica a *civil law* é resultado da evolução do direito da antiga Roma que desta fonte resguardou não apenas suas regras substantivas e de processo, mas a própria concepção que se tem do direito e da regra do direito (DAVID, 1998, p. 25). Entretanto, neste não se resume.

O direito romano identifica-se com as compilações de Justiano de 529 a 534 no Oriente, e com a *Lex Romana Wisigothorum* ou *Breviário de Alarico* de 506. Com a queda do império Romano e a invasão dos bárbaros foram redigidas leis bárbaras que regulavam intimamente as relações sociais. Dada a erudição dessas leis, com o tempo emergiu um direito vulgar, de alcance local, aplicado espontaneamente pelos populares, sem que houvesse qualquer documento escrito.

Na égide da Idade Média e os ânimos voltados à justiça divina, o reinado do direito cessou. As demandas sociais eram resolvidas pela lei do mais forte, ou pela autoridade arbitrária de um chefe. Aqui vigorava uma forte confusão entre direito e a moral, sendo o ideal da época garantir a coesão social e o reinado da paz, sem necessariamente prover a justiça ao caso concreto. Até então a lei detinha uma função meramente administrativa, de organização e administração da justiça. Assim, se os soberanos “legislavam”, o fazia apenas reproduzindo os costumes (CÔRTEZ, 2009, p. 136).

A superação desse pensamento em muito se deveu às ideias progressistas Renascentistas, onde passa a se conceber o direito como imprescindível à ordem e à segurança. Como assevera René David (1998, p. 31) os domínios da Igreja mitigam-se na separação do foro externo e interno, distinguindo-se mais facilmente a sociedade religiosa dos fieis e a sociedade laica, com a edição de um Direito Canônico. Assim

Filósofos e juristas exigem que as relações sociais se baseiem no direito e que ponha termo ao regime de anarquia e de arbítrio que reina há séculos. Querem um direito novo fundado sobre a justiça, que a razão permite conhecer; repudiam, para as relações civis o apelo ao sobrenatural (DAVID, 1998, p. 31)

De igual modo, a disseminação cultural propiciada pelas universidades é fator determinante no florescer do sistema da *civil law*. As universidades passam a lecionar o estudo do direito como um modelo de justiça, ligado à filosofia, teologia, religião e moral.

Ocorre que muito se resistiu ao estudo do direito romano, por ser este considerado pelos críticos como um direito pagão. A ruptura dessa concepção está atrelada às ideias de

São Tomás de Aquino, que no século XIII, bebendo da fonte aristotélica, atrelou a filosofia pré-cristã à razão, sendo que, doravante, o caminho do estudo do direito romano se libertou das amarras da sua considerada ignorância.

Entrementes, o estudo do direito romano tomou novas feições, sobretudo com a origem da escola dos glosadores nas universidades, que dedicaram suas obras ao estudo das leis romanas, seguida por seus sucessores, pós- glosadores, os quais inovaram as leis romanas a lume das necessidades sociais da época. Neste ínterim, as universidades baseiam o estudo do direito no conceito de direito natural, buscando descobrir, com auxílio dos textos romanos, as regras mais justas, as regras conformes a uma ordem bem concebida, numa sociedade cuja existência é exigida pela própria natureza das coisas.

Com o abandono progressivo das ideias do direito romano, fundou-se nos séculos XVII e XVIII, na chamada época das luzes, uma escola do direito natural, que exalta os direitos naturais do indivíduo inerentes a cada pessoa. Essa concepção eleva a razão e baseia nela o estudo das leis, tanto de direito privado como de direito público, e no que tange a este, resguardou a importante missão de discernir os modelos atinentes à prática constitucional, administrativa e criminal.

A sedimentação desses ideais faz emergir um aclamo a edição de leis que consagrem os direitos naturais do homem e garanta as liberdades da pessoa humana. A escola de direito natural vê na técnica da codificação o modo metódico de delimitar o direito da sociedade moderna, que deve ser aplicado pelos tribunais e, que por ser um direito racional, poderia facilmente ser aplicado universalmente.

Como adiantado, o renascimento dos estudos de direito romano é o principal fenômeno que marca o nascimento da família de direito romano-germânica. O que acontece nesse processo é a difusão da maneira com a qual se concebe o direito, seu estudo, regras, modelos e tudo o mais que delimita uma espécie de caminho, a ser seguido no conhecimento do direito, que por serem mais racionais, deve ser respeitado na persecução de uma justa solução à demanda⁴. Assim, a regra de direito no sistema romano-germânico tem pretensão de regular a sociedade no futuro, de perdurar no tempo, sem a preocupação imediata de resolução de um único caso concreto.

⁴ Com a precisão que lhe é peculiar René David distingue o estudo do direito romano da recepção das regras do direito romano: “As universidades nunca pretenderam impor soluções romanas. Estas nunca fora, instituições supra-nacionais encarregadas da aplicação do direito. Apenas declararam como era necessário conceber o direito, e, partindo dos textos romanos, procuraram mostrar qual era, segundo a sua opinião, o melhor direito e como se podia chegar ao seu conhecimento.” (DAVID, 1998, p. 41).

Destarte, a administração do processo e organização judiciária dos países que adotam o sistema da *civil law* torna-se, a partir dos séculos XII-XVI função dos juristas letrados pelas universidades, na escola do direito romano. Sua expansão pode ser entendida ao se considerar que o direito ensinado nas universidades não está ligado a uma concepção territorial, mas sim ao ideal de justiça, sendo que seus preceitos mostram-se, *a priori*, maleáveis às circunstâncias, abertos para o futuro, tal como as transformações da época assim exigiam.

Neste sentido, a identificação entre os pensamentos oriundos das universidades para o campo prático da formulação das regras jurídicas se deveu ao convencimento de que o direito deveria ser a expressão do justo, bem como à implementação dessa ideia na jurisprudência guiada pela doutrina.

Segundo René David (1998, p. 52), o triunfo da codificação foi possível por duas razões específicas: a primeira foi o fato de ter sido elaborada por um soberano que visava consagrar os princípios de justiça, liberdade e de dignidade do indivíduo. A segunda razão assente no fato de ter sido esta codificação formulada num grande país, que exerceria grande influência sobre os outros, o que segundo o autor, ocorreu no alvorecer da Revolução Francesa, de 1789 com a expansão das ideias napoleônicas. Neste contexto, propiciado pelas condições da época surge, no alvorecer da Revolução, o Código de Napoleão de 1804, que até os dias atuais é paradigmático em conteúdo civilista.

Assim, no século XIX, fez-se presente na história do direito, a chamada era das codificações, na qual, contaminados pela exaltação do direito positivado e da lei como fonte primordial do direito uno, completo e indivisível, e, portanto, justo, quase da totalidade dos Estados membros da família romano-germânica, publicaram seus códigos e suas Constituições escritas (LOPES, 2012, p. 41).

Deste modo, esse preceito deu espaço à emersão do fenômeno do positivismo jurídico, que segundo René David (1998, p. 54) represente um apego desmedido às regras jurídicas e que muito afastou a ideia da *civil law* dos seus preceitos originários. Defende o autor que nesse movimento, marcado por um nacionalismo radical, a busca de uma ciência do direito neutra, avaliativa, negligenciou a busca pelo ideal de justiça e deu lugar à ideia de um costume particular, que por via das leis, estavam elevados a nível nacional, fazendo desaparecer, assim, a característica de um direito comum. Contudo, apesar da diversidade dos graus de romanização, há elementos comuns, oriundos do direito romano, que aparecem desde a Idade Média, até os dias atuais, como por exemplo, o uso de uma terminologia comum, baseada em uma concepção comum das noções jurídicas (CÔRTES, 2009, p.137).

Por fim, ressalte-se que de modo similar ao processo de difusão da *common law*, a *civil law* propagou-se por meio da colonização, chegando à Ásia, Indonésia, África, Madagascar, Brasil, México, Argentina e demais territórios ligados à dominação exercida pelas coroas espanhola, francesa, portuguesa e holandesa na América. Logo, as metrópoles europeias e suas colônias adotaram o direito romano e a sua estrutura, incluindo-se nestas o Brasil, que a despeito de conservar preceitos locais, se enquadra no sistema da *civil law*, embasando seu direito nos ditames legais e Constitucionais que ressoam os ideais de justiça, igualdade e dignidade perquiridos pelo Estado brasileiro.

2.2 O princípio da separação dos poderes

Como oportunamente ressaltado, a linha que separa os grandes sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law* assente, sobremaneira, na fonte primária adotada por cada um desses sistemas. Pelo que já foi exposto, tem-se assim, que compreender a razão dessa escolha perpassa, necessariamente, pela concepção da separação dos poderes.

Em que pese Aristóteles já no século IV a.C.⁵ ter mencionado remotamente o que hoje entendemos como o princípio da separação dos poderes - tão salutar às ordens constitucionais democráticas vigentes - a origem e desenvolvimento do referido princípio, tal como os concebemos hodiernamente, pode ser atribuída à própria história de evolução dos povos, sobretudo dos ingleses, americanos e franceses, que resguardando especificidades justificadas pela própria noção de Estado de cada nação – ou ao menos, do que idealmente este deveria ser – contribuíram para o fomento da desconcentração de poder.

Neste sentido, a teoria da separação dos poderes foi concebida no contexto histórico de busca do enfraquecimento do Estado, com vistas à proteção das liberdades individuais e limitação do poder absoluto do rei. Assim, como assevera Dallari (2011, p. 2016), a construção

⁵ Aristóteles em A Política, Livro III, CAP XI advertia quanto ao perigo de atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder. Cite-se: “Então, a lei deve governar preferentemente a qualquer cidadão, e segundo o mesmo princípio, mesmo sendo melhor que certos homens governem eles devem ser nomeados apenas guardiães das leis e subordinados a elas; de fato, tem de haver alguém no governo, mas não é justo, segundo dizem, que uma determinada pessoa governe se todos os cidadãos dão iguais. Pode realmente haver casos em que a lei parece incapaz de resolver, mas estes um homem também não poderia decidir”. Disponível em:

<<https://www.passeidireto.com/disciplina/filosofiapolitica?type=6&materialid=16685197>>

Acesso em: 18 mai. 2017.

de tal princípio se deu, gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais.

Já no século XVI, Maquiavel em “O Príncipe” cuidou de tratar da conjectura francesa, na qual eram identificáveis três poderes distintos: Legislativo (Parlamento), o Executivo (Rei), e um Judiciário independente. Importante observar, que para Maquiavel a separação dos poderes é notadamente desenvolvida com o fim de fortalecer o poder do monarca, na medida em que desafogava-lhe de suas funções e atribuía ao Judiciário a árdua missão de interferir nos conflitos individuais.

No que tange ao contexto inglês, desde 1215 através da Magna Carta, que estatuiu o Parlamento, o poder monárquico foi sendo gradativamente restringido. Assim, as sucessivas conquistas do pensamento liberal, expressas na edição do *Bill of Rights*, e posteriormente no *Act of Settlement* em 1701, culminaram na consagração da separação dos poderes enquanto princípio organizativo Estatal.

Destarte, as ideias de John Locke, que constituem uma verdadeira justificação doutrinária da 12ª revolução inglesa, assumem notória relevância ao lançar na obra Ensaio sobre Governo Civil de 1690, as bases da teoria clássica de separação dos poderes (MOREIRA, 2009, p. 29). Preocupado, sobremaneira, com a limitação do poder real, o autor inglês concebia o Parlamento como o principal poder do governo, haja vista ser este a expressão do poder supremo do povo, incumbido de fazer as leis e velar pelos direitos e liberdades individuais. Assim, desde os primórdios de sua evolução, a separação de poderes encontra-se associada à noção de funções fundamentais do Estado.

Em continuidade, Locke atribui ao Poder Executivo exercido pelo Rei “o poder de fazer o bem público sem se subordinar às regras”, que se desdobrava ainda, no chamado Poder Federativo, responsável pela tratativa dos movimentos de guerra e paz, alianças e ligas internacionais e tudo o mais que envolvesse as relações nacionais com os poderes estrangeiros.

A despeito de afirmar que esses poderes, em monarquias moderadas deveriam estar em mãos diversas, Locke não olvidou de considerar que, em certa medida, o poder discricionário acabaria por subsistir, vez que no manejo do bem público, de definição imprecisa, haveria sempre um pretexto para as decisões absolutistas (DALLARI, 2011, p. 216).

Depreende-se, portanto, que Locke concebia o poder judiciário intrinsecamente associado ao poder executivo. Contudo, quaisquer críticas a essa acepção restam-se esvaziadas, na medida em que, no contexto fático que permeia sua obra o Judiciário constituía órgão

submetido ao Rei (*King Bench*), cuja independência só viria a ser consagrada no já mencionado *Act of Settlement*.

Não obstante, é imperioso ressaltar que a ideia de *supremacy of the parliament* inglesa deve ser lida no contexto da *common law* vigente na Inglaterra. Neste sentido, a supremacia do Parlamento significa, em verdade, a supremacia do direito inglês, compreendido este na amplitude da *common law*, não simplesmente às normas produzidas pelo Poder Legislativo.

Isso porque, na Revolução Gloriosa de 1688 – ao contrário do contexto francês adiante mencionado – juízes e Parlamento atuaram conjuntamente na defesa do direito dos súditos contra o arbítrio do monarca. Na Inglaterra, não houve qualquer intenção ou necessidade de submeter o juiz à lei (MARINONI, 2016, p. 42). A prática jurídica, já consagrada, ressoava um direito histórico e tradicional do povo inglês que dispensava a introdução de novos direitos por vias legislativas. Assim, não se dava atenção tão grande a eventuais normas a serem produzidas pelo Parlamento e até à proteção material dos bens (CÔRTES, 2009, p. 111). A própria atuação do Legislativo originariamente era voltada mais ao complemento da *common law* do que à sua baliza. Neste sentido

Na tradição do *common law* inglês, o Parlamento considerava as decisões proferidas pelas Cortes nos casos concretos para, a partir delas, precisar e delinear a lei decorrente da vontade comum. Interessante perceber que exatamente aí surge uma primitiva noção de *due process of law*, visto como o caminho a ser seguido para a elaboração da lei ancorada nos costumes (MARINONI, 2016, p. 31).

Essa proeminência da função jurisdicional frente ao Poder Legislativo, consubstanciada no *judge make law*, pode ser compreendida ao se ter em mente que naquele país os Poderes Legislativo e Judiciário não foram alvo de uma preocupação discriminante, mas ao revés chegavam a confundir-se.

Ressalte-se: a intenção primeira era submeter o soberano ao direito inglês, e, portanto, à própria *common law*. Assim, a *supremacy of the parliament* não alterou o poder atribuído às decisões judiciais da *common law*, ao contrário reafirmou a importância desta na garantia dos direitos e liberdades do povo.

