



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

JULIANA RAMOS PINHEIRO

**A SÚMULA VINCULANTE E SUA FRAGILIZAÇÃO DIANTE DA
NORMATIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015 – LEI Nº 13.105/2015**

Salvador
2017

JULIANA RAMOS PINHEIRO

**A SÚMULA VINCULANTE E SUA FRAGILIZAÇÃO DIANTE DA
NORMATIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015 – LEI Nº 13.105/2015**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito Processual Civil.

Salvador
2017

JULIANA RAMOS PINHEIRO

**A SÚMULA VINCULANTE E SUA FRAGILIZAÇÃO DIANTE DA
NORMATIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015 – LEI Nº 13.105/2015**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Processual Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo principal a abordagem do papel e da fragilização das súmulas diante da normatização, trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, Lei n. 13.105/2015, dos precedentes judiciais obrigatórios. Em um primeiro momento, cumpre analisar os aspectos históricos, culturais, conceituais e legais da súmula vinculante e dos precedentes judiciais, oriundos do sistema da Civil Law. Em seguida, apresenta-se a distinção entre os dois institutos, apesar das similitudes, já que ambos são mecanismos de caráter vinculante a serem observados pelos magistrados quando da prolação de suas decisões, bem como as consequências e benefícios para o ordenamento jurídico. Trazem-se, ainda, à baila discussão acerca do processo judicial da criação do direito e dos princípios constitucionais enaltecidos e abalados diante da instauração do novo modelo de julgamento. Finalmente, são apresentados alguns resultados da aplicação dos institutos previstos no art. 927, do CPC, retratando-se, especialmente, a realidade do Judiciário baiano nesse contexto.

Palavras-Chave: Súmula. Súmula Vinculante. Precedente. Precedente obrigatório. Efeito Vinculante. Jurisprudência. Novo CPC. Lei n. 13.105/2015. *Common Law*. *Civil Law*. *Stare Decisis*..

ABSTRACT

This monograph has as main objective the approach of the paper and the weakening of summaries after the normatization, brought by the Code of Civil Procedure of 2015, Law n. 13.105/2015, of the binding precedents. At first, it is necessary to analyze the historical, cultural, conceptual and legal aspects of the summaries and binding precedents, coming from the Civil Law system. Next, the distinction between the two institutes is presented, despite the similarities, since both are mechanisms of a binding nature to be observed by magistrates when delivering their decisions, as well as the consequences and benefits to the legal system. There is also a brief discussion about the judicial process of the creation of the right, and the principles praised and challenged before the new model of judgment is established. Finally, some results of the application of the institutes provided in art. 927, of the CPC, with particular reference to the reality of the Bahia Judiciary in this context.

Key-words: Summary. Binding Summary. Precedent. Binding Precedent. Binding Effect. Jurisprudence. New CPC. Law nº. 13.105/2015. Comom Law. Civil Law. Stare Decisis.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONTEXTO HISTÓRICO	10
2.1 OS SISTEMAS DE DIREITO: <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	10
3. A SÚMULA VINCULANTE	14
3.1 CONCEITO	14
3.2 HISTÓRICO	16
3.2.1 O surgimento das súmulas no Direito brasileiro	16
3.3 TIPOS	18
3.3.1 A súmula ordinária e a súmula vinculante	18
3.4 ASPECTO LEGAL	20
3.4.1 A Emenda Constitucional nº 45/2004	20
3.4.2 A Lei nº 11.417/2006	22
4. PRECEDENTES JUDICIAIS	29
4.1 CONCEITO	29
4.1.1 <i>Ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling</i>	29
4.2 TIPOS	33
4.2.1 Precedentes persuasivos e precedentes obrigatórios	33
4.3 ASPECTO LEGAL – Lei nº 13.105/2015	34
5. IMPACTOS DA APLICAÇÃO DOS MECANISMOS DE CARÁTER VINCULANTE	40
5.1 O PROCESSO JUDICIAL DE CRIAÇÃO DO DIREITO	40
5.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	42
5.2.1 Segurança Jurídica e Princípio da Isonomia	43
5.2.2 A celeridade do Judiciário	45
5.2.3 Princípio do contraditório	47
5.2.4 Princípio da separação dos poderes	49
6 SÚMULA VINCULANTE X PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS	57

6.1 ELEMENTOS DE DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS -----	57
6.2 A FRAGILIZAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE DIANTE DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS -----	59
7 A EFETIVAÇÃO DAS REGRAS DO NOVO CPC NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS -----	63
8 CONCLUSÃO -----	67
9 REFERÊNCIAS -----	69

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro há muito vem passando por modificações, não apenas em sua forma de agir, como também na própria legislação, que deve ser dinâmica, a fim de acompanhar as mudanças da sociedade e os métodos de atuação dos aplicadores do direito.

Apesar do Brasil ter adotado formalmente o sistema da *civil law*, devido a sua raiz romano-germânica, que tem a lei como fonte primária, sempre houve a influência do Direito norte-americano, onde se adota a *commom law*, sistema baseado na jurisprudência.

Em um primeiro momento, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, em dezembro de 2004, quando se operou a Reforma do Poder Judiciário, ocorreram transformações e inovações que proporcionaram o crescimento do Judiciário brasileiro.

Uma das grandes novidades da Reforma foi a introdução do art. 103-A à Constituição, que instituiu a súmula de caráter vinculante.

Verdade é que as súmulas já existiam no Direito brasileiro há muito tempo e ganharam contornos mais firmes na década de 60, quando o Supremo Tribunal Federal passou a editar, a partir da formação de um entendimento sobre determinada matéria, advindo de julgados reiterados, as súmulas de jurisprudência.

Ao longo do tempo, as súmulas ganharam tamanha força e se espalharam pelos demais Tribunais superiores, fazendo com que os magistrados de primeiro grau e os Tribunais inferiores, que também passaram a formar verbetes, usassem-nas como guia para suas decisões, o que demonstra que houve, de fato, uma sedimentação do que já se aplicava no dia-dia.

A novidade se deu com a normatização do efeito vinculante das súmulas, pois os verbetes, que apenas serviam de orientação, passaram a ter também uma modalidade de caráter obrigatório.

Recentemente, com a promulgação da Lei nº 13.105/2015, que institui o Novo Código de Processo Civil, e com ele uma reformulação de toda a sistemática processual, novamente adveio grande modificação no que diz respeito à importância

e influência dos julgados nas decisões judiciais posteriores, ante à normatização dos precedentes judiciais.

Assim como as súmulas, os precedentes, que são a base da *commom law*, já influenciavam os julgados nacionais de todas as esferas, porém apenas na acepção de simples julgado anterior sobre determinada matéria, que poderia orientar uma decisão futura.

Entretanto, com a novidade nas regras de direito processual e a destinação de um capítulo no Código de Ritos de 2015 à formação e obrigatoriedade de observância dos precedentes, surge um novo conceito acerca do instituto, do qual se aguarda adequação, aceitação e aplicação pelos julgadores.

O presente trabalho não tem o escopo de esgotar os dois institutos, que são muito amplos, mas de dar uma visão geral de ambos, suscitando os pontos positivos, como o fortalecimento dos princípios constitucionais, bem como estabelecer elementos distintivos e comparativos, analisando suas vantagens e desvantagens, com maior enfoque na melhor adequação dos precedentes judiciais em detrimento dos verbetes das súmulas.

Visa-se analisar a mitigação da importância da formação das súmulas, que não são precedentes, mas criadas a partir desses, levantando-se, a partir daí, o questionamento no sentido de que se os precedentes fossem vinculantes desde o início, não haveria necessidade de súmula.

Dessa forma, tem-se aqui a coleta de informações gerais e opiniões jurídicas acerca dos precedentes judiciais de força vinculativa e as questões relacionadas à fragilização do sistema das súmulas vinculantes diante da força e coerência trazida pela *ratio* das decisões, que formam os precedentes, e sua importância para o crescimento do Poder Judiciário e para a evolução constante e necessária da justiça!

2 CONTEXTO HISTÓRICO

2.1 OS SISTEMAS DE DIREITO: *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Para uma melhor compreensão do estudo do recente trabalho, é indispensável se fazer breve análise dos dois principais sistemas jurídicos do mundo ocidental, quais sejam: o sistema romano-germânico, conhecido como *Civil Law* e o sistema anglo-saxão, também chamado de *Common Law*.

No sistema da *Common Law*, não é o direito legislado que predomina, mas, sim, a jurisprudência, ou seja, “as decisões judiciais servem de parâmetro obrigatório para a aplicação do direito” (CAMPOS; CAMPOS, 2007, p. 15).

Esse sistema é oriundo da Inglaterra e se disseminou pelos países que foram colônia britânica, em especial, os Estados Unidos da América, que não só adotaram o *common law* como sistema de direito, mas também o adaptaram às suas necessidades.

Em que pese possuírem identidade de sistema, o precedente judicial no Direito norte-americano não possui a mesma força que o possui no Direito inglês. Isso ocorre em virtude de existirem algumas diferenças nos sistemas jurídicos desses países, como a condição de Estado federal dos EUA, bem como o fato de possuir Constituição rígida e controle de constitucionalidade, o que não ocorre com a Inglaterra.

A respeito da prática do *stare decisis* no Direito norte-americano, o conceito de precedente judicial é, em parte, resultado da história do Direito naquele país e, em parte, formado pela prática da publicação das opiniões das Cortes de Justiça, fundadas na noção de que casos idênticos devem ser julgados de maneira idêntica.

O Direito norte-americano sempre apresentou maior grau de flexibilidade nas decisões judiciais do que o Direito inglês. Isso ocorre até os dias de hoje, pois, ao aceitar a doutrina inglesa dos casos antecedentes, pela qual a Corte é obrigada a seguir as decisões judiciais dos casos análogos, as Cortes americanas foram sempre mais inspiradas e demonstraram um espírito maior de criação, reinterpretando os casos já julgados.

Contudo, em ambos os países, a força vinculante do precedente é a característica maior do sistema. O *stare decisis*, forma abreviada da expressão

“*stare decisis et quia non movere*”, que quer dizer “mantenha-se a decisão e não perturbe o que foi decidido”, é a base do sistema da *common law*, que vigora tanto no modelo inglês quanto no modelo americano.

A política do *stare decisis* é baseada na presunção de que a previsibilidade e a estabilidade são os maiores objetivos desse sistema legal. Assim, a decisão judicial tem o condão de dirimir uma controvérsia, bem como estabelecer um precedente de força vinculante, caso não haja decisão anterior sobre o assunto.

Vale mencionar que a força vinculante do precedente não é absoluta, pois se o fosse, poderia acarretar o engessamento do direito, impedindo o seu desenvolvimento.

Em especial no Direito norte-americano, o precedente só terá força vinculante se houver identidade com os fatos ou questões de direito suscitadas, são os chamados *binding* ou *leading precedents*. Se assim não for, servirá apenas de elemento persuasivo, através dos *persuasive precedents*.

Ainda, anote-se que a eficácia do *stare decisis* não cobre o inteiro teor do julgado, senão a parte nuclear da motivação, aonde vem exposto o fundamento jurídico que embasa a conclusão, ou seja, a *ratio decidendi*.

Além disso, o precedente poderá ser revisto se ficar demonstrada a presença de novas e persuasivas razões para se adotar outra decisão. As técnicas para afastar os *binding precedents* são chamadas de *overruling* e *distinguishing*.

O *overruling* ocorre quando o próprio Tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro. O *distinguishing* se dá quando ele próprio ou qualquer juízo ou Tribunal inferior pode deixar de aplicá-lo se, cuidadosamente, comparados o precedente e o novo caso, existir alguma circunstância fundamental que caracterize este último como um caso diverso do anterior.

Em suma, o que interessa é a prática dos Tribunais, que, com suas decisões, formam uma jurisprudência que possibilita a aplicação do mesmo entendimento a casos futuros análogos.

Em brilhante comentário sobre o sistema da *Common Law*, J.J. Calmon de Passos (2007, p.11) assevera que:

O processo costumeiro de produção jurídica leva a institucionalizar e legitimar os Tribunais com maior dependência e controle social, deferindo-

lhes a tarefa de positivação do direito (sic), editando normas de caráter geral (precedentes) que viabilizem a previsibilidade e segurança indispensáveis à convivência social.

A força vinculante das decisões judiciais no sistema da *common law* pode se dar no sentido horizontal, quando os Tribunais superiores vinculam-se às suas próprias decisões, e no sentido vertical, na medida em que os Tribunais inferiores respeitam as decisões das Cortes superiores.

Assim é que o fundamento para a aplicação do direito não legislado é a segurança jurídica, ou seja, se todos os Tribunais estão vinculados às decisões da Suprema Corte, mais difícil será a ocorrência de julgamentos díspares em casos semelhantes.

Tem-se, ainda, o sistema romano-germânico, ou *Civil Law*, onde a fonte primária é a lei. Sua base histórica, como o próprio nome sugere, é o antigo Direito romano, que teve incorporados vários institutos do Direito germânico a partir do século XIII.

No *Civil Law*, o juiz é um intérprete da norma, devendo analisar o caso concreto e, juntamente com suas convicções, aplicar-lhe os princípios e normas já codificados. Assim, não são obrigados a decidir com base em julgados prévios, podendo utilizá-los apenas como orientação, se lhes convier.

Cabe, por oportuno, citar novamente o entendimento do professor J.J Calmon de Passos (2007, p.11), que afirma que, no sistema do *civil law*,

[...] a produção do direito pelo processo legislativo implica a determinação prévia da hipótese de fato colocada como suposto da consequência jurídica, mesmo quando alguns elementos do tipo sejam deixados para subsequente preenchimento hermenêutico pelos magistrados.

O Direito brasileiro, que possui tradição romano-germânica, sempre teve a lei como fonte principal. Não só o Brasil, mas muitos países europeus adotaram o sistema da *civil law*, a exemplo de Portugal, França, Itália e Alemanha. Destarte, esses países ativeram-se, durante muito tempo, à lei codificada para solucionar os conflitos existentes.

No entanto, há que se ressaltar a importância crescente da jurisprudência na aplicação do direito no ordenamento jurídico brasileiro, e também nos demais ordenamentos que adotam o *civil law*.

Deve-se analisar que, ao interpretar as leis e aplicá-las ao caso concreto, os magistrados criam um entendimento sobre a matéria, que pode ser sedimentado com a ocorrência de outras decisões similares, surgindo, assim, uma jurisprudência.

Quando essa jurisprudência é uniformizada, esse entendimento passa a ser indicado como orientação para os demais julgamentos que venham a abordar a mesma tese jurídica.

Os doutrinadores norte-americanos acreditam que a teoria do *stare decisis* é válida para qualquer sistema de lei, não mais vislumbrando grande diferença entre o Direito anglo-americano e os sistemas jurídicos que adotam a lei codificada.

Tal afirmação é justificada na medida em que, na Europa Ocidental, e atualmente em quase todo o mundo, as decisões judiciais das Cortes Supremas são publicadas e as manifestações em casos passados são tomadas como base para as decisões do presente, surgindo, assim, os padrões judiciais.

Dessa maneira, não há como afastar a influência e relevância dos julgados reiterados, tendo muitos países que adotam o *civil law* aderido a essa tendência em nome da segurança jurídica e da agilidade do sistema, o que, fatalmente, os aproxima do sistema da *common law*.

3. A SÚMULA VINCULANTE

3.1 CONCEITO

A palavra 'súmula' é derivada do latim *summula* e, em definição do dicionário Houaiss, significa "pequena suma, breve epítome ou resumo; sinopse, condensação" (HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2001, p. 2.638).

Utilizando-se, contudo, uma concepção jurídica, o direito sumular seria aquele que se funda nas súmulas de um Tribunal, sendo a súmula um reflexo do entendimento jurisprudencial desse sobre determinada matéria (CUNHA JÚNIOR; MARTINS, 2005, p. 47).

Para Carmem Lúcia Antunes Rocha (1996, p.2), a palavra 'súmula' no Direito brasileiro pode ter dois sentidos, quais sejam, "o resumo de um julgado, enunciado formalmente pelo órgão julgador" ou "o resumo de uma tendência jurisprudencial adotada, predominantemente, por determinado tribunal sobre matéria específica", dando destaque para o segundo conceito.

As primeiras súmulas foram editadas pelo Supremo Tribunal Federal em 1963 e, desde aquela época, já havia necessidade de publicação e numeração dos verbetes, tendo os demais Tribunais seguido o modelo da Suprema Corte.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal já reconhece há muito tempo, em seu art. 99, a súmula como repositório oficial da jurisprudência do Tribunal. Ainda, seu art. 102 dispõe que:

Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal'.

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

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

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

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

Na definição de Antonio Carlos Diniz (1999, p.1), súmula "consiste num enunciado sintético que contém a interpretação uniformizada de um tribunal sobre dada matéria".

Ele explica ainda que “nem todas as decisões dos tribunais serão objeto de súmulas, mas somente aquelas que, em virtude de sua repetição, conexão e coerência em outros julgados, tornam-se jurisprudência e, posteriormente, súmulas”.

Desse modo, compreende-se que súmula está totalmente sedimentada no ordenamento pátrio, sendo nada mais do que um enunciado que resume o entendimento de um Tribunal sobre determinada matéria, após reiteradas decisões.

Como o Direito brasileiro sempre adotou o sistema do livre convencimento motivado do juiz, este não estava obrigado a seguir o entendimento das súmulas editadas pelos Tribunais, que somente serviam como orientação, podendo ou não, serem acolhidos tais entendimentos nos julgados de inferior instância.

Contudo, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, e com a inclusão do artigo 103-A na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, passou a aprovar súmulas com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, podendo, ainda, proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Com a instituição da súmula de caráter vinculante, houve uma mudança de enfoque, devido ao caráter obrigatório atribuído a essa. Pode-se classificar a súmula vinculante como verdadeiro instrumento normativo, o que não ocorria com a súmula ordinária, sem caráter coercitivo.

A diferença básica entre a súmula vinculante e a súmula ordinária se dá quanto aos seus efeitos, uma vez que a súmula ordinária apenas serve de parâmetro para os Tribunais inferiores, enquanto que a súmula vinculante deve ser obrigatoriamente observada, sob pena de ser cassada a decisão judicial que estiver em desacordo com a mesma.

Ante a inovação trazida pela reforma do Poder Judiciário, as súmulas ganharam um importante papel de destaque e provocaram certa alteração na forma de julgar dos aplicadores do direito.

3.2 HISTÓRICO

3.2.1 O surgimento das súmulas no Direito brasileiro

Não se trata de grande novidade a discussão acerca da adoção, pelo Poder Judiciário, de uma orientação de interpretação dominante de determinado Tribunal.

Desde a época do Império, com a influência dos portugueses, já se conhecia o instituto dos 'assentos', adotados pelas ordenações Filipinas. Os assentos eram firmados pela Casa de Suplicação e consistiam em determinações sobre a inteligência das leis, emanadas do Poder Judiciário, quando ocorressem dúvidas na execução das leis manifestadas por julgamentos divergentes (MENDES JÚNIOR apud SILVA, 2006, p. 565).

Apesar de alguns doutrinadores afirmarem a semelhança da súmula vinculante com os assentos portugueses, e de serem esses, de fato, institutos de natureza coercitiva normativa, André Ramos Tavares (2007, p. 22-23) estabelece, de forma esclarecedora, as diferenças que afastam os dois institutos, a exemplo de serem os assentos resultado dos recursos interpostos pelas partes no curso de seu processo, e a súmula vinculante ser editada de ofício ou por provocação das autoridades legalmente legitimadas.

Assinala, ainda, a diferença quanto ao processo de criação, uma vez que as súmulas possuem um processo próprio de criação previsto em lei; já os assentos resultavam de decisões prévias divergentes, proferidas em processos de casos concretos.

No Brasil, houve algumas tentativas de assimilação dos assentos para orientação das decisões judiciais, tendo sido completamente afastadas com a proclamação da República.

Desde a primeira Constituição Republicana, de 1891, adotou-se como mecanismo de orientação o prejulgado, que era "um pronunciamento prévio quanto à interpretação de uma norma diante de um real ou iminente conflito na hermenêutica a ser produzido em face de situações concretamente postas à decisão judicial" (ROCHA, 1996, p.3).

Já na década de 60, a concepção de prejulgado foi aperfeiçoada e, através da proposta inovadora do Ministro Victor Nunes Leal, criou-se a "súmula de

jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal”, medida de natureza regimental, que se destinava, principalmente, a descongestionar o Tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação de seus juízes e, ao mesmo tempo, servindo de orientação para os magistrados e advogados sobre o posicionamento da Suprema Corte nas questões mais frequentes.

Em síntese, a súmula foi introduzida no ordenamento como meio de facilitar a fixação e o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Essa prática alastrou-se, posteriormente, para os demais Tribunais, que começaram a formar suas próprias orientações.

A iniciativa pioneira da edição das súmulas de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, no entender de Antônio Carlos Diniz (1996, p.2),

[...] visava a introduzir uma metodologia de julgamento nos processos que abarrotavam o STF já naqueles tempos, proporcionando à jurisprudência do Tribunal, na medida em que o novo instituto uniformizaria decisões que se repetiam reiteradamente em semelhantes julgados.