A concepção da teoria de separação dos poderes marcada por um Legislativo, Executivo e Judiciário harmônicos e independentes entre si, pode ser vislumbrada na célebre obra “Do espírito das Leis” de Montesquieu, que movido pelos ideais da Modernidade, consagrou a legitimação do exercício do poder político como garantia de liberdade dos

governados. Helena Delgado Ramos Fialho Moreira, resume bem a noção de distribuição das funções do Estado apregoada por Montesquieu na seguinte passagem:

Assim, para o francês, existiriam três espécies de poder: o legislativo, que faz as leis, o executivo, que as aplica de maneira geral e o judiciário que as aplica de maneira particular, no caso concreto. Cada um desses poderes deveria ser confiado a um organismo distinto dos outros dois, como forma de garantir a liberdade dos indivíduos contra os abusos de um poder absoluto [...]. (MOREIRA, 2009, p. 30).

Cumprir mencionar que, como fruto da conjectura social e política de seu tempo, Montesquieu lança mão da noção de liberdade, no sentido apregoado pelo liberalismo, a qual se relaciona, portanto, ao exercício dos direitos individuais sem óbices por parte do Estado. O francês, confere assim, tamanha restrição ao corpo Estatal, que nas palavras de Dallari (2011, p. 217) parece pouco preocupado em assegurar-lhe a eficiência.

Assim, Montesquieu a exemplo de seu antecessor Locke, trata da separação dos poderes a partir do âmbito funcional, por meio da distribuição de competências com vistas a organizar o equilíbrio entre potências ou corpos sociais diversos.

Importante mencionar, que apesar de Montesquieu ter mencionado o poder Legislativo destacado das demais esferas organizativo funcionais do Estado, é possível vislumbrar em sua obra uma desconfiança em relação ao poder de julgar dos magistrados, expressa na máxima “os juízes são a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar-lhe a força nem o rigor”.

Assim, ainda balizado pela importância precípua do Parlamento, ante a perspectiva de uma democracia de cunho representativo, responsável por expressar a vontade soberana do povo, em sua construção teórica Montesquieu limitou o poder do judiciário, de modo a negar-lhe a essência própria de Poder. Mais uma vez, ressalte-se o contexto histórico da obra mencionada, no qual o poder judiciário na França do século XVIII era um aparato do poder aristocrático, o que justifica a resistência em atribuir àquela noção de magistratura, ainda permeada por interesses da ordem social que representava, parcela do poder estatal.

Sem embargos, a desconfiança de Montesquieu em relação àqueles que detinham o poder pode ser sentida em outros aspectos de sua obra, que culminaram na formulação de uma teoria marcada por um mecanismo de cooperação e oposição entre os poderes do Estado, a qual posteriormente foi utilizada pelos americanos na construção do chamado *check and balances*.

Assim, a separação de poderes seria um ponto de conexão entre o exercício do poder político e a estrutura organizacional do Estado (LIMA, 2002, p. 3).

Neste sentido, Montesquieu defende a ideia de uma cooperação juridicamente vinculada entre os poderes Estatais, vez que a soberania em si é una e indivisível. Assim, ante o fim perseguido de evitar o controle do poder nas mãos de um soberano, cuidou de elucidar o controle recíproco entre os titulares dos poderes, que assim pode ser resumido:

[...] ao Executivo, por exemplo, era atribuído o poder sobre as estatuições legislativas; como o de convocar parlamento e determinar a duração das assembleias. Já o Executivo e o Legislativo, em comunhão e mediante estes mecanismos, participam da formulação dos atos legislativos. A asseverada independência do Judiciário implica na não colaboração dos diversos segmentos sociais no âmbito deste poder, pois a regra da distribuição de competência jurisdicional é a da procedência social do acusado. Haveria, portanto, uma certa independência na administração da justiça pelos diversos segmentos sociais (LIMA, 2002, p. 5).

Através desse parâmetro organizativo adotado, o que pretendia Montesquieu era um equilíbrio entre as esferas de poder, sendo por óbvio que os limites funcionais traçados de maneira evidente, não impediriam que de acordo com a necessidade de exercício de outras funções, que se fizerem necessárias.

No século XVII, através dos *levellers* a teoria da separação dos poderes chega à América e assume novas feições. Assim, prestes a se tornar postulado jurídico a noção de separação dos poderes, é associada ao Estado Democrático.

Movidos pelo ideal liberal de prevenção da tirania, os federalistas acrescentaram à separação de poderes a necessidade de eficiência e efetividade governamental. Assim, sob o influxo do direito natural de cada um governar a si mesmo (*self government*), estabelecem-se as bases para uma república democrática, em que a vontade de cada um exprime-se através de representantes livremente escolhidos e onde o exercício equilibrado do poder – e a consequente garantia dos direitos individuais – repousa necessariamente no princípio de separação dos poderes (MOREIRA, 2009, p. 31-32).

Destarte, nos dizeres de Silveira (1999, p. 77) em um sistema de especialidade do trabalho, a divisão das funções em ramos diversos de poder, contribuiria para a eficiência do Estado, por meio do desenvolvimento das habilidades inerentes ao exercício de cada atribuição, de modo a desenvolver um senso de orgulho que não seria alcançado ou superado de outra forma.

Importante mencionar que aqui o Judiciário aparece pela primeira vez como um Poder independente, componente da tríade em que cada um dos poderes fiscaliza o outro, como condição necessária ao equilíbrio das forças estatais e colaboração entre os poderes. Essa justificação encontra guarida nos resquícios advindos da colonização britânica sobre as terras norte americanas. Isso porque, na Inglaterra, por ser a expressão máxima de um sistema jurídico da *common law* que corrobora empiricamente o exercício da atividade jurisdicional, a concepção de um Poder Judiciário independente não demandou muitos esforços. Ademais, nas colônias britânicas a *supremacy of the parliament* culminou na *supremacy of the judiciary*. E explico.

No processo de colonização britânica, o respeito à *common law* inglesa foi perquirido através das Cartas. As leis coloniais deveriam respeitar o direito inglês através destas edificado. Nesta senda, cumpria ao poder judiciário o controle dos atos legislativos, que deveriam estar adstritos às cartas, isto é, à supremacia do Parlamento e dos direitos da *common law* inglesa. Portanto, a *supremacy of the parliament* deu ensejo nas colônias inglesas à *supremacy of the judiciary*, donde advém o preceito embrionário da *judicial review*.

Sem embargos, a independência das colônias americanas em 1776, exigiu uma reformulação da noção de separação de poderes. A vitória dos revolucionários exigiu a consagração do ideal republicano, sendo que essa exigência de autonomia do direito dos Estados Unidos logrou-se através de declarações de direitos, e em seguida, na Constituição Americana de 1787.

Tem-se, pois, que a formulação da doutrina dos freios e contrapesos pode ser atribuída à Constituição americana. Neste contexto em que ia se formando o que hoje chamamos de Estados Unidos da América, o princípio da separação dos poderes desenvolvido a partir da perspectiva do *check and balance* mostra-se indispensável também à própria formação da Federação, na qual, pretende-se resguardar a autonomia de cada ente, ainda que entrelaçados pelo ponto em comum da federação que os unia.

O desenvolvimento teórico da teoria da separação dos poderes nos Estados Unidos do século XVIII, estabeleceu de modo preciso um modelo organizativo institucional fundado na tripla repartição das funções estatais que encontram correspondência no Poder Legislativo, Poder Executivo e no Poder Judiciário. Assim, a Constituição norte-americana que incorporando o referido princípio espelhou o ideal democrático pautado na garantia e no livre exercício das liberdades individuais, não olvidou em trazer a delimitação da autonomia e competência atribuída às funções judicantes.

Nos dizeres de Silveira (1999, p. 99), o *balance* surgiu na Inglaterra, a partir da atividade da Câmara dos Lordes que equilibravam a atuação da Câmara dos Comuns ao compelir a edição de leis formuladas sobre o impulso momentâneo decorrente de pressão popular. O *check*, por sua vez, foi formulado pela atuação da Suprema Corte norte-americana.

Isso porque, em que pese o temor de a prática política e jurídica acabar por sedimentar um *regime de assembleia*, o controle judiciário de constitucionalidade das leis não foi de pronto incorporado a este ordenamento, sendo, ao contrário, fruto da atuação da Suprema Corte, no emblemático caso *Marbury vs. Madison*.

Este caso reserva particularidades importantes que merecem ser mencionadas. Seu contexto fático está inserido na longínqua disputa entre os federalistas e republicanos que imperava naquele país. O presidente Adams ao final de seu mandato, que perdurou entre os anos de 1797 e 1801, nomeou William Marbury como Juiz de Paz para o Distrito de Columbia. Contudo, a comissão assinada pelo Presidente e selada pelo então secretário Marshall, não foi entregue a tempo ao beneficiário. Neste ínterim, a presidência foi assumida pelo republicano Jefferson (1801/1809). Logo, Marbury impetrou com um pedido perante a Suprema Corte, a fim de compelir James Madison, à época secretário de Estado, a promover a entrega da comissão.

Marshall que agora atuava como *Chief-Justice* da *U.S* decidiu a questão de maneira inovadora. Partindo da análise do mérito da causa, chegou à conclusão de que além de ter direito ao *writ of mandamus*, Marbury faria jus a um remédio legal para sua demanda. Restaria saber, outrossim, se a Corte Suprema teria competência para tanto. E é justamente nesse ponto que se inaugurou o *Judicial Review*. Em sua decisão defendeu Marshall que a lei que estabeleceu o sistema judicial autorizava a Suprema Corte a emitir o *writ of mandamus*, pois do contrário a lei seria inconstitucional (SILVEIRA, 1999, p. 90). Cite-se:

Certamente, todos aqueles que elaboraram constituições escritas contemplaram-nas como formadoras da lei fundamental e suprema da nação e, conseqüentemente, a teoria de tal governo deve ser que um ato legislativo, repugnante à Constituição, é nulo. Se um ato legislativo, repugnante à Constituição, é nulo, pode, não obstante sua invalidade, atar o Judiciário e obrigá-lo a lhe dar efeito? Ou, em outras palavras, apesar de ele não ser lei, constitui ele uma regra tão operativa como se fosse lei? Isso seria a derrota de fato daquilo estabelecido na teoria. Pareceria, à primeira vista, uma absurdez muito vulgar para se insistir nela. É enfaticamente área e dever do departamento judicial dizer o que é a lei (BAKER, 1990, p. 407, apud SILVEIRA, 1999, p. 91).

Neste diapasão, Marshall rompeu com os paradigmas da estrita limitação ao poder de interpretação do judiciário e a partir da força de precedente advinda de sua decisão a possibilidade de o Poder Judiciário declarar nulos atos institucionais de outros poderes, por serem afrontosos à Constituição, passou a exercer influência nos Estados Unidos.

Portanto, através do precedente criado na apreciação do caso *Marbury vs. Madison*, o princípio de separação dos poderes não se resume à ideia abstrata de composição e contribuição recíprocas entre os Poderes do Estado, mas sim, pelo vislumbre prático de influência direta do processo decisório do Poder Judiciário no controle das funções Legislativas.

Cumprе observar, que essa postura do Judiciário americano elucida o mencionado *supremacy of judiciary*, na medida em que desde o período colonial foi incutido nos juizes a consciência e a prática de decretar a nulidade das leis que violassem as cartas e a legislação do Reino Inglês, posteriormente substituídas pela Constituição. Deste modo, tornou-se praticamente “natural” controlar as leis que contrariassem as constituições dos estados que acabavam de adquirir independência (MARINONI, 2016, p. 38).

Fomentou-se assim, a concepção de que os Poderes conservam uma interdependência recíproca, competindo a cada qual exercer o controle da atividade dos outros dois. Essa máxima visa tutelar, sobremaneira, as garantias e liberdades fundamentais do cidadão, prevenir a tirania e o controle arbitrário de qualquer uma das forças representativas da vontade Estatal.

Ao compor os ideais da Revolução Francesa de 1789-1799 a separação de poderes passa por nova interpretação, e, por conseguinte reflete-se de outra maneira nos postulados jurídicos e constitucionais daquele país. Lá, dado o contexto das revoluções burguesas, a separação dos poderes foi concebida de modo a sobrepôr o Legislativo, em uma soberania parlamentar absoluta. Partindo da premissa de que o Poder Legislativo é a fonte precípua da vontade nacional - vez que sua composição resulta da expressão da soberania popular – a noção de equilíbrio e interferências recíprocas fomentada pelos americanos foi relativizada.

Desta feita, o modelo de separação de poderes europeu, adotado nos países da Europa continental, sobretudo na França, resguarda diferenças substanciais em relação ao modelo difundido pelo Estado americano. Naquele país, o Judiciário sempre foi encarado com certa desconfiança.

E isso tinha razão de ser. O sistema judiciário era composto por juizes eleitos temporariamente dentro de sua respectiva ordem social. Assim sendo, atuavam muitas vezes a partir dos interesses das classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob togas (MARINONI, 2016, p. 43).

Portanto, os revolucionários, tentando superar essa conjectura aristocrática, associaram a função jurisdicional ao Poder Executivo. Em outros dizeres, conceberam a separação dos poderes no contraponto entre o legislativo e o executivo e a função jurisdicional residual integrara a função de execução das leis.

Assim, as codificações e a supremacia das Leis garantiriam a certeza e a confiabilidade necessárias ao respeito dos direitos dos cidadãos. Fortemente influenciados pelas ideias de Montesquieu perdurou a concepção do *juge bouche de La loi* e instaurou-se um regime de assembleia, o que marcou, portanto, o primado da lei nas escolas da *civil law*. Interessante paralelo entre a separação dos poderes e os resquícios deixados nas tradições jurídicas, tem-se em Marinoni:

Além da lei jamais ter anulado o poder do juiz, os próprios princípios da Revolução Inglesa davam-lhe condição para controlar os atos legislativos a partir do *common law*, já que o Parlamento, embora supremo diante do monarca, era àquele submetido. Mas, na França – como ficará ainda mais claro a seguir –, a supremacia do Parlamento objetivou amarrar o juiz ao texto da lei, transformando-o em alguém destituído de qualquer poder criativo e de *imperium*. [...] Na tradição de *civil law*, diante da estrita separação entre o legislativo e o judiciário, a vontade apenas poderia estar no Parlamento, ao passo que no *comon law*, em virtude de circunstâncias políticas completamente diferentes, nunca se cogitou de um juiz destituído de vontade [...] o *common law* confiou e apostou no Judiciário, enquanto o *civil law* escravizou-se os juízes ao Parlamento [...] (MARINONI, 2016, p. 42).