A súmula, em especial quando editada pelo STF, passou a ganhar cada vez mais importância, servindo de referência e balizando as decisões dos magistrados, de modo que se passou a tê-la não mais como mera orientação, e sim como referência, o que denota grande diferença.

O Código de Processo Civil de 1973, em seu revogado art. 479, já tratava da uniformização de jurisprudência nos Tribunais, dispondo que o “julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

Dessa forma é que a criação jurisprudencial ganhou destaque e, já em meados dos anos 90, o Ministro Sepúlveda Pertence iniciou as discussões acerca da súmula de caráter vinculante, que acabou sendo introduzida no ordenamento através da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Para o professor Alexandre de Moraes (2007, p. 544), “a instituição da súmula vinculante pela EC nº 45/2004 corresponde à tentativa de adaptação do modelo da *common law* (*stare decisis*) para nosso sistema romano-germânico (*civil law*)”.

Em entendimento similar, porém com algumas ressalvas, Antônio Carlos Diniz (1999, p. 2) anota que:

O modelo de inspiração imediato da forma vinculada remonta à regra do *stare decisis* ou precedente judicial vinculativo próprio do sistema *common law*, muito embora haja notórias discrepâncias entre aquele sistema e o nosso, de tradição romano-germânica, tendo o efeito vinculante *no common law* motivação e aplicabilidade bastante diversas das que se pretendem implantar aqui.

Fazendo uma comparação entre o *stare decisis*, instituto utilizado no modelo da *common law*, e a súmula vinculante, novidade inserida no modelo legalista brasileiro, André Ramos Tavares (2007, p. 21) destaca dois importantes pontos de convergência entre os institutos, quais sejam: “preocupação exclusiva com casos concretos” e a “necessidade de fazer surgir, a partir das decisões concretas, uma diretriz a ser adotada em outros casos similares”.

A súmula vinculante, de natureza obrigatória para os órgãos do Poder Público, chegou com a promessa de combater a morosidade do Judiciário e garantir maior segurança jurídica.

3.3 TIPOS

3.3.1 A súmula ordinária e a súmula vinculante

Conforme já salientado, a súmula é criação do Poder Judiciário e traduz o entendimento de determinado Tribunal sobre uma matéria, após reiteradas decisões, orientando os magistrados em seus julgamentos posteriores.

A súmula ordinária, ou seja, sem efeito vinculante, é de suma importância e possui grande valor na sistemática de decisões dos membros do Poder Judiciário.

Em voto no RE nº 104.898/RS, publicado em 19/04/1985, o relator Ministro Oscar Correa relatava o caso e a condição da súmula, afirmando que:

[...] não se infere daí a obrigatoriedade formal de obediência às súmulas do STF, nem isso pretendeu a Corte: dar caráter normativo cogente à sua orientação, que não é lei. Essas considerações objetivam lembrar a necessidade de assegurar-se o respeito à jurisprudência sumulada da Corte, o que não importa em impedir o livre pronunciamento de juizes e tribunais, mas busca efetivar a uniformidade jurisprudencial – essencial à boa distribuição da justiça.

Mais de vinte anos depois, o Ministro Celso de Mello, em decisão do AI - AgR nº 179560/ RJ, publicado em 27/05/2005, mantém o entendimento e define o alcance da súmula de jurisprudência predominante da Suprema Corte:

A SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL. - A Súmula - enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária - constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em conseqüência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado "*blinding effect*", ao contrário do que se registra, no sistema da "*Common Law*", por efeito do princípio do "*stare decisis et non quieta movere*", que confere força vinculante ao precedente judicial. - A Súmula, embora refletindo a consagração jurisprudencial de uma dada interpretação normativa, não constitui, ela própria, norma de decisão, mas, isso sim, decisão sobre normas, na medida em que exprime - no conteúdo de sua formulação - o resultado de pronunciamentos jurisdicionais reiterados sobre o sentido, o significado e a aplicabilidade das regras jurídicas editadas pelo Estado. - A formulação sumular, que não se qualifica como "pauta vinculante de julgamento", há de ser entendida, consideradas as múltiplas funções que lhe são inerentes - função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (RDA 78/453-459 - RDA 145/1-20) -, como resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciários, nas decisões que venham a proferir.

Resta claro que tais súmulas não são dotadas de efeito vinculante, não sendo os órgãos inferiores obrigados a seguir a orientação dos Tribunais superiores, apesar de, na prática, seguirem as orientações sumuladas.

Verdade é que, quando determinada questão jurídica já se encontra pacificada nos tribunais superiores, havendo súmula sobre a questão, os juízes ou Tribunais inferiores costumam seguir a tese adotada.

O efeito vinculante, propriamente dito, foi inserido no Brasil com o advento da EC nº 03/1993, que trouxe a Ação Declaratória de Constitucionalidade, incluindo o parágrafo segundo ao art. 102 da Carta Magna, que dizia o seguinte:

Art. 102.

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A redação do referido parágrafo foi modificada pela EC nº 45/2004, apenas para atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante também às decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e dar sentido mais amplo à expressão "Poder Executivo", substituindo-a por "à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Há de se reconhecer, no entanto, que a força vinculante da decisão judicial se expressa de maneira mais evidente com a inovação trazida pela EC nº 45/2004, que foi a súmula vinculante, através da introdução do art. 103-A na Constituição:

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

O ponto central que diferencia as súmulas ordinárias e a súmula inserida pela EC nº 45/2004 é justamente o efeito vinculante atribuído a essa, quando se tornou obrigatória a observância das súmulas vinculantes pelos magistrados e pelas autoridades administrativas.

A partir do surgimento das súmulas de natureza obrigatória, surgiu a dúvida de como se agiria com as súmulas já consolidadas, com caráter meramente orientador, se essas seriam automaticamente transformadas em vinculantes.

Assim, o art. 8º da EC 45/2004 tratou de esclarecer a questão, dispondo que “as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”.

A verdade é que, ao longo desses anos, viu-se que as súmulas sem caráter vinculativo, que não forem convertidas através do procedimento próprio, continuaram a ter eficácia e a orientar os julgados dos juízes e Tribunais, mesmo diante da existência das súmulas de efeito vinculante.

As súmulas ordinárias são valiosas orientações que não perderam o sentido, não havendo qualquer óbice para que coexistam com as súmulas obrigatórias.

3.4 ASPECTO LEGAL

3.4.1 A Emenda Constitucional nº 45/2004

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, em dezembro de 2004, foram introduzidas diversas modificações no âmbito do Poder Judiciário. Essa emenda teve como escopo promover a “reforma do Poder Judiciário”.

Naquele momento, fazia-se necessária uma ampla reforma para dotar o País de um Judiciário menos moroso e mais eficiente. E foi esse o intuito da EC nº 45/2004, que conseguiu introduzir medidas importantes que deram mais celeridade e transparência à Justiça.

Se as principais alterações introduzidas pela Emenda nº 45/2004 podem ser classificadas em grupos, destaque-se, em primeiro lugar, o que visou a dar maior celeridade ao processo com um todo, pois o acúmulo de processos em todas as instâncias era, e ainda é, um problema grave.

Nesse grupo ainda podem ser incluídas as seguintes novidades: a adoção da súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal; a distribuição imediata de processos e recursos; a destinação de custas e emolumentos exclusivamente para o custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça e a repercussão geral, onde o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o STF examine a admissibilidade do recurso extraordinário.

Desse rol de modificações que visaram a desafogar o Judiciário brasileiro, a súmula vinculante foi uma das mais importantes novidades, e essa ênfase foi dada por diversos juristas, a exemplo do que afirma a advogada e professora Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p.3):

Dentre as alterações realizadas, considero mais importantes a repercussão geral e a súmula vinculante. A primeira, porque reconduz o STF à sua verdadeira função, a de resolver questões efetivamente relevantes para toda a sociedade. A outra, porque confere, indubitavelmente, maior segurança e previsibilidade aos jurisdicionados, que, a partir de um certo momento, podem agir com a segurança de saber regras jurídicas às quais estará submetida a sua conduta.

Com a Reforma do Judiciário, portanto, perpetrada pela EC nº 45/2004, o Direito constitucional brasileiro passou a contar com o art. 103 – A, que tratou da súmula vinculante nos seguintes termos:

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

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos

judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

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

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

O referido artigo versou sobre a aplicação da súmula vinculante e de seu alcance, dispondo que não só são obrigados a seguir o verbete os membros do Judiciário, mas também as autoridades administrativas.

Ademais, frisou o objetivo da súmula vinculante e estabeleceu a competência para sua edição, revisão de cancelamento, sendo os legitimados os mesmos da propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Por fim, o referido art. 103 trouxe a possibilidade de utilização da Reclamação como recurso cabível em caso de descumprimento por ato administrativo ou decisão judicial do quanto disposto na súmula vinculante.

No entanto, a simples introdução à Constituição do artigo supramencionado não foi suficiente para a aplicação imediata do novo mecanismo. A regulamentação da criação de enunciado de súmula vinculante passou a necessitar de intervenção legislativa, e não mais da disciplina apenas por meio do Regimento Interno do STF.

Dessa forma, surgiu a necessidade de uma regulamentação do instituto por meio de lei, como se depreende do próprio *caput* do artigo 103-A, através da expressão “na forma estabelecida em lei”.

A Lei nº 11.417/2006, foi editada para regulamentar a súmula vinculante e estabelecer o seu alcance e limites, que ora passa a ser analisada.

3.4.2 A Lei n. 11.417/2006

Em 19 de dezembro de 2006, foi editada a Lei nº 11.417, com o escopo de disciplinar a edição, revisão e o cancelamento da súmula vinculante. Essa lei regulamentadora, que entrou em vigor no dia 20 de março de 2007, foi de suma importância, na medida em que estabeleceu, à época, o alcance e os limites da súmula vinculante.

Com a introdução da súmula vinculante no texto constitucional, surgiu a necessidade de se regulamentar a criação de seus enunciados através de lei ordinária, e não mais por meio do RISTF, como é feito com as súmulas desprovidas de caráter obrigatório. O Regimento Interno do Supremo passou a ser utilizado apenas em caráter subsidiário, conforme disposição do art. 10 da LSV.

“Criar um instituto com tamanha força sem definir como pode ser cancelado ou revisto seria o mesmo que construir um veículo que, com sua velocidade, ultrapassasse a barreira do som, sem, contudo, criar os seus freios” (CAMPOS; CAMPOS, 2007, p. 25).

O objeto das súmulas vinculantes foi claramente inserido no §1º do art. 2º da Lei 11.417/2006, com redação similar ao texto constitucional, dispondo que:

Art. 2º.

[...]

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

Assim, definiu-se como objeto ou finalidade das súmulas a fixação de um entendimento de caráter vinculativo sobre a validade, a interpretação e a eficácia de atos normativos, ou seja, haverá a definição do exato sentido da norma jurídica versada na súmula.

Para que isso ocorra, será necessária controvérsia atual sobre a validade, interpretação e eficácia da norma em questão, entre órgãos do Poder Judiciário, ou entre estes e a Administração Pública, e que isso venha a causar insegurança jurídica grave e multiplicação de processos.

A partir daí, vislumbram-se três pressupostos das súmulas vinculantes, quais sejam, versar sobre matéria constitucional, combater a insegurança jurídica causada pelos julgamentos do tema e a multiplicação de processos.

Vale lembrar que o *caput* do art. 2º da mencionada Lei, que apenas repetiu o texto do art. 103-A da Carta Magna, fala em “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, o que ensejou o questionamento acerca de um dos pressupostos da súmula vinculante, qual seja, de versar apenas sobre matéria constitucional.

No entanto, é imperioso esclarecer que qualquer norma poderá ser objeto de súmula vinculante, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, devendo somente estabelecer controvérsia constitucional, uma vez que “a necessidade de um ‘elemento de conexão’ constitucional é expressa” (TAVARES, 2007, p. 40).

A assertiva acima se explica pelo fato de que se chegam ao STF casos concretos a serem julgados, em sua grande maioria por força de recursos extraordinários, há a obrigatoriedade de que esses versem sobre uma questão federal de natureza constitucional (LEONEL, 2007, p. 207).

Quanto aos requisitos da insegurança jurídica e da multiplicação de processos, é de se anotar que ambos trazem consigo conceitos indeterminados.

A insegurança jurídica deverá ser grave e diz respeito à adoção de entendimento que vá de encontro a outro já pacificado abstrato, o que causaria a insegurança pela “falta de previsibilidade das consequências pelos comportamentos assumidos” (TAVARES, 2007, p.41).

Já a multiplicação de processos ocorre através dos inúmeros feitos versando sobre mesma causa, abarrotando o Judiciário, e não necessariamente só o STF.

A lei da súmula vinculante também trouxe algumas inovações, a exemplo da extensão do rol de legitimados para propositura do verbete. O artigo 103-A, §2º, da Constituição Federal, estabelece como legitimados para provocar a edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante os mesmos legitimados para ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas deixou espaço para que a lei regulamentadora também dispusesse sobre a matéria.

Nesse sentido, a Lei nº 11.417/06, em seu art. 3º, traz como legitimados, além dos já citados no § 2º do art. 103-A, o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e, por fim, os Tribunais Militares.

Ademais, o §1º do supracitado art. 3º inclui os Municípios no rol de legitimados. No entanto, a propositura de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelos Municípios deverá ocorrer incidentalmente ao curso do processo em que sejam partes. Ressalte-se que esse incidente não ocasionará a suspensão do processo.

Vale, por oportuno, mencionar o texto do §2º do art. 3º da Lei, que dispõe:

Art. 3º.

[...]

§2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Esse parágrafo, em verdade, prevê a intervenção do chamado *amicus curiae*, o que já era admitido e utilizado no ordenamento jurídico, a exemplo da possibilidade da atuação de terceiro na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, prevista na Lei nº 9.868/1999, no art. 7º, §2º, e no incidente de inconstitucionalidade, previsto no art. 482, §§ 2º e 3º do CPC/1973.

A intervenção do *amicus curiae* é justificada pela eficácia direta da súmula. Tal atuação auxilia os Ministros do Supremo que, com os pareceres e estudos fornecidos por esses terceiros, possuem mais elementos para formarem sua convicção.

Outra novidade foi a possibilidade do STF restringir o efeito vinculante e determinar que a súmula vinculante não tenha eficácia imediata. O art. 4º da lei permite que a Suprema Corte restrinja o efeito vinculante da súmula ou postergue sua eficácia para outro momento, em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Contudo, conforme lembra Ricardo de Barros Leonel (2007, p. 210), já existe no ordenamento jurídico essa possibilidade:

Recordemos que há previsão similar, no ordenamento, quanto à possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, bem como na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A Lei 11.417/06 prevê ainda, como forma de garantir a efetividade do instituto, o cabimento de Reclamação direta para o STF, nos casos de descumprimento do quanto disposto no enunciado de súmula vinculante, a teor do art. 7º, que assim dispõe:

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da Administração Pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

A reclamação constitucional prevista no art. 102, I, I, da Carta Magna diferencia-se da reclamação prevista no § 3º do art. 103-A do mesmo diploma, agora regulamentada pelo art. 7º da Lei nº 11.417/2006.

A reclamação constitucional visa a garantir a competência do STF, bem como a autoridade de suas decisões perante os interessados, em seus casos concretos. Já a reclamação prevista no art. 103 - A é um mecanismo específico para a cobrança de efetividade na aplicação da súmula vinculante.

Sobre o tema, André Ramos Tavares (2007, p.79) afirma que:

[...] a reclamação constitucional passou a desempenhar um papel importante no cenário do controle de constitucionalidade brasileiro. E, doravante, em virtude de se ter contemplado expressamente seu cabimento nos casos de descumprimento de súmula vinculante, sua importância será reforçada enquanto instrumento próprio para fazerem-se impor efetivamente as decisões sumulares do STF dotadas de eficácia geral e efeito vinculante.

Em que pese existir sutil diferença, deve ser analisado que, ainda que a Lei nº 11.417/2006 não dispusesse sobre tal mecanismo, seria razoável utilizar-se da Reclamação prevista no art. 102, inciso I, I, da CF contra decisões que contrariassem texto das súmulas vinculantes, pois o referido artigo fala em garantia da autoridade das decisões da Suprema Corte, o que se aplica ao caso.

O §1º do art. 7º da lei assevera que o ajuizamento da Reclamação, por descumprimento de disposição de súmula vinculante em face de omissão ou ato da Administração Pública, só será possível após o esgotamento da via administrativa.

No entanto, cumpre esclarecer que o prévio esgotamento da via administrativa só é exigido para a interposição da Reclamação, não se aplicando esse dispositivo para as demais medidas judiciais, a exemplo do mandado de segurança, que poderá ser impetrado a qualquer momento.

André Ramos Tavares (2007, p. 17) classifica a medida acima de “contencioso administrativo mitigado”, esclarecendo que “a exigência de esgotamento aplica-se exclusivamente à reclamação por descumprimento de súmula vinculante, não para as demais medidas judiciais cabíveis”.

Quanto ao resultado da Reclamação, cabe a análise do § 2º do art. 7º da Lei, que diz que “ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso”.

Resta claro que o STF, ao acolher a Reclamação, não profere nova decisão, mas, sim, anula o ato administrativo, ou cassa a decisão, determinando ao órgão que emitiu a decisão que seja proferida uma nova, agora em consonância com a decisão do Pretório Excelso.

Sabe-se que uma das finalidades da criação legislativa da súmula vinculante foi reduzir o acúmulo de processos perante o Supremo Tribunal Federal. Contudo, o mecanismo da Reclamação, instituído pela lei regulamentadora, acabou indo de encontro a tal finalidade, pois hoje se vê uma “mera troca de meios de impugnação: reclamação em vez de recurso ordinário ou extraordinário” (SILVA, 2006, p. 566).

Ainda, o art. 9º da Lei nº 11.417/2006, com a inclusão dos arts. 64-A e 64-B na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, trouxe a possibilidade de responsabilização civil, administrativa, e até mesmo penal, das autoridades e dos órgãos da Administração Pública que não observarem o comando da súmula vinculante.

Eis o texto do mencionado artigo:

Art. 9º A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B:

Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado de súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.

Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

A responsabilização na esfera cível ocorrerá quando se constatar prejuízo material à Administração Pública em face da decisão contrária à súmula vinculante. A administrativa será compreendida como violação de dever funcional, e a penal se caracterizará se restar configurado algum crime contra a Administração.

A medida pretende coibir o descumprimento de súmula vinculante por parte dos órgãos administrativos, mostrando-se verdadeira ameaça para as autoridades públicas. Note-se que a lei é totalmente omissa em relação a qualquer sanção aplicável aos membros do Poder Judiciário, na mesma hipótese.

Alexandre de Moraes (2007, p. 551) anota que tal omissão é totalmente acertada, pois seria “exagerado e inútil” prever algum mecanismo que punisse o juiz pela não adoção do quanto disposto nas súmulas vinculantes, sendo suficiente a possibilidade de tais decisões serem passíveis do recurso da Reclamação.

Igualmente contrário à adoção de punições aos juízes que descumpram o comando da súmula vinculante, o ilustre Calmom de Passos (2007, p. 14) vai além, afirmando que:

[...] deve-se aproximar a súmula, ou jurisprudência com força vinculante, da norma de caráter geral de natureza interpretativa editada pelo legislador. Nem pode valer mais, nem deve valer menos. Assim, sua violação deve acarretar, para os magistrados, os mesmos resultados que toda violação de lei lhe acarreta, não sendo aceitável se dê àquela violação um tratamento privilegiado.

Finalmente, quanto à questão da vigência da lei no tempo, há de se questionar, em algumas situações, qual seria a norma aplicável. Em regra geral, dispôs o Código de Processo Civil de 1973, no art. 1.211, que se aplicam aos processos pendentes as novas normas processuais.

Entretanto, há que se atentar para os ditos “direitos adquiridos”, preconizados no art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988.

No caso da aplicação das súmulas vinculantes, a partir do momento de sua edição, essa deverá ser, de logo, observada pelas autoridades da esfera judiciária e administrativa, mesmo as decisões proferidas já em caráter recursal (LEONEL, 2007, p. 223).

4. PRECEDENTES JUDICIAIS

4.1 CONCEITO

4.1.1 *Ratio decidendi, obter dictum, distinguishing e overruling*

Apesar de haver grande influência dos precedentes judiciais, mecanismo utilizado na *commom law*, nas decisões judiciais, conforme acima já pontuado, que vem causando a transformação, ao longo do tempo, no direito brasileiro, o seu caráter normativo e positivado se deu com o advento do Novo Código de Processo Civil, em março de 2015.

A palavra “precedente”, que antes era usada para se referir a decisão anterior capaz de orientar um novo julgado sobre a mesma temática, após a edição do Código de ritos de 2015, abandona o seu caráter meramente persuasivo, dotando-se de força vinculante, passando a “constituir fonte primária no nosso ordenamento jurídico” (ZANETI Jr., 2016, p. 407).

Segundo o jurista baiano Fredie Didier Jr. (2015, p. 441), “o 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”, ou seja, uma decisão do passado que pode servir de modelo para o futuro.

No dizer mais aprofundado de Juraci Mourão Lopes Filho (2016, p. 275), pode-se conceituar precedente como “uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais)”.