No que tange à conjectura brasileira, ante o hábito de exportação dos modelos apregoados pela ordem jurídica americana, as nossas Constituições, desde a Constituição Republicana de 1891, optaram por adotar o sistema tripartite de separação de poderes. Assim, preceitua nossa atual Carta Constitucional:

Art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ademais, a nossa Constituição adotou firmemente diversos mecanismos de exercício recíproco de controle entre os três poderes. A guisa de exemplo podem ser citados: o poder do Presidente à iniciativa legislativa (art. 84, III, CF); o poder de veto presidencial às leis inconstitucionais ou contrárias ao interesse público (art. 66, CF); o poder do legislativo para promover o impeachment do Presidente da República ou de Ministro do Supremo Tribunal

Federal (art. 52, CF) e precisamente, em relação ao Poder Judiciário o poder do exercício de controle de constitucionalidade das leis, medidas provisórias e atos administrativos.

Não obstante, os limites a essa atuação interventiva devem sempre encontrar guarida no texto constitucional. Isso porque, se assim não o fosse correr-se-ia o risco de um poder invadir indevidamente a esfera de atuação dos outros, extrapolando os limites de sua competência, estabelecidas com respaldo ao efetivo exercício das funções estatais de modo especializado. Em outras palavras, não é em vão que o Poder Estatal foi fracionado entre os ramos do governo. A cada um deles compete atuar na persecução de suas funções que lhes são próprias, sendo que a ideia de controle presume a atuação indevida por parte de outro poder institucional, o que, ao menos *a priori*, deve ser visto como uma situação excepcional que precisa ser retificada.

Em que pese a influência norte-americana – demarcada, sobremaneira, pela ideia de equilíbrio entre os poderes – no processo de “*transplante*” desse princípio à ordem jurídica pátria foram sentidos efeitos colaterais adversos ao exercício ideal desses preceitos. Isso porque no Estado Brasileiro, o cenário político é fortemente centralizado na figura do chefe do Executivo.

Esse quadro de desequilíbrio institucionalizado entre os três Poderes que integram a República, porém, a par de contar como uma das características históricas do Estado brasileiro evidencia ainda a subsistência de um risco potencial ao próprio Estado de Direito, enquanto é ele por natureza avesso à concentração de poderes, identificada como nota própria a regimes autoritários ou totalitários, através da ausência de uma efetiva independência do Poder Judiciário e da predominância absoluta dos interesses do Estado sobre os direitos fundamentais dos indivíduos. (MOREIRA, 2009, p. 59)

Sendo assim, por uma série de fatores organizacionais, políticos, históricos e culturais, no Brasil vê-se uma acentuada concentração do Poder. E ter a certeza dessa conjectura não demanda grandes abstrações. Basta notar os ciclos ditatoriais recentes vivenciados no Estado brasileiro, que ainda se recupera dos resquícios deixados por um Poder Executivo forte, autoritário e o mais preocupante, precursor de grandes afrontes à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Sem embargos, o controle de constitucionalidade revela a condição política do Judiciário atual que para além de solucionar as demandas e os dissídios individuais levados à sua apreciação, atua na defesa da sociedade frente aos abusos eventualmente cometidos pelo Estado.

Ressalte-se que no Brasil a realidade social demarcada por uma má distribuição de renda e a acumulação de bens em poucas mãos e a farta distribuição da miséria para muitos (Saffioti, 2015, p.14), exige uma maior amplitude da tutela jurisdicional. Além de pacificar os dissídios individuais e guardar a Constituição, muitas vezes o Judiciário é chamado para garantir o corolário da dignidade da pessoa humana e prover direitos fundamentais, renegados à grande parte dos cidadãos simplesmente por faltar-lhes acesso a bens essenciais. Cite-se nesse processo o fenômeno da judicialização da saúde, por exemplo.

Ademais, não deve passar despercebido o fenômeno da judicialização da política, em que o Poder Legislativo e o Poder Executivo brasileiro, em que pesem gozar das prerrogativas do sufrágio universal, enfrentam uma crise estrutural, marcada por escândalos alarmantes que envolvem sistemas de corrupção sedimentados nas estruturas de atuação política do país. Nesse contexto, a população tende a olhar para o Judiciário com uma maior atenção do que comumente é conferida à sua conduta. Destarte, recai nesse Poder, como ultima alternativa à restauração da legitimação do próprio Estado, a missão de superar ou ao menos sancionar essa problemática.

3 PRECEDENTES

Como demonstrado, a noção de precedentes advém do modelo judiciário inglês. No atual sistema jurídico vigente na Inglaterra a jurisprudência é protagonista na solução dos litígios levados à apreciação do Poder Judiciário. Apesar das mudanças estatuídas nos séculos XIX e XX, persiste ainda a preocupação com o quadro processual e com a maneira que os atos são ordenados, a fim de se obter a justa solução que a demanda exige.

Todavia, ante a estrita concepção do princípio da separação dos poderes, o caminho perseguido pela *civil law* no fomento ao respeito às decisões judiciais enquanto fonte do direito, resguarda contornos específicos. E é preciso, portanto, entendermos em qual contexto foi promulgado o novo Código de Processo de Civil e quais os efeitos dessa nova sistemática em um sistema em que, apesar de gozarem de respeitabilidade, as decisões judiciais não detêm – ou ao menos não detinham – força vinculante.

Portanto, é preciso, primeiramente, diferir a noção de precedentes da *common law*, com a ideia de precedentes na ordem jurídica brasileira.

3.1 Os precedentes na *common law*

Segundo, Osmar Mendes Paixão Côrtes (2009, p. 112-113), na tradição inglesa, a decisão judicial tem duas funções. A primeira, de dirimir a controvérsia imediata, e a segunda de estabelecer o precedente, que servirá de base para as futuras decisões. Destarte, a certeza e a existência da *common law* subsiste no respeito às regras estabelecidas pelas decisões judiciais.

Deste modo, o que se entende por jurisprudência está retido às decisões emanadas pela alta justiça, sendo que as decisões dos demais tribunais, apesar de revestirem-se de um caráter persuasivo, não constituem um precedente obrigatório. Tal assertiva conduz à admissão de um Poder Judiciário forte e independente, cujo respeito às suas decisões não pereceu com o desenrolar da história inglesa, mas, ao contrário, fomentou o respeito às instituições judiciárias, que desde sempre foram entendidas como capazes de fazer respeitar suas decisões.

É neste arcabouço que se insere o *stare decisis*, cuja definição pode ser extraída do *Black law dictionary*, nos seguintes termos: “a doutrina do precedente, que uma Corte deve seguir as decisões judiciais anteriores quando os mesmos pontos surgem em novos litígios” (CÔRTEZ, 2009, p.112). Assim, a diretriz para a solução do caso concreto está contida no núcleo das decisões tomadas em casos anteriores, em que resta evidente uma identidade fática ou jurídica análoga a questão que se busca dirimir.

Desta feita, em um sentido *lato*, precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 441). Não obstante, sua definição comporta também um sentido *stritu*, do qual normalmente se vale a dogmática ao tratar do tema. Esse sentido corresponde exatamente à *ratio decidendi* (núcleo das decisões).

A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 613). É necessária na medida em que sem ela, não se pode chegar à solução que a demanda exige e suficiente quando basta para a resolução. Portanto, por ser essencial e determinante consubstancia-se no precedente.

Em outras palavras, a *ratio decidendi* é a opção hermenêutica, necessariamente dotada de aptidão para ser universalizada, que constitui a essência da tese jurídica utilizada na solução do caso, tal como ela se apresenta. Destarte, a *ratio decidendi* é a verdadeira tese ou princípio jurídico sob o qual se assenta a decisão e passa a integrar o sistema jurídico, devendo, portanto, ser respeitada.

Todavia, existem elementos na decisão judicial que não são dotados da força obrigatória concernente à *ratio decidendi*. Aqui, insere-se o conceito de *obter dictum*. Este, a despeito de não revestir-se de autoridade vinculante, integra a decisão.

A *obter dictum* ou *dictum* diz respeito aos argumentos expostos na fundamentação de forma acessória, provisória ou secundária, que não necessários ou imprescindíveis à decisão. Sua definição pode advir também de um critério negativo, segundo o qual *obter dictum* é tudo aquilo que resta à decisão quando retirada a *ratio decidendi*.

A força vinculante da decisão emanada em um sistema obrigatório de precedentes assenta-se, portanto, na *ratio decidendi*. Destarte, nos dizeres de Didier, Braga e Oliveira (2015, p. 443), por ser o fundamento da solução de um caso, a *ratio decidendi* necessariamente será uma regra, aplicável por subsunção.

Deste modo, a extração da *ratio decidendi* pressupõe que o administrador da justiça

valha-se de um raciocínio indutivo que parte da identificação dos aspectos fático-jurídicos da causa que deságuam na sua conclusão, a qual pode ser abstraída e generalizada e pela força do *stare decisis*, uma vez identificados a similaridade das causas em apreço, será aplicada a outras demandas.

A definição desses pontos em comum, sob o qual se lançará a luz do precedente é obtida através da técnica das distinções. Por meio desta, o crivo da atuação do magistrado destina-se a encontrar equivalência nas circunstâncias do caso que lhe é apresentado, em relação àquele que deu causa ao precedente. Incumbe-lhe assim, perceber os limites e as possibilidades da *ratio decidendi*. Se porventura, encontrar elemento particular que não exista no precedente, pode completá-lo ou reformulá-lo, para chegar a uma solução razoável⁶. Destarte, a técnica das distinções é donde advêm, fundamentalmente, as regras do direito inglês.

Nesse processo indutivo, partindo de um raciocínio analógico, o magistrado extrai o alcance da *ratio decidendi*, para então decidir se as particularidades fático-jurídicas reclamam a mesma decisão prevista no precedente, ou se ao contrário, não há coincidência entre estes, ou ainda que resguardem certa aproximação, o cotejo dos elementos objetivos subjacentes ao caso em julgamento afastam a *ratio decidendi* exemplar, dando ensejo à distinção que culmina na recusa da aplicação do precedente. Assim, fala-se em *distinguishing*, quando há distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma.

Na obra de Osmar Mendes Paixão Côrtes, depreende-se que:

A jurisprudência e a doutrina inglesas, atualmente, para verificar se um precedente é ou não aplicável, tendem a considerar não a razão de decidir conforme a decisão originária, mas conforme uma futura, e mais, atual, interpretação dada a ela. Isso é interessantíssimo porque bem mostra a importância de uma interpretação próxima da realidade atual, também na *common law* (CÔRTEZ, 2009, p. 118).

Portanto, na *common law*, enquanto um sistema aberto, o que ocorre é que o juiz para a solução da demanda que lhe é apresentada vale-se dos métodos distintivos segundo os quais intenta-se obter a norma, talvez nova, que deverá ser aplicada no caso *sub judice*. Assim, como ressalta René David (1998, p. 326), uma nova situação corresponde, deve corresponder, segundo o jurista inglês, uma nova regra a nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução ela foi emitida.

⁶ CÔRTEZ. Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2009, p. 118.

A despeito de tais premissas, Marinoni faz uma excelente análise da nítida confusão que pode emergir entre o *stare decisis* e a *common law* e, oportunamente, atenta para os limites entre estas concepções. Nas suas palavras:

Portanto, não há que se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu por vários séculos sem *stare decisis* e *rule of precedent*. [...] Com efeito, o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen* (MARINONI, 2016, p. 29-31)

Isto posto, tem-se que embora os precedentes representem talvez a fonte mais expressiva do direito inglês, a admissão de sua força vinculante não significa, segundo o autor, que o Judiciário cria o direito. Deste modo, não é incomum que os precedentes da *common law* possuam natureza meramente interpretativa, sobretudo no contexto norteamericano pautado em uma Constituição escrita. Nesta senda, a atividade do magistrado culmina na afirmação do sentido do direito, não em sua construção propriamente dita, servindo, portanto, à estabilidade das decisões judiciais.⁷

Ademais, a força imperativa da proeminente distinção entre a *stare decisis* e a *common law*, funda-se nos próprios fatores históricos já mencionados. A vinculação dos precedentes na *common law* foi alimentada – pra não se dizer constituída e recair no erro de desconsideração de outros fatores relevantes – pela emergente necessidade de conferir segurança às relações jurídicas que sentiram os efeitos da expansão da indústria e do comércio no século XIX, e tornaram-se pois, mais complexas.⁸

Neste contexto, é forçoso concluir que a *common law* ao conferir força vinculativa aos precedentes, lançando mão da *stare decisis*, preocupou-se, em verdade, com a necessidade de se auferir a segurança jurídica e a certeza do direito, imprescindíveis a todo e qualquer sistema jurídico. Resolveu-se assim, a indesejada possibilidade de, a partir de um mesmo fato, serem extraídas diferentes soluções jurídicas.

⁷ No interior da *common law* emergiram duas teorias principais quanto ao significado da função jurisdicional. A primeira delas sustentava que o juiz apenas declarava o direito, e seu principal precursor foi William Blackstone - teoria declaratória. Ao revés, a teoria constitutiva encabeçada por Jeremy Bentham e Jhon Autin acredita que o direito é produto da vontade do magistrado.

⁸ A força vinculante dos precedentes foi reconhecida nas primeiras décadas do século XIX, no caso *London Tramways Company v. London Country Council*, oportunidade em que a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito auto-vinculante do precedente, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízos de grau inferior, denominada de eficácia vertical do precedente.

Não obstante, tal assertiva não deve conduzir à limitada concepção de que as leis no sistema inglês assumem um papel secundário. Os princípios jurídicos criados pelas leis inglesas têm notória importância nesse ordenamento jurídico, haja vista que há ao menos, uma supremacia formal das leis emanadas pelo Parlamento, as quais não podem ser descumpridas pelo juiz⁹. Assim, os precedentes, a lei e os costumes constituem a fonte do direito nesse sistema (MARINONI, 2016. p. 31).

Mister ressaltar, que sobretudo a partir do século XX, a *common law* tem se mostrado mais aberta ao desenvolvimento legislativo, e vem, progressivamente lançando mão dos conceitos gerais em uma maior preocupação com a substância do direito. Assim, em um movimento de aliança entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, que refletem as novas necessidades advindas das demandas socialistas, e ainda com o intento de se construir uma nova sociedade integrada, política e economicamente, com o continente Europeu, um intenso movimento legislativo desenvolveu-se na Inglaterra nos últimos cem anos, principalmente a partir de 1939. Assim, explica René David:

Administrado por comissões administrativas de títulos diversos, o novo direito pode constituir de fato, um direito da administração (*law of administration*) por oposição ao direito dos juristas (*lawyer's law*) [...]. É este novo direito que, frequentemente, interessa mais diretamente aos particulares (direito de pensões, da previdência social, etc.) e igualmente à economia inglesa (direito econômico), mais que o direito cuja aplicação continua inteiramente nas mãos dos juristas e das jurisdições tradicionais.

[...]

A lei desempenha, na Inglaterra de hoje, uma função que não é inferior à da jurisprudência (DAVID, 1998, p. 347).