Ainda, nas lições do nobre Procurador municipal acima citado, é mister atentar para o fato de que “embora todo precedente seja uma decisão, nem toda decisão é um precedente” (2016, p. 275).

Nessa linha, cabe decompor o precedente em duas partes: a primeira se refere à essência da tese jurídica utilizada na decisão, sendo a própria norma do precedente, chamada de *ratio decidendi*; a segunda, que se contrapõe a *ratio*, é a parte do texto do precedente que não servirá para construção normativa, intitulada de *obter dicta*.

A *ratio*, também conhecida pelos norte-americanos como *holding*, é a parte do precedente que vincula os julgamentos posteriores, podendo-se dizer que, “em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*” (MACEDO apud DIDIER Jr., 2015, p. 442).

Pode-se acrescentar que a *ratio* do precedente “diz respeito ao cerne dos fundamentos que levam a conclusão final” (VOLPE, 2012, p. 10)

Já a *obiter dictum* consiste nas afirmações e argumentações que, embora possam ser úteis para a compreensão da decisão, não têm eficácia obrigatória, sendo considerada descartável para fins de formação do precedente.

Diz-se que a decomposição tem o objetivo de separar a tese jurídica, ou razão de decidir, das demais considerações realizadas pelo julgador, sendo apenas aquele núcleo determinante que tem o poder de vincular o julgamento de feitos posteriores.

Nos dizeres da ilustre doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier, citada por Luiz Henrique Camargo Volpe (2012, p. 9), “a interpretação de um precedente, para que dele se extraia a *holding* ou a *ratio decidendi* é uma tarefa tão (ou mais!) complexa do que a de interpretar a lei”.

Analisa-se que a atividade de se interpretar um precedente, a fim de estabelecer o seu alcance para casos futuros, talvez seja mais complicado nos ordenamentos que têm origem na *civil law*, já que não há cultura de elaboração de decisões pensando-se na solução de casos futuros, apesar de não haver necessidade de se indicar no decisor, de forma expressa, qual é a *ratio decidendi*.

Os doutrinadores assinalam métodos de identificação do precedente e de destaque da *ratio*, os quais foram criados pelos norte-americanos, consistindo o primeiro na Teoria de Wambaugh, ou teste de inversão, segundo a qual a *ratio decidendi* é a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira (FERREIRA DA SILVA, 1996, p. 51).

Contudo, quando o caso em análise possuir dois fundamentos que, isoladamente, conduzam à mesma solução, o teste de inversão faria com que as proposições sempre fossem *obiter dicta* (MARINONI, 2011, p. 224-225).

Essa técnica vem sendo criticada por sua falibilidade e insuficiência, uma vez que não permite a identificação da *ratio* “nos casos em que o julgador adota duas diferentes razões jurídicas que são suficientes, por si sós, e, separadamente, para conduzir àquela mesma conclusão”. (DIDIER, 2015, p. 449)

A segunda teoria seria a dos fatos materiais, defendida por Goodhart, a qual propõe que a *ratio decidendi* seja determinada começando de maneira negativa, excluindo-se o que ela não é, e depois identificando os fatos tratados pelo juiz como materiais ou fundamentais, “[...] que são considerados imprescindíveis para que se possa decidir um caso e cuja presença caracteriza aquela situação e outras futuras.” (FERREIRA DA SILVA, 1996, p.51)

Para Fredie Didier Jr. (2015, p. 450), “o melhor método é aquele que considere as duas propostas anteriores (Wambaugh e de Godhart), sendo, pois, eclético”.

De qualquer sorte, para identificar se determinado caso pode ser resolvido mediante a aplicação de um precedente, necessário se faz analisar os elementos objetivos da demanda, sendo considerado como ponto de partida para a análise da adequação e compatibilização das particularidades daquele caso a *ratio* do precedente.

Depois de identificada a *ratio*, deve-se observar se o caso a ser julgado guarda a similitude necessária à aplicação do precedente, ou se a situação sob análise não é suficientemente igual, devendo, portanto, ser decidido de maneira diversa.

Esse ato de comparar, constatar disparidade e afastar a aplicação obrigatória do precedente é denominado de *distinguishing*.

O método chamado *distinguishing* é aplicado quando houver distinção entre o caso concreto e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e os que serviram de base para a *ratio* do precedente, seja porque, ainda que exista alguma semelhança, há qualquer peculiaridade no caso em julgamento que afasta a aplicação do precedente. (DIDIER Jr., 2015, p. 491)

Essa comparação, ou confronto entre o caso e o precedente, é absolutamente indispensável na aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios, pois não é automática, demandando interpretação.

Para fazer tal distinção, os julgadores devem se valer do raciocínio analógico, entre os fatos juridicamente relevantes do precedente e do caso sob análise, para identificar as semelhanças e as diferenças. (CAMBI; FOGAÇA, 2016, p. 353)

Em certos casos, a distinção pode não ser total, ou seja, “é possível se utilizar apenas parcialmente aquilo que consta no precedente, sem necessitar reproduzir a conclusão inteira do julgamento, pois podem estar em apreciação questões fáticas e jurídicas distintas” (LOPES Filho, 2016, p. 309)

Seja total ou parcial, para que haja a aplicação do distinguishing, a decisão deverá ser bem fundamentada, “pois o afastamento da aplicação de um precedente obrigatório deverá estar acompanhado da justificativa adequada” (LADEIRA, Aline Hadad, apud CAMBI; FOGAÇA, 2016, p. 353).

Por fim, interessante a transcrição do Enunciado 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que assenta entendimento sobre o tema, a saber:

Enunciado n. 306: O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.

Há, ainda, a possibilidade de superação de um precedente, intitulada de overruling, sendo a “técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (overruled) por outro precedente”.(DIDIER Jr., 2015, p. 494)

Isso pode ocorrer em face de mudanças sociais ou em razão de modificação legislativa, dentre outras hipóteses, sendo ocorrência inerente ao sistema de precedentes. A modificação do precedente é uma exigência de adaptabilidade àquela norma jurídica que se encontra defasada.

Ainda segundo o ilustre doutrinador Fredie Didier Jr. (2015, p. 494), a revogação e conseqüente substituição de um precedente pode se dar de forma expressa, quando há adoção explícita de nova orientação por determinado tribunal, abandonando-se a anterior; ou de forma tácita, quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora não haja a expressa substituição da antiga.

Entretanto, a substituição tácita ou implícita não é aceita em nosso ordenamento jurídico, já que se determina na lei, mais especificamente no art. 927, §4º, do CPC, a exigência de fundamentação adequada para a superação de um precedente.

Fala-se também em *overruling* difuso e concentrado. A superação de um precedente de forma difusa, que é a mais comum, pode ocorrer em qualquer processo que, chegando ao tribunal, permita a revisão de certo entendimento. Já a de modo concentrado ocorre através de procedimento próprio para tal fim, como por exemplo, nos pedidos de revisão ou cancelamento de súmula vinculante e de incidente de resolução de demanda repetitiva.

Importante destacar que a aplicação do *overruling*, quer-se dizer, a revogação de um precedente, segundo Juraci Mourão Lopes Filho (2016, p. 310), “*compete exclusivamente à corte emissora*”.

Em que pese a afirmação acima, o próprio autor propõe em sua obra o “desafio” de ser suscitado por corte distinta, especialmente pelas instâncias inferiores, daquela que emitiu o precedente, o desacerto do que foi decidido, propondo-lhe sua superação.

Seja para observar, compatibilizar, distinguir ou superar, o cerne do sistema é que não se desconsidere jamais o precedente.

4.2 TIPOS

4.2.1 Precedentes persuasivos e precedentes obrigatórios

A partir da eficácia que é atribuída a norma gerada pelo precedente, classificam-se os precedentes em obrigatórios e persuasivos.

Os precedentes persuasivos são aqueles que não precisam ser seguidos pelo julgador seguinte, não havendo obrigação de decidir da forma como fora decidido anteriormente, ou seja, o novo julgamento pode adotar posição diversa de uma decisão anterior sem ser configurado erro.

Nos países que adotam a Civil Law, os precedentes são tidos, em geral, como pertencentes a esta categoria, e nesses sistemas, as decisões de órgãos de outra jurisdição – a exemplo de Estados distintos, como nos Estados Unidos, ou

decisões de cortes de outros países, de organismos internacionais, ou até mesmo de tribunais hierarquicamente inferiores, são consideradas como precedentes meramente persuasivos.

Assim, o precedente de força persuasiva serve como argumento para a prolação de decisão em determinado sentido, entretanto, não a vincula no sentido apontado. Com efeito, o julgador não precisa levar em consideração a norma de precedente persuasivo e não é considerado erro de julgamento quando a corte lhe nega aplicação.

Os precedentes obrigatórios são aqueles que devem ser observados pelos julgadores subsequentes, no que diz respeito a norma neles contida, devendo essa ser aplicada de forma impositiva, sob pena de se caracterizar o *error in iudicando* ou o *error in procedendo*.

“Assim, os precedentes vinculantes são os que servem como modelos determinantes para decisões posteriores. A obrigação de seguir o precedente é, destarte, espécie da obrigação de julgar conforme o Direito, e, nesse ponto, em nada difere da obrigação de aplicar a lei” (MACEDO, 2016, p. 79)

“Exatamente por ser obrigatória sua observância, os juízes e tribunais, independentemente de provocação, deverão conhecê-los de ofício, sob pena de omissão e denegação de justiça.” (DIDIER Jr., 2015, p.455)

Existem diversas outras classificações dos precedentes quanto à eficácia, além de vinculantes e persuasivos, sendo eles, segundo o mestre Fredie Didier Jr., obstativo de revisão de decisões, autorizante, rescindente e de revisão de sentença (2015, p. 454).

Porém, o presente trabalho tem o intuito de tratar do precedente obrigatório, instituído no art. 927, do CPC de 2015, além de suscitar questionamento acerca de sua aplicação, importância e supremacia diante da súmula vinculante, que, de igual sorte, possui eficácia obrigatória.

4.3 ASPECTO LEGAL – Lei nº 13.105/2015

No dia 18/03/2016 entrou em vigor o novo Código de Processo Civil, trazendo muitas alterações na sistemática processual brasileira, após mais de 40 anos da edição do código então vigente.

O novo CPC consagrou muitas práticas que já vinham sendo aplicadas pelos tribunais do país. O sistema processual, ao longo desse período, foi sendo atualizado por meio de diversas técnicas processuais, as quais foram inseridas no CPC de 1973, a exemplo do recurso especial repetitivo, do julgamento monocrático de recurso, da repercussão geral para admissão de recurso extraordinário, da súmula impeditiva de recurso, da sentença liminar de improcedência e da dispensa da reserva de plenário.

No entanto, o CPC de 2015 também trouxe muitas novidades, que já estão sendo observadas e operacionalizadas pelos advogados, que são os operadores do direito, bem como aplicadas pelos juízes, desembargadores e ministros.

Nas palavras de Eduardo Cambi e Mateus Fogaça (2016, p. 336), o projeto do NCP, desde o início, teve como objetivos principais a simplificação e a celeridade do processo judicial, para assegurar maior efetividade na tutela dos direitos.

Em verdade, toda a modificação dessa legislação processual vem promover uma mudança de paradigma e, dentre as novidades apresentadas, inclui-se a estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, buscando-se o fortalecimento das decisões dos Tribunais Superiores, além da unidade de entendimentos, a fim de privilegiar a segurança jurídica e celeridade na tramitação judicial, evitando o acúmulo de processos.

Dentre as inovações mais notórias, está exatamente a normatização dos precedentes judiciais obrigatórios, que vem concretizar uma nova ordem processual, onde são “ressaltados os valores da funcionalidade, eficiência e celeridade” (CAMBI; FOGAÇA, p. 345)

Seguindo essa linha, o art. 926, do Código de Processo Civil de 2015, traz grande novidade ao determinar o quanto se segue:

“Art. 926 Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

Com isso, visualiza-se que foram instituídos deveres legais para os tribunais, dentro do sistema de precedentes, sendo eles os de: uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável; integridade e coerência; além de dar a adequada publicidade aos precedentes.

O §1º do artigo supracitado desdobra o dever de uniformizar, dele extraíndo o dever dos tribunais de sintetizar sua jurisprudência dominante, sumulando--a, ao determinar que, “os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”.

Deverá haver por parte dos tribunais uma instituição dessa nova “cultura”, já que nos dias atuais não há prática de edição de verbetes. A título de informação, os Tribunais de Justiça dos Estados da Bahia e Sergipe possuem somente 14 súmulas, merecendo, ainda, destaque o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, um dos maiores do país, que conta com apenas 34 súmulas do Órgão Especial.

Vale, ainda, registrar que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, um dos mais expressivos na temática, que até o momento possui 377 súmulas, já editou mais de 30 enunciados após a edição do novo CPC.

Destaque-se que, como bem pontuado por Marcelo Veiga Franco (2016, p. 530), “os enunciados de súmula hoje verificados no Brasil estão em desconformidade com a técnica do *stare decisis*, a qual não tem a pretensão de generalizar a aplicação futura do precedente judicial a toda e qualquer causa análoga”.

Em sequência, o mesmo autor, ao ponderar que a súmula não é suficiente para permitir a aplicação nela contida em todas as causas similares, conclui que “o precedente deve ser firmado com base na *ratio decidendi* do julgado, e não em relação ao dispositivo decisório, razão pela qual se mostra adequada a ressalva contida no §2º, do art. 926, a fim de que seja preservada a relevância das circunstâncias fáticas que ensejaram a elaboração dos precedentes”.

Já o art. 927, do CPC, traz o rol de precedentes considerados vinculantes, mesmo que para alguns doutrinadores, a exemplo de Juraci Mourão Lopes Filho,

esse não seja taxativo, já que, para si, toda e qualquer decisão judicial pode gerar um precedente, com maior ou menor intensidade e frequência (2016, p. 300).

De qualquer sorte, transcreve-se o quanto disposto no art. 927, do CPC:

“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.”

Segundo Cassio Scarpinella Bueno (2015, p. 572), é difícil verificar a existência de verdadeira gradação das hipóteses previstas no art. 927, havendo, em seus cinco incisos, a previsão de que determinadas decisões devam ser observadas pelos órgãos jurisdicionais em geral.

“Tanto mais correta a observação do parágrafo anterior, sobre inexistir propriamente nenhuma gradação nas hipóteses do dispositivo anotado, porque, nos incisos do art. 927, não há nenhuma referência às Súmulas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, prática que não só é comum em muitos daqueles Tribunais, mas também – e, sobretudo – incentivada pelo próprio novo CPC no §1º de seu art. 926.” (BUENO, 2015, p. 572)

Merece destaque o §1º do artigo supra, que prevê que as decisões que aplicam precedentes judiciais devem observar o artigo 10 e o §1º, do artigo 489, ambos do mesmo diploma legal.

Isso significa que, além de se assegurar o contraditório às partes, na aplicação do sistema de precedentes, já que o artigo 10 determina prévia manifestação antes de qualquer decisão, ainda se preserva a garantia de fundamentação, quando o art. 489, §1º, dispõe sobre a obrigatoriedade dos julgadores motivarem as suas decisões, a saber:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

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

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

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

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

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

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

Logo, não se poderá mais decidir o processo sem que haja uma fundamentação consistente, a justificar a procedência ou improcedência da ação.

Ainda, §2º, do art. 927, traz a possibilidade de se realizar audiências públicas, com a participação de “pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”, o que demonstra que o novo CPC abre espaço para a sociedade participar da interpretação legislativa.

Chama atenção, também, §5º, do art. 927, que assegura ampla publicidade à divulgação dos precedentes judiciais, fortalecendo a relevância da transparência e amplo conhecimento como fator de legitimação da atividade jurisdicional e de veiculação da cidadania (FRANCO, 2016, p. 532).

Fechando o capítulo do que se pode chamar de “normas básicas” do sistema de precedentes, o artigo 928 dispõe que os julgamentos de casos repetitivos, os quais têm por objetivo questões de direito material ou processual, serão aqueles proferidos em incidentes de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
II - recursos especial e extraordinário repetitivos.
Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Diante desse contexto legal, vê-se que os precedentes representam uma mudança paradigmática no novo CPC.

Para Hermes Zaneti Jr.(2016, p.407), “os precedentes vinculantes são, sem dúvida, uma das maiores mudanças da nova legislação”.

5. IMPACTOS DA APLICAÇÃO DOS MECANISMOS DE CARÁTER VINCULANTE

5.1 O PROCESSO JUDICIAL DE CRIAÇÃO DO DIREITO

Antes de adentrar na questão principal do presente trabalho, consistente na comparação entre os institutos da súmula vinculante e precedentes judiciais obrigatórios, cabe uma reflexão acerca da responsabilidade do magistrado nos julgamentos que profere e do seu importante papel na criação do Direito.

A construção do Direito, através das leis, deve-se adequar a cada época. Neste diapasão, devem ser observados os modelos éticos vigentes e os valores culturais de cada povo para que lhes sejam aplicadas as regras de convivência adequadas. Para que haja uma verdadeira aceitação da sociedade de determinada norma jurídica, a fim de que ela seja obedecida, ela deve guardar alguma relação com o sentimento de justiça, assim compreendido pela sociedade.

Cada vez mais há uma necessidade do magistrado adequar as normas positivadas existentes à realidade da conjuntura em que vive e, principalmente, adequá-las ao caso concreto.

A criação judicial do direito é justamente o papel desenvolvido pelo juiz que, ao sentenciar, deve aplicar, em sua prestação jurisdicional, a razoabilidade, o senso ético e democrático, que devem permear qualquer relação, ainda que seja a do Estado Maior, representado pelo Juiz, para com o cidadão, bem como considerar as mudanças culturais e os avanços sociais.

É sabido que cabe ao Poder Judiciário aplicar a lei ao caso concreto. Dessa maneira, o juiz torna-se um intérprete da lei para melhor exercer sua função, devendo assumir papel criativo, como bem salienta Mauro Cappelletti (1999, p.73) ao afirmar que “a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional”.

Ainda sobre a possibilidade de o juiz agir como um verdadeiro agente criador do Direito, o mestre Cappelletti (1999, p. 73-74) aduz que:

[...] os juízes estão constringidos a ser criadores do direito, “*law makers*”. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito.

Espera-se que o magistrado venha a atuar como verdadeiro mediador de conflitos e que, ao fundamentar suas decisões, além de pautado na norma escrita,

esteja ele igualmente respaldado em uma conduta ética, razoável e dentro dos valores morais do meio em que vive.

O perfil do juiz, que soluciona os litígios entre cidadãos de uma sociedade, deve ser o de uma figura dinâmica, que acompanha os avanços e percebe as mudanças, uma vez que o direito é dinâmico, pois reflete a realidade social de determinado momento, e essa se transforma e evolui a cada instante.

Finalmente, compreende-se que a criação judicial do direito é essencial, na medida em que evita que as partes sejam reféns de uma lei positivada, muitas vezes engessada, que, uma vez aplicadas, acarretam decisões teratológicas, mas legalmente respaldadas. Assim, é de suma importância que o magistrado incorpore a função criativa na aplicação do direito.

Com a incorporação dos institutos vinculantes no nosso ordenamento, especialmente, a súmula vinculante e os precedentes obrigatórios, ora tratados no presente estudo, muito se tem questionado acerca dessa criatividade.

Mesmo fazendo parte de um sistema onde a lei exerce o poder maior, mas diante de uma nova realidade, aonde o entendimento e julgados dos aplicadores do direito têm ganhado força e até formatação legal, não se dispensa o olhar crítico e interpretativo dos magistrados.

“É indiscutível que o juiz não pode ser escravo do precedente judicial, porque certamente haveria aí uma abdicação da independência da livre persuasão racional, assegurada pelo art. 131, do Código de Processo Civil” (TUCCI, 2016, p. 449)

“O juiz e os juristas não são máquinas, mas seres pensantes, inteligentes e capazes de interpretar os precedentes assim como interpretam os textos da lei. A norma é sempre o resultado da interpretação. Todos os textos, sejam eles textos legais, sejam precedentes judiciais, exigem interpretação. A tarefa de interpretar é típica dos juízes e juristas” (ZANETTI, 2016, p. 411).

Como bem pontuado por Lenio Streck e Georges Abboud, “todo juiz chamado a decidir um caso, cuja matéria tenha sido decidida em sentenças anteriores, pode e deve submeter o resultado interpretativo anterior ao teste de fundamentação racional – vale dizer, o juiz não deve aceitar cegamente o resultado alcançado pelo provimento vinculante anterior” (2016, p. 179/180).

Ainda, os referidos autores destacam que, mesmo diante da necessidade legal de se observar o quanto disciplinado no art. 927, do CPC de 2015, não se pode dispensar a atividade interpretativa, pontuando que “juízes decidem por princípio, e não por política (e muito menos de acordo com a sua consciência ou vontade pessoal). Direito se aplica a partir do respeito à coerência e à integridade”.

Se os juízes utilizam sua criatividade ao sentenciar, aplicando a lei e adequando-a aos casos que lhes submetem os litigantes, pode-se enquadrar a súmula e o precedente como criação judicial do direito.