3.2 A jurisprudência e os precedentes na *civil law*

No que tange à *civil law*, o caráter conferido às decisões judiciais, dado o recorte entre as funções Jurisdicionais e a função legislativa, difere-se em muito em relação àquelas advindas da *common law*. Posto isso, importante compreender a tradicional compreensão das decisões judiciais enquanto fonte do nosso ordenamento.

⁹ Luiz Guilherme Marinoni chega a afirmar que no sistema da *common law*, a autoridade da lei é superior à das decisões judiciais, e não o contrário (MARINONI, 2016. p. 32).

Destarte, em decorrência da já explanada supremacia do Poder Legislativo, na atividade jurídica da *civil law* tradicionalmente não se fala em *stare decisis*, nem em precedentes judiciais, mas sim em jurisprudência.

Maria Helena Diniz (2009, p. 296) define a jurisprudência como o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. Portanto, para a autora a jurisprudência é o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional, representando, desse modo, uma fonte formal, não estatal do Direito.

Por sua vez, Tercio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 238), vê na jurisprudência uma fonte interpretativa da lei, mas não uma fonte do direito, e, justifica a resistência doutrinária em atribuir à jurisprudência da *civil law* o caráter de fonte do direito na seguinte passagem:

O sistema romanístico, assim, em oposição ao anglo-saxônico, caracterizase, em primeiro lugar, pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões; segundo, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; terceiro, o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes; em suma, vige o princípio (regra estrutural do sistema) da independência da magistratura judicial: o juiz deve julgar segundo a lei e conforme sua consciência (FERRAZ JR., 2003, p. 238).

Osmar Mendes Paixão Cortês (2009, p. 154) conceitua a jurisprudência como conjunto de sentenças judiciais do qual se pode inferir uma norma geral nova ou certa interpretação de um texto legal preexistente. O referido autor entende ainda, que a jurisprudência na tradição romano-germânica, na qual o juiz não tem papel criador parte, sempre, de uma interpretação normativa, seja regra ou princípio.

Suas ideias muito se assemelham, portanto, ao olhar lançado por René David no papel que a jurisprudência exerce no processo decisório. Constemos suas palavras:

A jurisprudência não está vinculada pelas regras que ela estabeleceu; ela não pode mesmo invocá-las, de modo geral, para justificar a decisão que vai proferir. Se numa nova decisão os juízes aplicam uma regra que já tinham anteriormente aplicado, isto não é devido à autoridade que esta regra adquiriu pelo fato de a terem consagrado; com efeito, esta regra não tem nenhum caráter imperativo (DAVID, 1998, p. 120).

De todo modo, é possível afirmar que a jurisprudência no sistema romanístico

de direito, está iminentemente associada ao processo de interpretação das leis editadas pelo Poder Legislativo. Portanto, a despeito de as decisões emanadas pelos órgãos judiciais assumirem uma respeitabilidade que, por razões de política judiciária, deve ser observada, estas não são, pelo menos *a priori*, vinculativas.

Contudo, a força dessa premissa tem sido relativizada.

Isso porque, a supremacia do movimento constitucionalista nos países de tradição romano-germânica conduziu a um escalonamento normativo, no qual a validade dos demais atos legislativos do sistema sujeita-se à adequação aos preceitos constitucionais. Doravante, os direitos fundamentais não mais se assentam nas leis, mas sim na Constituição.

Nesse contexto a atuação do Poder Judiciário assumiu novos contornos, com vistas à garantia aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal. Reformulouse assim, a própria concepção da interpretação judicial.

A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu aos seus juízes um poder similar àquele do juiz infles submetido ao *common law* e, bem mais claramente ao do juiz americano dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas o dever de dimensioná-lo na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distante. Aliás o juiz brasileiro tem poder “mais extenso” do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes (MARINONI, 2016, p. 35)

Destarte, se antes se afirmava a utopia de que o juiz poderia atuar apenas dentro dos quadros descritivos legais, o perpassar histórico revelou que a despeito dessa limitação, caberia ao juiz justamente definir quais seriam esses quadros. Em outras palavras, começaram a florescer diferentes interpretações a uma mesma norma jurídica, que culminou na ideia de que no processo decisório decorrente da interpretação das leis, o juiz não apenas declara o sentido da norma, mas ao revés, atribuem os sentidos possíveis que podem ser extraídos dos enunciados normativos. O suprimimento de lacunas pela jurisprudência fomentou essa acepção.

Desta feita, a nossa Carta Constitucional de 1988 e as emendas que lhes sucederam cuidaram de trazer à *civil law* a experiência da vinculação das decisões judiciais, ao conferir efeito vinculativo e *erga omnes* às decisões judiciais emanadas em sede de controle constitucional de leis e prever expressamente a súmula vinculante.

No que tange ao controle de constitucionalidade no Brasil, mister destacar que a

nossa Constituição é rígida, o que significa, que as alterações de seus preceitos demandam um processo mais dificultoso, mais árduo e mais solene do que aquele necessário à alteração das leis infraconstitucionais.¹⁰ Isto posto, o manejo do controle de constitucionalidade não prescinde da rigidez da Constituição e da égide do princípio da supremacia da Constituição.

Hodiernamente, o controle de constitucionalidade encontra-se em crescente expansão. De acordo com Gilmar Mendes (2012. p. 1.470), cuida-se mesmo de uma nova divisão de Poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade.

Em linhas gerais, é possível afirmar que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é híbrido ou misto, haja vista a postura do legislador constituinte ao adotar os modelos de controle difuso e concentrado¹¹. Não obstante, a Constituição Federal de 1988, ampliou consideravelmente os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis.

Até a promulgação da Carta Constitucional, predominava no sistema brasileiro o modelo difuso de controle de constitucionalidade. Em que pese coexistirem no ordenamento, elementos do sistema difuso e do sistema concentrado, tal como ainda se apresenta nos tempos atuais, o antigo monopólio da ação direta por parte do Procurador-Geral enquadrava-a como elemento acidental no âmbito de um sistema difuso predominante. Assim, é a partir desses ditames, que se pode analisar a importância da inserção de uma ampla competência de legitimados para propositura de ações direta de inconstitucionalidade¹².

Inicialmente, cumpre mencionar os traços principais de cada um dos aludidos sistemas. O controle concentrado é deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial (SILVA, 2014, p. 52). Nesse caso, a questão constitucional é de iniciativa dos constitucionalmente legitimados, que por meio de um processo autônomo ou por uma

uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

¹⁰ Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada

- ¹¹ O controle de constitucionalidade das leis pode ser exercido através da ação direta de inconstitucionalidade; da ação declaratória de constitucionalidade; da ação direta de inconstitucionalidade por omissão; representação interventiva destinada a aferição da compatibilidade de direito estadual e os chamados princípios sensíveis (art. 34, VII c/c art. 36, III); e pelas técnicas de interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.
- ¹² Art. 103 da Constituição Federal: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.
- ação principal, intentam objetivamente a análise da inconstitucionalidade da lei, sendo que a decisão em regra possui efeitos *ex tunc*, sendo atingida, portanto, em seu plano de validade.

O controle abstrato das normas sofreu profundas alterações com o advento da EC 3/93 que criou a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou federal (CF, art. 102, I, a c/c art. 103) sendo esta posteriormente aprimorada por meio da EC 45/2004, que igualou a legitimação ativa para propositura de ADC e ADI. Ao lado desses mecanismos a Magna Carta prevê ainda: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, inciso I a IX e §2º) e a representação interventiva em havendo o descumprimento de princípios constitucionais sensíveis ou recusa a execução de lei federal (art. 36, III).

Destarte, como bem ressalta Gilmar Mendes (2012, p. 1.498), a ampliação do modelo abstrato de controle de constitucionalidade das leis, reduziu o significado do controle incidental ou difuso, haja vista que todas as controvérsias constitucionais relevantes podem desde então, ser diretamente submetidas ao Supremo Tribunal Federal. Assim, ainda de acordo com o nobre jurista, a consolidação do controle abstrato de normas incute a impressão de que esse sistema foi vislumbrado pelo constituinte como peculiar instrumento de correção do sistema geral de incidentes (MENDES, 2012, p. 1.497).

A lucidez dessa afirmação encontra guarida na previsão contida no art. 102, §2º da Constituição, que determina que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Lado outro, o sistema de controle difuso de constitucionalidade é exercido por todos

os órgãos do Poder Judiciário. Sendo assim, em geral, esse critério de controle jurisdicional está associado ao modo incidental, ou por via de exceção, vez que em premissa, a questão da inconstitucionalidade é suscitada - pelas partes, pelo Ministério Público, podendo ainda ser reconhecida por iniciativa do juiz competente - a partir de uma situação fática concreta que originou um processo ou ação judicial, na qual o objeto não é *per si* o exame da constitucionalidade da lei.

A decisão proferida em sede de controle difuso tem o condão, apenas, de afastar a aplicação da lei *in concreto* (CF art. 97; 102, III *a a d* e 105, II, *a e b*). Assim, os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, nesse caso, serão sentidos apenas entre as partes. Portanto, eventual julgamento incidental não gera a nulidade da lei e esta ainda se faz presente no ordenamento, podendo, inclusive, ser aplicada a outros casos concretos.

Ocorre que desde a Constituição de 1934, o teor do seu art. 91, IV, que subordinou a eficácia *erga omnes* da decisão *incidenter tantum* de inconstitucionalidade à resolução do Senado Federal, vem se reproduzindo nas demais Cartas, cuja previsão também não escapa à Constituição Federal de 1988. Assim, prevê seu art. 52, inciso X:

Art. 52: Compete privativamente ao Senado Federal:

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, subsiste ainda, a determinação da cláusula de reserva de plenário, instituída no art. 97 da Magna Carta, que condicionou a declaração de inconstitucionalidade ao quórum especial da maioria absoluta dos Tribunais. Tais previsões fazem jus a uma análise mais detida.

A técnica do sistema difuso de controle de constitucionalidade foi importada do chamado sistema de *writ of error* americano, cujo pedido consistia em revisão ampla de decisões de tribunais inferiores pela Suprema Corte (MENDES, 2011, p. 1.326). Assim, sendo, as decisões emanadas, vez que estamos diante de um típico sistema da *common law*, gozam de eficácia vinculante pela inerência do mecanismo do *stare decisis*. Contudo, como no Brasil não há esse sistema, valeu-se o constituinte da estrita concepção de Separação de Poderes, ao conferir ao Poder Legislativo, como coordenador dos Poderes, a missão de atribuir efeitos vinculantes e *ex tunc* às decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Ademais, a partir da famigerada emenda constitucional n. 45, vige no nosso

ordenamento o sistema da Súmula Vinculante, cuja previsão está contida no art. 103-A da Constituição Federal.

A partir desta confere-se efeito vinculativo às decisões jurisdicionais consolidadas por meio de repetição sistemática de entendimentos em um mesmo sentido. Segundo Cortês (2009, p. 191) é como se houvesse uma intenção em se aproveitar também da bem-sucedida experiência da *common law* com os precedentes vinculativos. Assim, a despeito da norma não ser extirpada da ordem jurídica, a administração deverá atuar com base na interpretação consolidada, sob pena de ter sua decisão cassada, por meio de reclamação julgada procedente (§3º do art. 103-A).

Neste sentido, Osmar Mendes Paixão Cortêsa (2009, p. 193), em obra destinada exclusivamente à temática ressalta o risco de ser ofendido o princípio da separação dos poderes, vide art. 2º da Constituição Federal na medida em que, segundo o autor, se o Senado pode recusar-se a suspender a eficácia de uma lei declarada inconstitucional incidentalmente pelo STF, pelos mesmos motivos a Administração Pública (também sujeito aos efeitos gerais e vinculantes) não poderia ser obrigada a seguir o entendimento consolidado do Poder Judiciário.

Sem embargos a essa proposição, é importante ressaltar que a Súmula Vinculante não resulta de uma atividade isolada, sendo outrossim, resultado da compreensão de que as interpretações conferidas à Lei Maior devem ser observadas pelos demais órgãos do poder judiciário, sob pena de comprometer a segurança jurídica do ordenamento ao se conferir decisões discrepantes a uma mesma tese, e por conseguinte, incutir nos tutelados pela atividade jurisdicional a incerteza quanto à legitimação de seus direitos. Igualmente, é requisito objetivo à edição da súmula antecedente decisão do plenário do STF ou decisões repetidas das Turmas.

Ademais, a Súmula Vinculante está longe de ser norma jurídica. O próprio constituinte, ciente talvez do risco de engessamento da atividade jurídica previu na Lei Maior instrumentos que possibilitem a revisão ou o cancelamento da Súmula Vinculante. Sendo assim, ante uma necessidade real vislumbrada a partir da superação do entendimento sumulado, que podem insurgir seja por novas, percepções novos aspectos, anteriormente não presentes ou não visualizados, entrelinhas sensibilidades, situações fáticas nos quadros sujeitos a vinculação, seja a partir de uma concepção jurídica ou dogmática culminada na atribuição de um novo sentido à norma, a súmula vinculante poderá ser editada, cancelada, ou revogada¹¹.

¹¹ O art. 103-A foi regulamentado pela Lei n. 11.417/06.

No mesmo sentido, cumpre mencionar que a súmula carece de caráter normativo, na medida que não se resume em uma proposição hipotética, abstrata e geral, editada pelo Poder competente, ou seja, não resulta da atividade do legislativo, que representa ao menos em tese a vontade geral consubstanciada em lei. Sendo assim, a súmula diz respeito sobremaneira, a um mecanismo de política judiciária que através de um método de trabalho que visa a partir do estabelecimento de um sentido interpretativo conferido à norma constitucional, evitar que teses já exaustivamente trabalhadas pelas Cortes Supremas, tornem a ser objeto de controvérsia e aumente o influxo de demandas em que já há uma interpretação plausível consolidada. Para concluir:

Discordamos, nessa linha, da atribuição de caráter normativo as sumulas, ainda que dotadas de efeito vinculante. Isso não pode faltar, eventualmente, as sumulas legitimidade, mas por não se destinarem à previsão geral, abstrata e *erga omnes* de determinada situação objetiva para a qual há dada consequência jurídica. As súmulas são, na verdade, a fixação de determinado sentido interpretativo dada norma, vinculado a hipótese fática que deu origem a esse sentido interpretativo. Vincula-se não a atividade jurisdicional pela criação de uma norma, mas, a partir do estabelecimento de um sentido interpretativo, vinculam-se as decisões futuras a esse sentido. Apenas isso (CÔRTEZ, 2009, p. 199).

Ate o exposto, a questão salutar a ser desenvolvida nesse ponto é que tanto a previsão da súmula vinculante, quanto a eficácia *erga omnes* das decisões emanadas em sede de controle de constitucionalidade, residem em uma previsão constitucional. Assim, há uma autorização expressa nesse sentido.

Neste diapasão, a concepção do *check and balances* demanda que os limites de exercício das funções estatais estejam previstos na Carta Constitucional. Assim, por mais que se questionem o caráter de norma jurídica das previsões em comento, certo é que elas estão autorizadas expressamente pela Constituição Federal. E assim sendo, não há dúvida que, mormente no que tange ao controle de constitucionalidade, este deve ser encarado como o modo mais refinado de o poder judiciário estabelecer os limites e contrabalancear a atividade legislativa.

Aí é que se insere, portanto, a problemática dos mecanismos trazidos pelo Código Civil, que conferem força vinculativa às decisões judiciais. Questiona-se, pois, se a legislação ordinária teria legitimidade para prever tais efeitos. Estar-se-ia diante de uma inflação desmedida do Poder Judiciário?

É com base nessas premissas e nesses questionamentos que o jurista e

processualista Nelson Nery Junior defende a inconstitucionalidade dos precedentes trazidos pelo Código de Processo Civil. Suas duras críticas quanto a esses institutos, podem ser sistematizadas na seguinte passagem:

Talvez seja melhor do que justificar a adoção do instituto com base na interpretação errônea do instituto do *common law*, apelando-se para a necessidade de julgamento célere que acabou por ser consagrada como regra constitucional (CF 5.º LXXVIII), como se outros meios (administrativos, p.ex.) de solução do grande acúmulo de feitos a julgar não fossem possíveis

[...]

Saímos, portanto, do perigo e da inconveniência do juiz boca da lei, para ingressarmos no incógnito juiz boca dos tribunais. Assim como o juiz não é a boca da lei, pois a interpreta, analisa os fins sociais a que ela se destina para aplicá-la ao caso concreto, culminando com a sentença de mérito que é a norma jurídica que faz lei entre as partes, o juiz também não é a boca dos tribunais, pois deve aplicar a súmula vinculante e o resultado da procedência da ADIn ao caso concreto (CF 102 § 2.º e 103-A; CPC 927 I e II), e, nas demais situações (CPC 927 III a V), aplicar livremente os preceitos abstratos e gerais (leis, *lato sensu*) constantes da súmula simples dos tribunais, orientações do plenário ou do órgão especial do TRF e TJ, justificando a aplicação ou não do dispositivo oriundo do tribunal. Só existe hierarquia jurisdicional do tribunal sobre o juiz no caso de competência recursal, vale dizer, quando o tribunal, qualquer que seja ele, julga matéria de sua competência recursal. Aqui pode o tribunal cassar e reformar a decisão recorrida, em acórdão que vincula e vale apenas para o caso concreto. Nisso reside a hierarquia prevista no sistema constitucional brasileiro. Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com característica de lei, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem casos concretos, que resolvem lides objetivas (e.g. ADIn) e subjetivas (e.g. RE, REsp). Não legislam para todos, com elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à súmula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses [...] (NERY, 2015, p. 1.912).

No mesmo sentido, o advogado Georges Abboud, critica a instituição do sistema de precedentes no Código de Processo Civil, vez que, nesta senda o princípio da tripartição dos poderes e o regime democrático foram atingidos.

Em entrevista recente ao Portal Jota (2016), tanto Georges Abboud como Nelson Nery Junior, foram enfáticos ao criticarem o modo em que a função jurisdicional vem sendo conduzida pelos tribunais superiores, que segundo estes, não são tribunais de teses. As Cortes Supremas seria, na visão destes, tribunais que julgam casos concretos, através de recursos oriundos da segunda instância. Para elucidar cumpre trazer à lume o seguinte trecho:

Abboud – O precedente genuíno se impõe pela força da autoridade, pela consistência, pelo conteúdo. [...] O precedente cria uma complexidade. O nosso sistema vinculatorio busca reduzir uma complexidade. É uma confusão

de nomenclatura que gera muito risco [...]. No Brasil, temos uma prática institucional democrática complicada em relação aos três poderes, a força normativa da Constituição ainda é uma batalha de todo jurista. Uma forma de ter controle de padrão do Judiciário é que ele só possa julgar a partir de critérios jurídicos – Constituição e leis. Quando você cria vários padrões vinculantes do Judiciário você permite que ele julgue a partir de provimentos do próprio Judiciário – decisões repetitivas, IRDR, assunção de competência [...].¹²

3.2.1 O sistema de precedentes no novo CPC (arts. 926 a 928)

Em que pese a força de tais críticas, o novo Código de Processo Civil tem como sua principal novidade o realce outorgado ao tema dos precedentes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 149). O legislador ordinário ciente da importância da justificação das decisões judiciais como meio para promoção da unidade do direito e concretização reconstrutiva dos mandamentos normativos, bem como com a segurança jurídica e o princípio da igualdade, previu na sistemática processual civilista brasileira, dispositivos diversos que cuidam da observância às decisões judiciais (art. 926, art. 927 e art. 928).

Neste sentido, o art. 926 do CPC prevê o dever dos tribunais em uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável íntegra e coerente. Ainda, seguem os §§ 1º e 2º afirmando: “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” e “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”, respectivamente.

Neste ponto, merece atenção a terminologia utilizada pelo legislador ordinário, que lança mão dos conceitos de súmula, jurisprudência dominante e precedentes.

Nos dizeres de Didier, Braga e Oliveira (2015, p. 487) súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. Neste sentido, haveria uma evolução quantitativa consubstanciada no enunciado da súmula. O precedente – leia-se, a norma geral extraída à luz de casos concretos de outro texto – quando reiteradamente aplicado em casos futuros, constitui jurisprudência dominante, que através da súmula é sintetizada e escrita como uma norma jurídica construída

¹² Entrevista concedida por Nelson Nery Junior e Georges Abboud ao Portal Jota. Entrevistadora: Bárbara Pombo. São Paulo: Jota.info, 21 dez. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/justica/nucleoduro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-21122016>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

jurisdicionalmente. Em síntese, a súmula, deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada.

Do ponto de partida (texto legal) ao ponto de chegada (texto sumulado) estão os precedentes que compuseram a jurisprudência que veio a ser dominante; precedentes esses que também são textos a serem interpretados, considerando as circunstâncias fáticas subjacentes que serviram de base para sua construção. [...] Valor maior é atribuído ao precedente reiteradamente reproduzido em decisões dadas em casos futuros e que constitui, pois, jurisprudência. É essa constância e repetição homogênea e quantitativa do precedente da sua opção interpretativa que dá uniformidade e estabilidade à regra geral que dali se extrai, tornando-a pauta de comportamento e julgamento para quem julga e para quem é julgado (DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, 2015, p. 487).

Não obstante, há precedentes que prescindem dessa repetição sistematizada por gozarem de eficácia normativa, cite-se, pois as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmula vinculante (art. 927, incisos I e II).

Lado outro, Luiz Guilherme Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 609-610), conferem interpretação diferente ao sistema de precedentes trazido pelo Código de Processo Civil de 2015. Segundo estes autores, os precedentes para além dos aspectos formais e quantitativos são materiais e qualitativos. Assim, os precedentes constituem razões generalizáveis que podem ser extraídas do julgamento dos casos pelas Cortes Supremas (e apenas destas). Desta feita, o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça são cortes de interpretação e de precedentes. Os demais tribunais são Cortes de controle e de jurisprudência. As súmulas, por sua vez, podem emanar de quaisquer dessas cortes.

Para os nobres juristas, o que ocorreu foi uma ressignificação dos termos jurisprudência e súmula empregados pelo CPC. Assim, se antes a súmula poderia ser entendida como um método de trabalho para ordenar e facilitar a tarefa judicante, agora reconhece-se estas como guias para a interpretação do direito, para o sistema de administração da Justiça Civil como um todo e para a sociedade civil em geral. De igual sorte, a jurisprudência não mais se resume na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para solução dos casos concretos, que, a partir da múltipla repetição passam a servir de parâmetro de controle. Doravante, ao emprestar força vinculante aos julgamentos de casos repetitivos e àqueles tomados em incidente de assunção de competência, dispensa-se a múltipla reiteração de julgamentos como requisito para esta configuração. Cite-se:

Por decorrer da decisão o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a

prolação da decisão da maneira como foi prolatada. Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões. Por essa razão, operam necessariamente dentro da moldura dos casos dos quais decorrem. Os precedentes emanam exclusivamente das cortes supremas e são sempre obrigatórios – isto é vinculantes. Do contrário poderiam ser confundidos com simples exemplos. [...] Assim, pode ocorrer, que um julgamento de recursos repetitivos não consubstancie na formação de um precedente, caso não tenha as razões determinantes e suficientes claramente identificáveis, apesar de oriundos da forma indicada pelo novo Código (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 611).

Portanto, segundo estes autores, no interior do sistema da *civil law* não impera a distinção entre os precedentes persuasivos e precedentes obrigatórios, tal como ocorre na *common law*. Isso porque, enquanto símbolo do império do Direito advindo da colaboração entre o Legislativo e o Judiciário, todos os precedentes são obrigatórios.

Por sua vez, Nery Junior (2016, p. 1.908) define a súmula como o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal que vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados (NERY JR, 2016, p. 1.908). Convém trazer à lume importante crítica feita por este autor quanto à noção de súmula nos termos enunciados pelo Código de Processo Civil.

A súmula, todavia, não pode ser confundida com o precedente propriamente dito, aquele do *common law*, como tem feito boa parte da doutrina e como faz o CPC [...]. O imaginário jurídico nacional carrega em si a tendência a simplificar a aplicação do direito mediante a colação de decisões em mesmo sentido e os compêndios de jurisprudências; após a Constituição Federal com a recepção equivocada da jurisprudência dos valores, da ponderação e do ativismo norteamericano, e o crescimento avassalador do número de recursos, as súmulas vinculante e a repercussão geral foram criadas para restringir a interpretação. E a aplicação desses métodos nada mais expressa do que a tendência do direito nacional a enfraquecer a doutrina e a fazer com que o tribunal atribua sentido à lei (NERY JR., 2016, p. 1.908).

Sem embargos, certo é que o mencionado parágrafo primeiro do art. 926, ao prever que os tribunais ao editar enunciados de súmula deverão ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, objetivou que através destas a *ratio decidendi* dos precedentes restasse sistematizada.

De todo modo é preciso observar que, tal como acontece no processo de aplicação das leis editadas pelo Poder Legislativo, o magistrado está incumbido, também de situar a questão de direito posta no caso no âmbito do precedente invocado. Destarte, mediante a utilização de um raciocínio analógico, recai sobre este o ônus de demonstrar

fundamentadamente que a solução para a questão apreciada reside na *ratio decidendi* de outro caso paradigmático. É nesse íterim que o magistrado deve lançar mão da já mencionada distinção (*distinguishin*).

Em continuidade, prevê o art. 927 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 927: Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Importante observar a determinação contida no §1º em comento. Isso porque a proposição do art. 489, §1º, inciso V, do CPC, condiciona a fundamentação da decisão à consideração dos fundamentos determinantes identificáveis nos casos em que um precedente é invocado pelo magistrado. Assim, resta evidente a posição precípua da noção de *ratio decidendi* e dos precedentes no atual sistema processual brasileiro. É preciso ter em conta que

[...] não bastasse a exigência constitucional da decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenham bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, com rigorosa observância do art. 489, §§1º e 2º, CPC, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.447).

No mesmo sentido, ainda nos dizeres de Didier, Braga e Oliveira (2015, p. 371), a decisão judicial que não expõe a norma jurídica geral e abstrata é viciada (*ratio decidendi*) e não pode ser invocada como precedente, sendo que seus outros elementos podem ser invalidados vez que pressupõem a existência da fundamentação.

Ademais, sob a perspectiva da força obrigatória dos precedentes, a qualidade da fundamentação das decisões judiciais deve ser substancialmente repensada. Isso porque, nesse sistema a exigência da fundamentação das decisões (art. 93, IX, CF), não se presta mais à simples resolução dos casos concretos, mas, sobremaneira, à definição do significado do direito e como meio de promoção à sua unidade. Exige-se assim, que sua motivação exare todas as questões essenciais perpassadas no caminho decisório, bem como, ao lançar mão ou não de um precedente, deve transcorrer de maneira explícita todas as questões fáticas dirimidas e as razões adotadas na aplicação de determinada tese jurídica em detrimento de outra.

Em continuidade, nos §2º a §4º o legislador ordinário cuidou da alteração ou modificações dos precedentes.¹³

Nos dizeres de Nery Junior (2016, p. 1.908) o sentido da estabilidade da jurisprudência não quer dizer que esta não poderá ser alterada, o que seria inconcebível ante as transformações sociais e econômicas inerentes à sociedade moderna, mas quer dizer, em verdade, que esta alteração deverá se dar com um propósito, a fim de manter a coerência e integridade do entendimento jurisprudencial.

Assim, no nosso sistema, a superação de um precedente e o abandono à orientação anterior, deve ser sempre expressa, haja vista o império da exigência de fundamentação adequada e específica, advinda, preferencialmente, de robusta carga argumentativa. É por isso, que Didier, Braga e Oliveira (2015, p. 343) rechaçam a possibilidade de imperar no nosso sistema a *transformation* (alteração parcial do precedente em razão de novas considerações fático-jurídicas). Isso porque, a superação de um precedente pressupõe o diálogo com o precedente anterior. Deste modo, a *transformation* constitui uma superação implícita deste e assim sendo, ofende o dever de coerência decorrente do art. 926.

Essa obrigação só pode ser excepcionada quando a não aplicação do precedente

¹³ A superação de um precedente pode ser vislumbrada também na possibilidade de revisão e cancelamento de súmulas vinculantes, que tem previsão no art. 103-A, §2º da Constituição Federal e na Lei n. 11.417/06.

decorrer da superveniência de lei nova, com ele incompatível. Nesse diapasão, a ponderação da revogação é prescindível não tendo que se falar em ofensa ao princípio da segurança jurídica. Contudo, essa possibilidade não condiz com a revogação do precedente nos termos prelecionados no Código de Processo Civil.

Não deve passar despercebido ainda, a necessidade de sinalização (*signaling*) de alteração do precedente, sob a égide do princípio da confiança. E a previsão contida no art. 927, §4º vai de encontro a essa premissa, vez que segundo esta, a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Neste sentido, em um sistema que preza pela isonomia, confiança e vedação da surpresa injusta é recomendável conferir aos interessados a possibilidade de manejar suas escolhas socioeconômicas sob o pressuposto de confiança legítima da tutela jurisdicional.

Assim, para se afastar a possibilidade de prover um tratamento não isonômico entre pessoas que se encontram em situações idênticas ou semelhantes, a superação de um precedente além de dever ser adequada e especificamente fundamentada (art. 927, §4º do CPC), deve sempre que possível ser sinalizada pelos órgãos jurisdicionais. É dever, destes, portanto, sinalizar eventuais mudanças de orientação do tribunal.