5.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A adoção de um sistema com mecanismos de caráter obrigatório para os membros do Poder Judiciário, que começou com a súmula vinculante, e agora foi fortalecido com a normatização dos precedentes judiciais obrigatórios, genuinamente oriundos da Civil Law, já é uma realidade.

Há de se reconhecer que a utilização, seja das súmulas, seja dos demais instrumentos vinculativos listados no art. 927, do CPC, possui muitas vantagens para a nossa Justiça, e também para os cidadãos que a buscam.

O fortalecimento dos princípios constitucionais é uma das grandes benesses desse sistema, que não deixa de observar a lei, resguardando o princípio da legalidade.

O enunciado 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis construiu, de forma muito pertinente, a relação de harmonização entre a lei e o precedente, preservando o sistema legalista que nos rege, ao assim dispor:

“Enunciado n. 324: Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.”

Porém, passou-se a dar importância aos julgados anteriores como forma de assegurar a segurança jurídica, a isonomia e principalmente, a celeridade da justiça, na tentativa de reduzir o grande acúmulo de processos que se dá em todo o País, seja pela deficiência da estrutura do Judiciário, seja pela ampliação do acesso à justiça para todos.

Com o aperfeiçoamento das técnicas de aplicação dos mecanismos obrigatórios, ante à implementação legal dos precedentes judiciais, chama atenção para a valoração também do contraditório e da ampla defesa.

5.2.1 Segurança Jurídica e Princípio da Isonomia

Um aspecto relevante a ser analisado diante da aplicação dos instrumentos vinculantes é a garantia do princípio da segurança jurídica.

A raiz do Direito possui relação íntima com a origem das relações sociais. Na vida em sociedade, o homem percebe que o outro é uma constante ameaça à sua própria existência, da mesma forma que as forças da natureza.

Por tal motivo é que os seres humanos se agrupam e criam normas de conduta que, ao mesmo tempo, os protegem e cerceiam, em parte, sua liberdade.

Na medida em que as sociedades se tornam mais numerosas, suas regras precisam atingir às pessoas de modo que essas saibam com a maior clareza possível o que podem e o que não podem fazer. Diante disso, conclui-se que proporcionar segurança às relações sociais é tarefa precípua do Direito.

“A segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’ ” (VANOSSI apud SILVA, 2002, p.431).

“Para o cidadão, encontrar segurança jurídica significa ter o direito à tranquilidade e à estabilidade na relação jurídica, as quais não podem ser modificadas sem critérios minimamente calculáveis, a ponto de a imprevisibilidade o deixar inseguro e instável quanto ao seu presente, futuro e passado” (ROCHA apud CAMBI, FOGAÇA, 2016, p. 340).

Para o professor Fredie Didier (2015, p. 470), a segurança jurídica “trata-se de princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente”.

A consolidação dos mecanismos vinculantes, indiscutivelmente, concede maior segurança jurídica ao ordenamento, pois, pode-se dizer que há uma

unificação da interpretação de determinado tema, concedendo maior homogeneidade e previsibilidade ao sistema.

“O princípio da segurança jurídica requer a adoção por parte do Estado-juiz de comportamentos que ajudem a criar um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, de maneira a garantir ao indivíduo a capacidade de planejar-se. Por isso se faz necessária, diante de demandas repetitivas, a fixação de uma tese única a ser aplicada em todos os casos em que a mesma questão jurídica se repetir e a consequente preservação da estabilidade dessa interpretação”. (LUCON, 2016, p. 340)

Quando do advento das súmulas vinculantes, o mestre Rodolfo de Camargo Mancuso (1999, p. 302), que se posicionou favoravelmente ao instituto, falou, com maestria, sobre a importância da segurança jurídica:

A utilidade maior que se pode alcançar através da súmula vinculante é a da realização prática do binômio justiça-certeza, que constitui o cerne do próprio Direito e a razão de ser da atividade judiciária do Estado. Se não for para eliminar a incerteza, e se não houver uma razoável previsibilidade no julgamento, a partir dos parâmetros que o próprio Direito oferece, então não se compreende a existência do tão vasto ordenamento jurídico, nem tampouco se justifica a manutenção do dispendioso organismo judiciário do Estado.

O Código de Processo Civil de 2015, visando tutelar a segurança jurídica, disciplinou as demandas de natureza repetitiva, a fim de evitar decisões contraditórias, instaurando um microssistema normativo com os mecanismos listados no art. 927, do CPC, dentre os quais, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência, ora classificados como precedentes judiciais obrigatórios.

“O respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo” (DIDIER, 2015, p. 470).

O novo CPC também trouxe como norma fundamental do processo a vedação à decisão surpresa, inserta em seu art. 10, que, conforme já mencionado em tópico anterior, reza que não poderá o juiz decidir, em grau algum de jurisdição, utilizando-se de fundamento a respeito do qual não tenha oportunizado às partes se manifestar, ainda que a matéria seja passível de decisão de ofício.

Assim, o juiz não pode se valer de qualquer fundamento sem que as partes antes o conheçam e possam orientar suas condutas, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica, porque seria imprevisível a decisão que se valesse de um fundamento a respeito do qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestar. (LUCON, 2016, p. 329)

Ainda, os precedentes obrigatórios podem ser vistos como aplicação do princípio da isonomia, consagrado no art. 5º, caput, da Carta Maior, quando reza que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Podemos dizer que o princípio da isonomia guarda grande proximidade com o da segurança jurídica. A uniformização das decisões sobre casos idênticos evita que existam duas verdades sobre o mesmo caso e que aqueles que procuram o Judiciário não dependam da sorte da distribuição dos seus processos, preservando-se a unicidade da jurisdição.

Na obra do mestre José Afonso da Silva (2002, p. 217), define-se a igualdade jurisdicional como “uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar à lei o entendimento que não crie distinções”.

No dizer de Aristóteles, seria “tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais na medida em que se desigalam”. Assim, somente as minúcias do caso concreto é que vão dizer se cabe aplicar ou não o entendimento sedimentado sobre determinado tema.

Dessa forma, a isonomia, que é um direito fundamental do cidadão, aliada à segurança jurídica, que proporciona estabilidade ao sistema, estarão resguardadas com a aplicação dos precedentes obrigatórios, que visam proporcionar decisões judiciais mais coerentes.

5.2.2 A celeridade do Judiciário

Ao estabelecer no inciso LXXVIII, do art. 5º, a razoável duração do processo, a Constituição Federal também reconheceu que a todos são assegurados os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Os processos judiciais só são dotados de efetividade quando se consegue que sejam finalizados em um tempo hábil.

Infelizmente, no Brasil, o Poder Judiciário é lento, além de sobrecarregado, e muitas ações se arrastam por décadas, o que só aumenta a descrença dos cidadãos na Justiça.

Muitos fatores são responsáveis pela morosidade do Judiciário, dentre eles a “insuficiência de recursos humanos e materiais, as deficiências do ordenamento jurídico, o formalismo processual exagerado, a ineficiência administrativa, o deficiente funcionamento dos cartórios”. (D’URSO, 2007, p. 5)

Um dos principais motivos para a lentidão da Justiça é, sem dúvida, o elevado número de processos, não só na primeira instância, mas, principalmente, de recursos protelatórios perante a Suprema Corte e os demais tribunais superiores.

Assim, acreditou-se que solução para o problema da “sobrecarga” da justiça, acarretada, dentre outros fatores, pelo número insuficiente de juízes e servidores, pelos próprios moldes em que estão estabelecidos os processos e pelas ações repetidas, seria dada através de um conjunto de medidas, introduzidas pela Reforma do Judiciário, dentre as quais, a súmula vinculante.

Com os verbetes editados pelo Supremo Tribunal Federal, de caráter vinculante, as ações com matérias já sedimentadas, passaram a ser processadas mais rapidamente, não necessitando de lastra instrução, uma vez que o magistrado passou a aplicar a súmula vinculante, inibindo a parte vencida de recorrer, pois já ciente de que o entendimento aplicado já é sedimentado e que seu insucesso recursal é garantido.

O novo CPC, que operou grande modificação da legislação processual, inovou com diversas práticas, no intuito de dar maior celeridade no julgamento dos processos acumulados, dentre as quais estão os ora destacados precedentes judiciais obrigatórios.

Diante desses novos instrumentos, há necessidade dos jurisdicionados serem mais cautelosos, pelo que não deverão movimentar o judiciário com questão que já é objeto de decisão sedimentada em sede de precedente obrigatório, acarretando, como consequência, a redução do número de recursos e até de demandas iniciais.

Muitos doutrinadores entendem que deve ser reconhecida a litigância de má-fé para quem demandar acerca de matéria já enfrentada por algum dos mecanismos previstos no art. 927, do CPC.

Além da técnica de julgamento através da observância pelos membros do Judiciário dos precedentes obrigatórios, cujo tema está sendo abordado nesse trabalho, ainda merecem destaque a instituição dos negócios jurídicos processuais, a priorização e formalização das medidas de conciliação e mediação e a extinção do prazo quádruplo pra Fazenda Pública contestar.

Não obstante, na tentativa de solução do abarrotamento da primeira instância, a lei nova determina que o juízo de admissibilidade dos recursos seja feito pelos próprios tribunais regionais, responsáveis pelo julgamento do seu mérito.

Diante disso, percebe-se que os precedentes obrigatórios, juntamente com os demais mecanismos, deverão ser de grande valia para a celeridade da Justiça e não só isso, também para a efetivação do direito fundamental disposto no art. 5º, LXXVIII da Constituição da República, que garante a todos os cidadãos a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

5.2.3 Princípio do contraditório

Trata-se o contraditório de princípio constitucional e, por isso, de caráter fundamental, disposto no art. 5º, LV, da Carta Magna, que reza que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Desde a autorização legislativa às súmulas vinculantes, questiona-se a violação dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, por se acreditar que a aplicação de “entendimentos pré-estabelecidos” a casos, ainda que similares, mas não idênticos, poderia fulminar a garantia de defesa dos jurisdicionados, além de causar, de certa forma, até o impedimento de acesso ao Judiciário.

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu em seu texto alguns dispositivos que determinam a observância do princípio do contraditório no processo judicial, a exemplo do artigo 9º, segundo o qual, com as ressalvas do parágrafo único, o contraditório deve ser concedido às partes antes de proferida a decisão:

“Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.”

É importante pontuar que mesmo com as exceções do parágrafo único, não há eliminação do contraditório, mas apenas a sua postergação, sob pena de afronta à Lei maior.

Em sequência, o artigo 10 veda, de forma expressa, as “decisões-surpresa”, cujo texto esclarece que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, embasado em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Quanto aos precedentes, como bem pontuado por Fredie Didier Jr. (2015, p. 472), o princípio do contraditório deve ser visto, não mais como direito de participação individual na construção da norma jurídica estabelecida no dispositivo da decisão, mas, sim, como um direito de participação na construção da norma jurídica geral, constante da fundamentação do julgado, revelada através da *ratio decidendi*, cujo conceito já fora acima explicitado.