Cumprе mencionar, que um precedente perde a sua força vinculativa não porque a situação fática apresentada foi alterada, mas sobremaneira, porque restou necessário e imprescindível que lhe seja conferida uma nova tese jurídica. Assim, ante determinadas circunstâncias específicas, a valoração judicial pode ser alterada, e assim o sendo, seria inconcebível submeter os órgãos jurisdicionais competentes a uma decisão que não mais se apresenta como viável para a demanda. Destarte, o próprio tribunal que fundou o precedente pode abandoná-lo.

Não obstante, ainda preocupado com a segurança jurídica e com o princípio da confiança legítima do jurisdicionado, o legislador ordinário cuidou de trazer no art. 927, §3º do CPC, a previsão expressa e genérica da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que altera a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos. Esta previsão é de suma importância para a garantia do princípio da igualdade e da boa-fé. Em um sistema de força obrigatória dos precedentes é preciso prover aos tutelados a garantia da estabilidade das suas relações jurídicas, sendo que a modulação dos efeitos das decisões deve sempre ter em conta as legítimas

expectativas sociais advindas de decisões reiteradas em um mesmo sentido. Neste sentido, é imperioso que o magistrado, no manejo dessa técnica tenha a sensibilidade para modular a eficácia temporal da revogação do precedente seja de forma prospectiva ou retrospectiva, tendo em conta o *animus* legítimo incutido no jurisdicionado e a vedação da surpresa injusta.

Didier, Oliveira e Braga (2015, p. 498) defendem que a eficácia temporal do precedente é retroativa, a despeito da possibilidade de revogação prospectiva assente em uma fundamentação mais justificada. Na lição destes

A fixação da revogação com regra prospectiva acabaria por facilitar ainda mais o *overruling* de precedentes, especialmente no Brasil, em que um dos desafios do *stare decisis* é a estabilização do posicionamento dos tribunais superiores [...]. Facilitar, ainda mais, a alteração dos precedentes no Brasil não parece ser um bom caminho, muito embora a sua utilização seja uma imposição nas hipóteses em que haja a revogação de um precedente longo ou consolidado em súmula de forma surpreendente (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p.499-500).

No que tange ao conteúdo do art. 928 do CPC, tem-se uma norma explicativa que considera julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinários, os quais, juntamente com outros mecanismos que reforçam o sistema da força obrigatória dos precedentes no Código de Processo Civil, serão tratados em tópicos individualizados.

3.2.1.1 O recurso extraordinário e o julgamento de recursos repetitivos

O Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade difuso na prática brasileira através do Recurso Extraordinário. Assim, o papel do Recurso Extraordinário, no quadro de recursos cíveis é o de resguardar a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal aos dispositivos constitucionais, garantindo a inteireza do sistema jurídico constitucional federal e assegurando-lhe validade e uniformidade de entendimento (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 353).

Inicialmente cumpre mencionar que a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal (já mencionada dentro da análise do controle de constitucionalidade brasileiro) foi excepcionada quando do advento da Lei n. 9.756/98, que inseriu o parágrafo único no art. 481 do CPC de 1973, que dispensa a submissão ao plenário, ou a órgão especial,

a arguição de inconstitucionalidade, quando houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Essa previsão foi repetida pelo legislador no Código de Processo de 2015, mais especificamente em seu art. 949, parágrafo único, ratificando a exceção à cláusula de reserva de plenário que já vigorava no nosso sistema jurídico.

Ademais, a análise do recurso extraordinário em sede da nova sistemática processual civilista se faz necessária ante a nova eficácia advinda de suas decisões tomadas em julgamentos repetitivos.

Neste diapasão, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, discorrem sobre as alterações promovidas não apenas em decorrência da obra do processo civil, mas oriundas, sobremaneira, da teoria da interpretação, as quais conferiram ao Supremo Tribunal Federal, assim como ao Superior Tribunal de Justiça, o caráter de cortes supremas de interpretação e de precedentes, em detrimento à concepção de cortes superiores de controle e de jurisprudência. Cite-se:

É preciso perceber que, partindo-se do pressuposto de que a norma jurídica constitui resultado e não objeto da interpretação, facilmente se conclui que a tarefa de uma corte de vértice não pode ser a de tutela da norma do legislador contra eventual arbítrio do judiciário (simplesmente porque o direito antes da interpretação é duplamente indeterminado), mas deve ser de colaboração com o legislador a fim de que se logre unidade do direito – e, portanto, vigência efetiva, e não apenas imaginária ou retórica, dos princípios da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade de todos perante o direito [...] Com o redimensionamento do papel dessas cortes, o controle das decisões tomadas no caso concreto (a aplicação do direito à espécie, como menciona no art. 1.034) é apenas um meio a fim de que a real finalidade dessas cortes possa ser desempenhada: o oferecimento de razões capazes de diminuir a indeterminação do direito mediante adequada interpretação. Se antes a interpretação era o meio e o controle do caso era o fim, agora o controle do caso é o meio que proporciona o atingimento do fim da interpretação. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 544-545).

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 com o fim precípuo de transformar o Supremo Tribunal Federal em corte constitucional criou o Superior Tribunal de Justiça, transferindo a este a função de dar unidade à interpretação da legislação federal infraconstitucional, até outrora inserida na alçada do Supremo Tribunal Federal. Assim, ao Supremo Tribunal Federal incumbe a função de guarda da Constitucional, nos termos do art. 102 da Lei Maior.

A previsão do Recurso Extraordinário está contida no inciso III, do aludido enunciado

constitucional, que defere à Excelsa Corte a atribuição de julgar as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. Assim, a repercussão geral resgata a feição do recurso extraordinário como elemento de uniformização.

A Emenda Constitucional de 2004, por sua vez, inseriu a exigência da repercussão geral como condição de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, §3º, CF/88). A finalidade dessa previsão, nas palavras de Gilmar Mendes (2011, p. 1.536), é assegurar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade da interpretação Constitucional.

A previsão da repercussão geral na Carta Constitucional impõe ao recorrente o ônus de demonstrar em suas razões a existência de repercussão geral. Em que pese a não admissão da repercussão geral estar condicionada à manifestação de 2/3 dos membros do STF, caso o interessado olvide em demonstrá-la, o recurso poderá ser indeferido sem a necessidade de observância a este quórum especial. Isto porque, estar-se-á diante não de ausência de repercussão geral, mas sim de ausência de requisito formal de admissibilidade do recurso.

No Código Civil de 1973 havia previsão expressa contida no artigo 543-A, §1º, quanto à necessidade de se demonstrar a repercussão geral na preliminar do Recurso Extraordinário. Essa previsão não foi mantida no Código de Processo Civil. Contudo, certo é que a necessidade subsiste, na medida em que não vislumbrada a repercussão geral o recurso extraordinário não será conhecido (art. 1.035, CPC/2015).

O conceito do que venha a ser repercussão geral comporta certa discricionariedade valorativa adstrita às peculiares da situação concreta, mas seu fundamento diz respeito às questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que demonstrem a transcendência da questão constitucional, ultrapassando os interesses subjetivos da causa (art. 1.035, §1º do CPC).

De todo modo, o legislador ordinário previu expressamente hipóteses em que há presunção absoluta de repercussão geral, vislumbradas quando: o recurso impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 1.035, §3º).

Ademais, partindo da premissa de estarmos diante de um sistema de precedentes obrigatórios, a interposição do Recurso Extraordinário pode estar fundada em violação à Constituição Federal ou em um precedente constitucional. Por essa razão, caso se insira nesta segunda hipótese, a petição de recurso deverá trazer expressamente o caso paradigmático

consubstanciado no precedente que se pretende invocar, sem se olvidar de seus aspectos fático-jurídicos relevantes. Só assim, será permitida à Excelsa Corte, realizar o abstrativização da justificação da decisão judicial paradigmática, interpretar seu alcance normativo, e, por fim, decidir se será o caso de aplicação do precedente invocado ou não.

Portanto, na nova sistemática essa necessidade torna-se imprescindível à justa solução da demanda. Destarte, no atual desenho das Cortes Supremas, a justificação da admissibilidade do recurso extraordinário está na possibilidade de, a partir de seu julgamento, promover-se a unidade do direito brasileiro – tanto em sua dimensão retrospectiva (decidindo questão interpretativa controversa) como prospectiva (decidindo questão nova, desenvolvendo o direito legislado) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 70).

Acerca da eficácia vinculante do precedente em repercussão geral é preciso primeiro ter em conta que, a proposição contida na Lei Maior que subordina o não reconhecimento da repercussão geral ao STF, lida à *contrarii sensu* permite o reconhecimento da repercussão geral pela Turma da Corte Suprema. Todavia, esse reconhecimento sem observância ao quórum especial não possui força vinculante, ao passo que o pronunciamento do Plenário do STF que reconhece a repercussão geral, vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa que se remeta o tema a um novo exame do Plenário.

Assim, o art. 8º excepciona essa afirmação, na medida em que nesse caso, a inadmissibilidade do recurso extraordinário por ausência de repercussão geral será deferida ao presidente ou vice presidente do tribunal *a quo*, art. 1030, I, ou por decisão do relator, art. 932, III, por acórdão da turma do STF. Também será dispensada nova manifestação do plenário se o tema já foi decidido em ação de controle concentrado de constitucionalidade, ante a incidência do efeito positivo da coisa julgada nesse processo (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 373).

Uma vez reconhecida o repercussão geral o Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes individuais ou coletivos que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (1.035, §5º do CPC). Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica (1035, §8º do CPC). Nos dizeres de Didier e Cunha (2016, p. 375) essa proposição está atrelada aos casos de recursos extraordinários repetitivos, não se aplicando nos casos em que dela não há de vir modelo para solução dos casos presentes e futuros.

Por fim, mister ressaltar que uma vez decidida a ausência de repercussão geral, a decisão é irrecurável e o Recurso Extraordinário não será conhecido (art. 1035).

A fim de perquirir o objetivo precípua do presente trabalho, a despeito da relevância das considerações acerca do procedimento de admissibilidade e julgamento do Recurso Extraordinário, debruçar-se à nas questões atinentes aos julgamentos dos recursos extraordinários repetitivos (art. 1.036 e ss. do CPC).

A nova ordem processual civilista brasileira inovou ao prever a técnica processual de julgamento em bloco não só dos recursos extraordinários, mas também dos recursos especiais repetitivos. A partir desta, regula-se de uma só vez as demandas idênticas fundadas na mesma razão que se consubstancia, portanto, no fomento à autoridade conferida às *rationes decidendis* já firmadas pelas cortes supremas.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 551), partindo da premissa em que considera o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como cortes de precedentes e de interpretação defende que essa previsão harmoniza-se perfeitamente com o novo perfil do recurso extraordinário e do recurso especial, vez que confere a estas a possibilidade de adimplir com as referidas funções a despeito da análise da questão em uma única oportunidade.

A seleção dos recursos fundados em idêntica controvérsia de direito pode ocorrer por iniciativa do presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, ou do relator no tribunal superior (art. 1.036, §1º, §5º). Uma vez reunidos os recursos selecionados, acaso o relator constate a efetiva existência de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, bem como constatando a presença dos pressupostos específicos para a instauração do incidente de julgamento de recursos repetitivos afetará a questão para julgamento.

Assim, o órgão jurisdicional selecionará recursos representativos da controvérsia que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (art. 1.036, §6º). Deste modo, além do parâmetro quantitativo que exige a escolha de mais de um caso, existe também um parâmetro qualitativo para a seleção dos casos representativos da controvérsias. Deve haver, portanto, uma maior quantidade de argumentos que viabilize uma boa discussão do tema, com amplitude do contraditório, pluralidade de ideias, qualidade na argumentação, clareza, logicidade e concisão (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 615-616).

De acordo com o art. 1.037 do CPC a decisão de afetação identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento; determinaria a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional e ainda, poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo

da controvérsia (incisos I, II e III, respectivamente). Ressalte-se ainda, que ante o temor do sobrestamento dos recursos repetitivos durarem *ad eternum*, e assim, ir de encontro à célere e efetiva tutela jurisdicional, foi inserido no art. 1.037, §4º do CPC o prazo de um ano para julgamento dos recursos afetados.

Com base nessa premissa, Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 593-594) defendem que dentre os sistemas de resolução de causas repetitivas, a saber, causapiloto e causa-modelo, no sistema brasileiro de julgamento dos recursos especial e extraordinários repetitivos optou-se pela causa-piloto. Neste, o órgão jurisdicional seleciona um caso para julgar, fixando a tese a ser seguida nos demais casos. Assim, a partir do julgamento dos recursos paradigmas, decide-se as causas neles contidas e concomitantemente, fixa-se o precedente obrigatório a ser seguido pelos juízos e tribunais ante a mesma questão repetitiva. Ao revés no sistema da causa-modelo não há a escolha de uma causa a ser julgada.

Cumpra mencionar ainda, a possibilidade de a parte requerer o a revogação da suspensão indevida (art. 1037, §8º a 13). Neste íterim, caso entenda que seu processo foi indevidamente sobrestado, haja vista tratar-se de questão diversa, deverá fundamentadamente demonstrar as particularidades que distingue seu caso em relação ao objeto do incidente a ser julgado no recurso extraordinário paradigmático. Este requerimento deverá ser feito com observância ao endereçamento previsto no §10 do art. 1.037. Dessa decisão, caberá agravo de instrumento se o processo estiver em primeiro grau e agravo interno, se a decisão for de relator, vide §13 do referido enunciado normativo. Ouvida a parte contrária e reconhecida a distinção, o próprio relator dará prosseguimento ao processo, ou caso o recurso especial ou recurso extraordinário tenha sido sobrestado no tribunal de origem, será encaminhado à respectiva Corte. Tem-se, pois, que a suspensão do processo não impede que se exercite a distinção, podendo a parte interessada se valer desse mecanismo até a efetiva aplicação da tese jurídica ao caso concreto.

Ademais, o emprego da técnica das distinções em sede de julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos, só terá lugar quando a parte suscitar a referida controvérsia, a partir da qual será decidido se os casos resguardam a afinidade necessária que possibilite o provimento de uma justa solução baseada em uma mesma *ratio decidendi*.

De todo modo, após a instrução da controvérsia a solução formulada deverá disciplinar todos os casos idênticos (arts. 1.039 e 1.040), tendo, portanto, seus efeitos irradiados para todas as questões idênticas ou semelhantes. Segundo o art. 1.039 decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre

idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. Caso o acórdão divergente seja mantido pelo tribunal de origem o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior.

Ademais, ressalte-se ainda que não caberá agravo contra decisão do presidente ou vice-presidente for fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos, em leitura *contraiu sensu* da previsão contida no artigo 1.042 do CPC.

Por todo o exposto, aufere-se que o recurso extraordinário assume posição singular na jurisdição constitucional brasileira, como principal instrumento de controle de constitucionalidade, sem se olvidar de assumir função salutar à sedimentação do sistema de vinculação dos precedentes cotejada pelo Código de Processo Civil.

3.2.1.2 Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)

Ao lado da súmula vinculante, do julgamento de recursos repetitivos e da improcedência liminar do pedido, o novo Código de Processo Civil, também através do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), buscou evitar que questões idênticas recebessem tratamento jurisdicional diverso, bem como promover a uniformização da aplicação do Direito. Neste viés, a previsão contida em seu art. 976 prevê a possibilidade de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas ante a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, e, simultaneamente, quando houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Trata-se, portanto, de um incidente instaurado em processo de competência originária ou em recurso.

Não obstante, o incidente de resolução de demandas repetitivas exige do ordenamento nacional determinadas condições muito próprias para ser instaurado (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 573). Isso porque, os requisitos aos quais está condicionado são cumulativos, e uma vez vislumbrada a ausência de qualquer um deles sua instauração restará prejudicada.

Em primeiro lugar, para instauração do IRDR é imprescindível que haja efetiva multiplicação de processos. Sendo assim, não é qualquer repetitividade que enseja sua instauração. É preciso que a reprodução da questão em outros processos seja concreta, efetiva,

já existente no momento em que instaurado o incidente, tendendo, outrossim, a se repetir em causas futuras. Deste modo, não cabe IRDR preventivo (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 627).

Ademais, o IRDR não é instrumento apto para dirimir controvérsias fáticas, apenas questões de direito, sejam elas materiais ou processuais. Didier e Cunha trazem importante divagação quanto à dificuldade de se fixar os tênues limites que balizam a concepção de questão fática e de questão jurídica. Cite-se:

É muito difícil a distinção entre questão de fato e questão de direito. Toda questão de direito pressupõe a ocorrência de um fato. Pode-se, de todo modo, dizer que a questão de fato é aquela relacionada com a causa de pedir ou com a hipótese prevista no texto normativo, enquanto a questão de direito é aquela relacionada com as consequências jurídicas de determinado fato ou com a aplicação da hipótese de incidência prevista no texto normativo, com as tarefas de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma ou de concretização do texto normativo (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 626-627).

Em segundo lugar, é imprescindível que a controvérsia a ser dirimida represente ofensa à isonomia e à segurança jurídica, o que, em linhas gerais, relaciona-se ao risco de, a partir de questões iguais, serem providas soluções jurídicas discrepantes. Em outras palavras a controvérsia já disseminada pressupõe a existência de sentenças ou acórdãos distintos assentes na análise da mesma questão de direito.

Assim, o simples tratamento diverso da mesma questão de direito por órgãos diferentes não basta, até porque esse em determinado momento é normal, sendo que para solucionar esse problema preveem-se outras técnicas processuais [...] para o incidente é necessário que esse tratamento antiisonômico repercuta na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança, para a população e para as próprias estruturas jurídicas, a respeito de como dada situação será tratada pela Justiça Civil (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 573).

Segundo o artigo 978, parágrafo único da Lei Processual Civil o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. Todavia, a sua interpretação merece ressalvas, mormente no que tange à necessidade ou não de existir processo originário ou recurso pendente no Tribunal.

Para Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2015, p. 580-581) a leitura desse dispositivo não deve conduzir a essa exigência. Tal posicionamento assenta-se em uma análise histórica do incidente em comento, da qual afere-se que no ínterim da tramitação do Código de Processo

Civil na Câmara dos Deputados foi apresentado um projeto substituto que trazia expressamente a previsão da necessidade da pendência de causa no tribunal. Contudo, vez que tal previsão foi suprimida pelo Código de Processo Civil vigente, não há, segundo os nobres juristas, necessidade de manter essa imposição.

Lado outro, Didier e Cunha (2016, p. 625) defendem entendimento diverso. Neste a previsão contida no parágrafo único do artigo 978 é encarada como uma transferência de competência. Sendo assim, se não houver processo originário ou recurso em trâmite no tribunal, não estar-se à diante de um incidente, mas sim de um processo originário, o que, por conseguinte, representa grave violação à vedação imposta ao legislador ordinário de criar competências originárias para os tribunais. Conclui-se, portanto, que uma vez encerrado o julgamento, não é mais cabível o IRDR.

De todo modo, há ainda a previsão de requisito negativo para a instauração do incidente. Nos termos do art. 976, §4º, não se admite o incidente se o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça na esfera de suas atribuições, já houver afetado recurso representativo da controvérsia. Vê-se, pois, um nítida predileção do legislador ordinário à resolução e uniformização das questões em âmbito nacional. É possível afirmar também, que não é cabível a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas quando o tribunal superior já tiver fixado a tese no julgamento de algum recurso paradigma, em sede de julgamento repetitivo (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 626-627).

O IRDR pode ser instaurado de ofício, pelo juiz ou relator de causa em que a questão controvertida surja, e ainda, pelas partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública (art. 977). Quaisquer desses legitimados devem ao provocar o incidente, demonstrar o preenchimento dos requisitos legais, instruindo a peça com as provas necessárias.

No que tange ao juízo de admissibilidade da instauração do incidente é importante mencionar a competência do órgão colegiado (art. 978), e, consequentemente, a impossibilidade do relator admiti-lo isoladamente. Além disso, essa decisão está sujeita apenas à embargos de declaração e não sujeita-se a outros recursos.

Distribuído o incidente, o seu relator deverá, após a sua admissão, determinar a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em que se debata exclusivamente a questão de direito a ser examinada, no território de abrangência do tribunal (Estado ou região), comunicando essa decisão a todos os juízes diretores de fóruns da área afetada, vide art. 982, CPC. Logo, a suspensão dos processos requer a admissão do IRDR e não sua simples instauração. De todo modo, uma vez admitido o incidente, a suspensão dos demais processos

se opera de imediato, sendo que a aludida comunicação a ser feita pelo relator tem caráter meramente declaratório.

Entende-se ainda que há a possibilidade de extensão da suspensão, sendo facultado a qualquer interessado requerer a suspensão de seu processo, desde que demonstre a similaridade e a comunicação jurídica entre a sua demanda e aquela abrangida pelo IRDR a ser julgado (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 637). Isto posto, a despeito de não constar previsão expressa no texto legal, também é conferida à parte a possibilidade de requerer, tal como nos recursos repetitivos, a exclusão da afetação de seu processo pelo incidente de resolução de demandas repetitivas¹⁴.

Ademais, com o intuito de preservar a segurança jurídica o Código de Processo Civil facultou as partes o poder de requisitar ao STF ou ao STJ, a depender do recurso excepcional a ser dirigido, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente instaurado, independente dos limites da competência territorial do tribunal (art. 982, §§3º e 4º). Esse dispositivo antecipa os efeitos da propositura de eventuais recursos extraordinários e recursos especiais em face da decisão do incidente, e possibilita ainda, a aplicação da mesma tese firmada em sede do recurso excepcional interposto. Não obstante, caso não haja a interposição de quaisquer recursos os efeitos suspensivo será cessado (art. 982, §5º).

O incidente de resolução de demandas repetitivas não está sujeito a prazo, sendo assim, enquanto não houver decisão da causa pelo tribunal, o IRDR poderá ser instaurado. Ademais, não exige para sua instauração qualquer causa específica e esta pode ser suscitada tanto em processo de execução quanto em processo de conhecimentos sujeitos à procedimento comum ou especial. Ademais, quando há cumulação de pedidos independentes (art. 327, do CPC) a suspensão pode ser parcial, prosseguindo-se o processo quanto ao pedido que não te relação com a questão de direito representativo da controvérsia (DIDIER; CUNHA, 2016, v. 3, p. 636).

Nos termos do art. 976, §3º, a não admissão da instauração do IRDR não impede que, a demonstração ulterior dos requisitos necessários à sua admissibilidade enseje novo pedido de formação de incidente, inclusive, no meso processo.

Questão relevante também gira em torno da previsão contida no §10 do art. 976,

¹⁴ Didier e Cunha (2016, p. 590-593) entendem que o incidente de resolução de demandas repetitivas ao lado dos recursos repetitivos, se insere nos microssistemas de gestão e julgamento de casos repetitivos e no microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios. Por essa razão, defende a comunicação das regras reguladoras respectivas, devendo aplicar-se ao IRDR as demais disposições atinentes aos recursos repetitivos, a saber, art. 1.037, §§9º a 13.

segundo a qual a desistência ou o abandono da causa pendente no tribunal, uma vez admitida a formação do incidente, não obsta o exame e o julgamento do IRDR. Nesse caso, a titularidade do incidente passa a ser do Ministério Público que lhe dará prosseguimento até sua decisão final.

Assim, como no julgamento dos recursos repetitivos, foi previsto o prazo de um ano para suspensão dos processos submetidos ao IRDR. Com o término deste a cessação da suspensão é automático, e os processos voltam a correr normalmente. O caráter imperativo dessa disposição, só será afastado mediante decisão do relator em sentido contrário (art. 980, CPC/2015).

A decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas deve conter todos os argumentos suscitados, contrários e favoráveis, à tese jurídica defendida sendo tão mais minucioso e completo quanto possível (art. 984, §2º). Essa exigência reside na imperiosa necessidade de se conferir racionalidade e universalidade ao precedente formado. Ademais, é conveniente, que órgão que deve definir a *ratio decidendi* - a orientar o futuro julgamento de diversos processos – seja composto por julgadores que tenham afinidade com o tema (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 632). Os efeitos da decisão serão estendidos em relação a processos atuais e futuros, individuais ou coletivos que tramitem na área de competência do tribunal, ou, quando for o caso, em todo o território nacional.

Sem embargos a essas disposições a tese firmada no julgamento do IRDR pode ser revista, como alude o art. 986 do CPC. Essa revisão pode partir de iniciativa do tribunal que o julgou de ofício ou dos legitimados a instaurar o incidente. Nos dizeres de Marinoni; Arenhart; Mitidiero (2015, p. 583-584) deve-se observar a fundamentação específica, que considere, entre outros valores, a revogação ou modificação da norma em que se baseava, a alteração econômica, política ou social do ambiente em que se deu o entendimento anterior e ainda a preservação da segurança jurídica, da proteção e da confiança e da isonomia. Para Didier e Cunha (2016, p. 614) a revisão da tese, por redundar na formação de novo precedente obrigatório, deve advir de um novo incidente de julgamento de casos repetitivos.

Como adiantado, do julgamento do mérito da decisão do incidente cabe Recurso Extraordinário (art. 987), os quais, ante a relevância da matéria, são dotados, excepcionalmente de efeito suspensivo automático. Caso seja interposto recurso extraordinário haverá presunção absoluta de repercussão geral (art. 987, §10). Por fim, ressalte-se que eventual inobservância da tese fixada no incidente sujeita a decisão à reclamação (art. 988, IV).

Por todo o exposto, restaria evidente, que as decisões advindas do incidente de resolução de demandas repetitivas constituem precedentes obrigatórios na sistemática processual brasileira. Mormente ao se considerar os mencionados efeitos advindos de sua decisão, bem como o inegável dever de observância à *ratio decidendi* exaradas em sede desse sistema, ratificado ainda pela previsão do art. 927, inciso III do CPC.

Não obstante, Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 321) é enfático ao afirmar que o incidente de resolução de demandas repetitivas não constitui o sistema de precedentes. Essa concepção assenta-se em dois pontos principais. O primeiro deles é que, segundo o autor, os precedentes obrigatórios possuem caráter material, e, portanto, estão relacionados à autoridade das Cortes Supremas, que são as únicas Cortes capazes de conferir efeito vinculante e força obrigatória às suas decisões. Por conseguinte, uma vez advindos de Cortes Superiores, que são cortes de interpretação, ao sistema do IRDR carece a autoridade necessária às suas *rationes decidendis*. Em apertada síntese, outro ponto basilar às suas ideias é a concepção de que IRDR, por constituir decisão que julga interesse de muitos em processos de alguns, não oportuniza de modo adequado o exercício do contraditório. Para elucidar, citemos seu firme entendimento, nos seguintes termos:

Na verdade, o problema do incidente de resolução de demandas repetitivas está na falsa suposição de que a sua decisão é um mero precedente, que, assim, poderia se aplicar a todos os litigantes se qualquer violação de direitos fundamentais processuais. Ocorre que resolver uma questão que determina a solução de diversos litígios está longe de ser o mesmo do que resolver uma questão de direito que agrega sentido à ordem jurídica e, sobretudo, apenas tem a intenção de orientar a sociedade e os diferentes casos futuros que possam ser resolvidos pela mesma regra de direito ou pela mesma *ratio decidendi* (MARINONI, 2016, p.327).

3.2.1.3 Incidente de assunção de competência

Incidente de assunção de competência constitui um deslocamento de competência no âmbito interno do tribunal e está previsto no art. 947 do Código de Processo Civil. Nestes termos, a assunção de competência é possível quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Ademais, o incidente de assunção de competência poderá ser utilizado quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Assim, a ideia do legislador foi prever nos casos em que há relevante questão de

direito, um mecanismo que possibilite a criação de um precedente a partir de um contraditório qualificado e de uma fundamentação reforçada, bem como promover a aplicação unívoca do direito em detrimento de divergência entre órgãos do tribunal.

Em ambos os casos, de todo modo, a finalidade do instituto é clara: consolidar a compreensão do tribunal a respeito de certa questão de direito relevante, tornando clara a orientação para a população e para os outros órgãos judiciais - os quais, aliás, se estiverem submetidos àquele tribunal, ficarão vinculados àquela decisão (art. 947, § 3º). Trata-se de técnica de compatibilização das decisões complementar ao incidente de resolução de demandas repetitivas. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; p. 566).

A lei traz ainda um requisito negativo para instauração do incidente de assunção de competência, qual seja, a não repetição da relevante questão de direito em múltiplos processos. Resta evidente, que nesses casos o incidente a ser instaurado é o de resolução de demandas repetitivas, razão pela qual faz jus a inserção dessa ressalva pelo legislador.

No que tange à definição do que venha a ser “relevante questão de direito”, certo é que a interpretação desse dispositivo não olvida de convocar certa discricionariedade.

Contudo, a partir de uma análise sistemática da lei em comento, recomenda-se utilizar como parâmetro ou diretriz o disposto no art. 1.035, § 10, do CPC, que trata da repercussão geral, devendo-se considerar a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 665). Lado outro, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 567) fazem alusão a outro dispositivo, que deve ser posto em análise ao se buscar compreender o conceito de “relevante questão de direito”.

Ao que parece, a noção de "relevante", para os fins aqui tratados, deve ser encontrada na segunda parte do dispositivo em exame e no seu §2º, que indicam a necessidade de que haja grande repercussão social na solução da questão e que essa solução implique interesse público. Desta forma, o conceito de "relevante" deve relacionar-se necessariamente com a ideia de interesse público e de repercussão social, de maneira que somente será relevante a questão jurídica quando houver interesse público em sua resolução e quando se tratar de questão de ampla repercussão social (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 567).

A competência para instauração do incidente de assunção de competência é do

relator – que poderá propô-la de ofício – ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública (art. 947, §1º). Caso seja requerida de ofício pelo relator a assunção de competência deve ser proposta perante o presidente do órgão indicado pelo regimento interno, pedindo-lhe a inclusão em pauta para julgamento. Acaso advenha de requerimento das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, deverão estes protocolar petição que demonstre os fundamentos previstos no art. 947 do CPC, que deverá ser dirigida ao relator do recurso, que concordando com as razões levantadas, requererá a inclusão do recurso, da remessa necessária, ou do processo de competência originária na pauta para julgamento do órgão colegiado.

Este órgão colegiado que recebe a competência para julgamento advinda de um órgão fracionário deverá ser indicado pelo regimento interno do Tribunal em que tramita a causa. Tal órgão pode ser o plenário, a corte especial, uma seção, um grupo de câmaras, enfim, um órgão, de maior composição, indicado pelo regimento interno do tribunal. tribunal, ao indicar o órgão que irá assumir a competência do caso para efeito de firmar precedente obrigatório, deve observar o disposto no art. 978 do CPC, ou seja, deve indicar o mesmo órgão responsável pela uniformização de jurisprudência do tribunal (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 617).

Cumprе mencionar, que em decorrência da previsão contida no §2º do art. 947, que dispõe que o órgão colegiado julgará recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência, é possível concluir que o incidente de assunção de competência, demanda a decisão das duas instancias, isto é, do relator competente para julgar a causa e do órgão previsto no regimento interno como competente para julgar o incidente em comento.

A decisão tomada em sede de assunção de competência está sujeita a embargos de declaração, recurso especial ou recurso extraordinário. Segundo Didier e Cunha (2016, p. 669) aplica-se ao incidente de assunção de competência a previsão contida no art. 987, §1º do CPC, que presume a repercussão geral ante eventual questão de constitucionalidade a ser dirimida. Julgado o recurso, a tese adotada pelo STF ou pelo STJ terá aplicação em todo território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Contudo, os nobres juristas entendem que não há o efeito suspensivo automático dos recursos especiais e extraordinários impetrados perante decisão advinda de incidente de assunção de competência, vez que segundo estes, essa previsão é restrita ao microsistema de julgamento e gestão de casos repetitivos.

Por fim, cumpre ressaltar que de acordo com o §3º do art. 947 o acórdão proferido

em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. Assim, caso o magistrado não aplique o entendimento sobre a questão de direito sedimentado (seja matéria processual ou fática), poderá ser proposta reclamação diretamente ao tribunal, nos termos do art. 988, IV do CPC.

3.2.1.4 A improcedência liminar do pedido

A possibilidade de improcedência liminar do pedido com resolução de mérito, nos termos do art. 332, ratifica a força dos precedentes judiciais na ordem processual civilista brasileira, exaustivamente reafirmada no decorrer do presente estudo. Neste viés, antes mesmo da fase instrutória, o processo será resolvido com resolução do mérito se a causa *sub judice*, contrariar enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 332, I); acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (art. 332, II); entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 332, III); enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (art. 332, IV).¹⁵

Essa previsão não gera maiores controversas, vez que coaduna-se perfeitamente à força obrigatória dos precedentes sistematizada nos art. 926 ao art. 928 do Código de Processo Civil. Destarte, não há razão para se estender a causa e colocar à sua disposição os custos do erário público e a atuação dos administradores da justiça quando manifesta de antemão sua contrariedade aos preceitos normativos jurídicos vigentes.

Não obstante, Fredie Didier, Braga e Oliveira (2015, p. 596-598) trazem à lume uma leitura sistemática que deve ser observada no manejo dessa técnica. Observam os autores que o art. 332 não trouxe expressamente os precedentes previstos nos incisos I e V do art. 927, quais sejam, os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e a orientação do plenário ou órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados. Ademais, advertem que o inciso I do art. 332 fala em súmulas, ao passo que no art. 927 há menção aos enunciados de súmula do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional. Neste sentido, propõem uma leitura conjugada desses dispositivos:

¹⁵ Além dessas hipóteses é cabível a improcedência liminar do pedido quando se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição (art. 332, §1º).

Somente é permitida a improcedência liminar do pedido que contrariar súmula do STF em matéria constitucional e Súmula do STJ em matéria infraconstitucional (legislação federal). Essa observação inclui, também, obviamente, a súmula vinculante (art. 927, II, CPC), que também é súmula do STF em matéria constitucional (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA; 2015, p. 597).

Outrossim, o enunciado de súmula sobre direito local expresso no inciso IV do art. 332, não possui força de precedente obrigatório nos termos do art. 927. Sem embargos a essa contradição, tal decisão possibilita a improcedência liminar do pedido, haja vista a proposição legal expressa autorizadora.

Mister apontar ainda, a ampliação da leitura das possibilidades de improcedência liminar do pedido conferida por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 169). Segundo esses autores, podem haver precedentes oriundos das razões invocadas pelas cortes Supremas fora das hipóteses previstas em lei, bem como pode advir decisão com força de precedente quando o tribunal de justiça se pronuncia sobre questão local, sem que a questão tenha sido sumulada.

Ademais, ressalte-se que a observância ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal) reside na possibilidade conferida ao autor de se manifestar sobre a questão em apelação (art. 332, § 3º), a qual, excepcionalmente nessa hipótese, pode ensejar juízo de retratação (art. 332, §4º). É justamente, por essa razão que o art. 332, §1º dispensa o contraditório prévio no julgamento da improcedência liminar do pedido que declara a decadência ou a prescrição – pelas mesmas razões o contraditório deve também ser dispensado, quando houver invocação de precedente ou orientação jurisprudencial não debatidos na exordial (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 170).

De igual modo, a força obrigatória dos precedentes deve ser manejada pelo magistrado ao decidir as causas levadas à sua apreciação. Sendo assim, é possível a este lançar mão das técnicas de *overruling* e de *distinguishin* e afastar, quando necessário, a incidência da *ratio decidendi* consubstanciada no precedente.

4 CONCLUSÃO

Ante tudo o que foi exposto, é forçoso concluir que em que pese o uso de terminologias similares e de conceitos inerentes ao sistema da *common law*, a nova sistemática processual civil brasileira, difere-se em muito em relação a esta.

Como demonstrado, a construção histórica da *common law* fomentou desde sempre, a existência e a respeitabilidade a um direito “não escrito”. A estrutura judiciária inglesa, na qual as causas são resolvidas em sua maioria pela denominada baixa justiça, atrelada à força vertical da *stare decisis*, possibilitam que os precedentes sejam a fonte precípua de resolução dos casos concretos. Essa sistemática está intrinsecamente relacionada à concepção de um Poder Judiciário forte, visto como guardião da defesa dos direitos e garantias individuais, mesmo no contexto revolucionário.

A história de formação do direito inglês nunca demandou uma postura ativa e ampla do Poder Legislativo, as leis interferiam pouco no exercício da atividade jurisdicional. A atenção do jurista inglês está no modo em que os atos são conduzidos a fim de se obter a justa solução que a demanda precisa. Dedicar-se muito pouco a abstrativização de normas jurídicas, como ocorre no direito romano-germânico.

Ao revés, na tradição da *civil law*, e nessa se enquadra a realidade brasileira, a atuação do Poder Judiciário sempre esteve atrelada ao processo de interpretação das leis emanadas pelo Poder Legislativo, que enquanto representantes da vontade nacional, são os únicos legitimados à inovar na ordem jurídica.

Assim, pela concepção do princípio da separação dos poderes, atrelado ao incremento da teoria do *check and balance*, o Poder Judiciário apenas estaria autorizado a interferir na atividade do Legislativo, nos estritos casos previstos na Constituição Federal, dentro do sistema de controle recíproco da atividade estatal.

Nesta senda, a introdução do sistema de precedentes pela ordem processual civil brasileira, demanda uma análise crítica. Isso porque, essa nova sistemática amplia os efeitos das decisões emanadas pelo Poder Judiciário, que passam, doravante, a gozar de efeito vinculante e cuja respeitabilidade impera sob os demais órgãos judiciais, mormente no que tange aos julgamentos repetitivos, nos quais as demandas sobrestadas por serem consideradas similares ao caso modelo atraem a aplicação da tese jurídica nesse defendido.

Contudo, apesar de muitos doutrinadores utilizarem de conceitos oriundos da *common law*, certo é que a terminologia precedente, deveria ser repensada, ao menos se esta implica em uma associação imediata ao sistema jurídico de que é oriunda.

A *common law* é um direito advindo das decisões emanadas pelos tribunais. Assim, sua construção se dá a partir de um método dedutivo, em que parte-se da análise do caso para em seguida extrair a norma a ser aplicada, sendo que no íterim desse processo decisório analisar-se-á a possibilidade de aplicar-se um precedente oriundo da resolução de outro caso paradigmático (*case law*).

Essa não é a realidade brasileira, nem antes e nem depois da vigência do Código de Processo de Civil de 2015. O nosso processo decisório, necessariamente está associado à interpretação das normas, sejam regras ou princípios do ordenamento jurídico pátrio. Lança-se mão, portanto, de um método indutivo.

Sendo assim, para se tomar como exemplo, o incidente de resolução de demandas repetitivas, seja no processo de resolução do caso paradigmático, seja na sua aplicação aos casos sobrestados, não vale-se o julgador de um método dedutivo. Ao revés, parte-se da norma geral e abstrata, prevista em lei ou na constituição, soluciona-se a questão e, a partir do incidente, essa decisão aplicar-se-á às demais causas correntes nos tribunais, que versarem sobre a mesma temática.

O que ocorre em verdade, é que a nova sistemática parece preocupada com a resolução em massa de conflitos similares levados à apreciação do judiciário, a fim de desafogar-lhe da imensa carga processual que tramita nos nossos tribunais. Contudo, concluir por um sistema de precedentes nos modos da *common law* parece desconsiderar os fatores históricos de formação desta tradição e limitar em muito a compreensão e o modo de se conduzir o processo na tradição anglo-saxã.

Assim, não há genuinamente, uma invasão das atribuições atinentes ao Poder Legislativo, vez que em que pese estender os efeitos da decisão, os mecanismos previstos no Código de Processo Civil e as decisões deles oriundas, não podem sobrepor-se aos direitos e garantias fundamentais previstas na nossa Constituição e nas leis ordinárias. Ademais, pelo próprio *check and balance* o Poder Legislativo pode editar norma que afaste a aplicação de quaisquer precedentes daí advindos. Não obstante, é claro que a questão merece algumas críticas pontuais, vez que representa, de fato, uma inflação das prerrogativas judiciais.

Em primeiro lugar, vê-se que em razão da novidade dessas previsões, a doutrina ainda não é uníssona no caráter atribuído aos diversos enunciados normativos previstos no Código de Processo Civil. Assim, ainda imperam fortes discussões quanto ao conceito de precedentes, os efeitos da sua aplicação e da sua revogação, bem como há aspectos, controvertidos dentro dos mecanismos de sua operacionalização. Cite-se, pois, a mencionada necessidade de se ter processo tramitando no Tribunal para que seja instaurado o IRDR.

Em segundo lugar, o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, apresenta-se como o mais preocupante. Isso porque, não há previsão expressa de que a parte possa suscitar a distinção da sua causa em relação ao caso paradigmático, e assim, suspender a afetação da sua demanda. Essa possibilidade é considerada pela doutrina analogicamente em relação ao mecanismo previsto para o julgamento de recursos repetitivos. O ideal seria o legislador ter cuidado expressamente dessa garantia, com o fim precípua de evitar a solução injusta e superficial à questões que faziam jus à um tratamento distinto.

Ademais, cumpre trazer à tona os problemas estruturais das práticas jurídicas brasileiras. Isso porque, tal como viabilizado pelo legislador ordinário, a técnica dos “precedentes” só poderá trazer sucesso à problemática questão de ineficiência das decisões judiciais, bem como perquirir a segurança jurídica e o tratamento isonômico, se os mecanismos previstos no Código de Processo Civil forem sistematicamente respeitados. Destarte, é preciso abandonar as decisões justificadas apenas com a reprodução dos textos de lei e passar a se dedicar a uma fundamentação robusta, que leve em consideração as particularidades e

sensibilidades de cada demanda, mormente nos casos modelo, cuja decisão consubstanciará em uma norma, oriunda do processo interpretativo, a qual poderá ser aplicada a outras causas.

Outrossim, essa nova sistemática deve vir acompanhada da preocupação em formar os administradores da justiça e os estudantes de direito no conhecimento aprofundado das decisões judiciais. Logo, é imprescindível inculcar nestes o processo decisório a partir do qual seja possível apreender o alcance da interpretação da lei consubstanciada na decisão que tem força vinculante. Só assim será possível entender os seus aspectos e alcance e aplicá-la em casos tidos como semelhantes, ou ao revés, fundamentar o pedido de não aplicação do precedente suscitado.

Por fim, cumpre ressaltar que a celeridade, a segurança jurídica e o tratamento isonômico não devem ser compreendidos como um fim em si mesmos. Esses princípios influenciadores da nova sistemática processual civilista brasileira, devem sempre serem lidos como meios de prover uma solução justa às partes tuteladas. Não podem ser invocados para evitar que uma demanda seja apreciada, vez que a tutela jurisdicional é direito de todo cidadão. Resta-nos aguardar os efeitos a longo prazo da aplicação desse novo quadro processual. Sua benesse demandará a junção de muitos fatores. Cabe a nós, portanto, investigar ao máximo essa nova temática e perquirir uma aplicação devida desses novos mecanismos.

REFERÊNCIAS

- ARISTOTELES. **A Política**. Brasília: Universidade de Brasília. [20--]. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/disciplina/filosofiapolitica?type=6&materialid=16685197>>. Acesso em: 18 mai. 2017.
- BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nulitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. norma jurídica e aplicação do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Terso Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **A Separação dos Poderes e a Constituição do Estado Moderno: o papel do poder judiciário na obra de Montesquieu**. [2002?] Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/525798>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

LOPES, Marcio Marçal. **Efeito Vinculante dos Precedentes, Segurança Jurídica e Prestação Jurisdicional como Garantia Fundamental**. 2012. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 1. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **“Núcleo duro do CPC é inconstitucional” diz jurista**. Entrevistadora: Bárbara Pombo. São Paulo: Jota.info, 21 dez. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-21122016>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC – Lei 13.105/2015**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos (checks and balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.