Encontra-se outro reforço ao contraditório no §2º, do art. 926, do CPC, quando estabelece que 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 matéria, legitimando, inclusive, o *amicus curiae*, para participar do processo de alteração dos precedentes (BUENO, 2015, p. 573).

Também quanto ao *amicus curiae*, o art. 138, §3º, do CPC, admite que esse possa recorrer da decisão que julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, concedendo-lhe, portanto, papel importante na fixação das teses jurídicas dos IRDR's.

O Enunciado n. 2, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, estabeleceu que “para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.

Não se pode olvidar que diante das mudanças inevitáveis dos procedimentos, é preciso fazer reavaliar e redimensionar os princípios em si, sendo impossível aplicar, de forma simultânea, todos os princípios. É necessário, sim, que exista uma harmonia entre eles, mas isso não significa a preservação integral.

5.2.4 Princípio da separação dos Poderes

A teoria da separação dos Poderes foi estruturada e disseminada por Montesquieu, que, através da observação das principais Constituições de sua época, enunciou em sua obra, “O Espírito das Leis”, os três Poderes do Estado como sendo o Legislativo, Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

Em sua teoria da separação dos Poderes, que foi largamente difundida, Montesquieu defendia que “o Parlamento legisla, o rei governa e os juízes julgam de acordo com a vontade da lei”.

Para José Guilherme de Souza (1991, p. 72), o grande mérito de Montesquieu “foi sistematizar, pela primeira vez, em termos de especialização de funções, as diferentes atribuições da competência estatal em nível de organismos diferenciados”.

Para o filósofo francês, a divisão dos Poderes tinha fundamento na garantia da liberdade dos cidadãos. O Poder Legislativo tinha por ordem a enunciação das leis, com o escopo de disciplinar as relações entre as pessoas públicas e entre estas e os particulares; o Judiciário possuía a finalidade de dirimir conflitos entre pessoas, fundamentando-se para isto nas leis emanadas pelo poder Legislativo; e o Executivo detinha como objetivo a administração do Estado e o exercício de suas tarefas.

A proposta da separação dos Poderes, além de buscar a proteção da liberdade individual, tinha por base também aumentar a eficiência do Estado, haja vista ser possível, com a separação deles, uma divisão de atribuições e competências mais efetiva, tornando cada órgão do Governo especializado em determinada função. Com isso, estas duas bases da teoria de Montesquieu acabaram reduzindo o absolutismo dos governos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1791, já previa, em seu corpo, o princípio da separação dos Poderes. A Constituição de 1988, com uma concepção mais moderna, o traz como um dos princípios

fundamentais, dispendo em seu art. 2º que são poderes da União, “independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Atualmente, o princípio da separação dos Poderes possui uma nova visão, não tão rígida como a de quando surgiu, mas possibilitando um entrosamento maior entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o que José Afonso da Silva (2002, p. 109) chamaria de “colaboração de poderes”.

O próprio texto da Carta Política evidencia que deve haver, além da independência, a harmonia entre os Poderes do Estado.

A independência se dá na medida em que cada um exerce suas funções com autonomia, possuindo poderes para tomar suas próprias decisões e se auto-organizar.

A harmonia deve existir, uma vez que a divisão de funções não possui caráter absoluto. Assim, sempre há interferência de um poder no outro, exceções que encontram previsão na própria lei, surgindo, a partir daí, o “sistema de freios e contrapesos”, que fornece o equilíbrio para o sistema.

Em transcrição de trecho do X Congresso Brasileiro de Magistrados, José Guilherme de Souza (1991, p. 74-75) remete à verdadeira tradução do significado do sistema de freios e contrapesos:

[...] no modelo clássico brasileiro, o Legislativo julga politicamente os abusos do poder tanto do Presidente quanto dos membros do Executivo. O Judiciário exerce, com as conhecidas restrições legais e constitucionais das leis e dos atos dos demais poderes. Da mesma forma, pode o Executivo, nas circunstâncias excepcionais e conhecidas, apelar para o Judiciário, em relação aos abusos cometidos individualmente pelos membros do Congresso.

Outro exemplo do mecanismo de freios e contrapesos é o fato de o Supremo Tribunal Federal, membro do Poder Judiciário, ter o poder de declarar inconstitucionalidade de lei, em que pese os Tribunais não poderem influir no Legislativo.

A Suprema Corte possui inúmeros julgados que consagram a teoria da “separação de poderes” e a sua correlação com o constitucionalismo pátrio. Destaque-se, nesse particular, o brilhante Acórdão proferido na ação direta de inconstitucionalidade n.º 98/MT, que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

Declarou-se, na ocasião, a inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição de Mato Grosso, que previam a transferência compulsória para a inatividade de Desembargador que, com trinta anos de serviço público, completasse dez anos no Tribunal de Justiça, norma essa que era extensiva aos Procuradores de Justiça e aos Conselheiros do Tribunal de Contas daquele Estado e que, no entender do eminente Ministro Relator, contrariava a garantia de vitaliciedade dos juízes e, por conseguinte, o princípio da independência do Poder Judiciário.

Combateu-se, ainda, norma da Constituição Estadual que previa um controle externo ao Poder Judiciário local, realizado através de um colegiado de formação heterogênea no qual participavam agentes ou representantes dos outros Poderes. Eis alguns trechos do voto do referido acórdão:

[...] na estrutura do constitucionalismo federal brasileiro, se não se quer alçar às alturas conceituais dos princípios constitucionais uma série de normas pontuais, será necessário reconhecer a existência de uma terceira modalidade de limitações à autonomia constitucional dos Estados: além dos grandes princípios e das vedações – esses e aqueles, implícitos ou explícitos – não de acrescentarem-se as normas constitucionais centrais que, não tendo o alcance dos princípios nem o conteúdo negativo das vedações, são, não obstante, de absorção compulsória – com ou sem reprodução expressa – no ordenamento parcial de Estados e Municípios (cf. meus votos na Rcl 370, Galloti e na Rcl 382, Moreira, RTJ 147/404, 478/495).

Nessa categoria insere-se indubitavelmente o art. 93, VI, da Constituição Federal, a teor do qual, cuidando-se de magistrados, *"a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez e aos setenta anos de idade"*.

Trata-se de norma de absorção forçada pelos Estados, na medida em que se insere – como explícito no *caput* do art. 93 – entre os "princípios" a serem observados no Estatuto da Magistratura, que é lei complementar cujo campo normativo abrange tanto os magistrados federais quanto os locais, como ressaí da estrutura nacional do Poder Judiciário, delineada no art. 92, que compreende os juízes e tribunais da União e dos Estados. (...)

Com mais razão, não há como admitir pudessem ou possam hoje os Estados subtrair garantias inseridas nas regras constitucionais centrais do estatuto da magistratura: é ponto assente que as garantias constitucionais do juiz se impõem à necessária absorção do ordenamento estadual, sem discussão, pelo menos, desde a Constituição de 1934 – que explicitou, a propósito, o que a construção do Supremo Tribunal já extraíra do dogma da independência do Judiciário (cf. Leda Boechat Rodrigues, *História do Supremo Tribunal Federal*, v. I, cap. V, p. 82; VIII, cap. 13, p. 215, com farta referência jurisprudencial; Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, 1915, p. 7; Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943, p. 62).

Sob esse prisma, ascende a discussão ao nível de um dos verdadeiros princípios fundamentais da Constituição, o dogma intangível da separação de Poderes (CF, arts. 2º e 60, § 4º, III). Com efeito, é patente a imbricação entre a independência do Judiciário e a garantia da vitaliciedade dos juízes. A vitaliciedade é penhor da independência do

magistrado, a um só tempo, no âmbito da própria Justiça e externamente – no que se reflete sobre a independência do Poder que integra frente aos outros Poderes do Estado.

Desse modo, a vitaliciedade do juiz integra o regime constitucional brasileiro de separação e independência dos Poderes.

O princípio da separação e independência dos Poderes, malgrado constitua um dos signos distintivos fundamentais do Estado de direito, não possui fórmula universal apriorística: a tripartição das funções estatais, entre três órgãos ou conjuntos diferenciados de órgãos, de um lado, e, tão importante quanto essa divisão funcional básica, o equilíbrio entre os Poderes, mediante o jogo recíproco dos freios e contrapesos, presentes ambos em todas elas, apresentam-se em cada formulação positiva do princípio com distintos caracteres e proporções.

Dado que o Judiciário é, por excelência, um Poder de controle dos demais Poderes – sobretudo nos modelos positivos de unidade e universalidade da jurisdição dos Tribunais, como o nosso – parece incontestável, contudo, que a vitaliciedade ou outra forma similar de salvaguardar a permanência do Juiz na sua função será, em cada ordem jurídica considerada, marca característica da sua tradução positiva do princípio da independência dos Poderes [...].

Daí não se segue, entretanto, que ao legislador subordinado à Constituição Federal – incluído o titular do Poder constituinte instituído dos Estados – possa criar outras modalidades de cessação da investidura vitalícia: as únicas hipóteses previstas na Lei Fundamental – a invalidez e a idade-limite – inerem ao estatuto constitucional da vitaliciedade, quais únicas modalidades admissíveis de cessação compulsória da estabilidade no cargo e na função do titular da garantia.

Acrescer-lhes outros casos de inatividade obrigatória é, por tudo isso, afrontar o art. 95, I, que, de modo exaustivo, os prescreve, e, via de consequência, os arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição, que erigem a separação e a independência dos Poderes a princípio constitucional intangível pelo constituinte local [...].

Declaro, pois, a inconstitucionalidade dos arts. 92, V; 109, parágrafo único, 50, § 4º, e 42 do Ato das disposições Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso.[...]

Não há dúvida de que o princípio da separação e independência dos Poderes – instrumento que é da limitação do Poder estatal -, constitui um dos traços característicos do Estado Democrático de Direito.

Mas, como há pouco assinalava neste mesmo voto, é princípio que se reveste, no tempo e no espaço, de formulações distintas nos múltiplos ordenamentos positivos que, não obstante a diversidade, são fiéis aos seus pontos essenciais.

Por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em princípio constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente da separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.[...]

Extraí-se, pois, do precedente jurisprudencial acima, na acepção ampla do termo, que o Supremo Tribunal Federal, com relação ao "controle externo", não se eximirá em declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional que vise a suprimir a independência funcional e administrativa do Judiciário.

Apesar de ser o Pretório Excelso, considerando-se a hierarquia constitucional, o representante maior do Poder Judiciário, e guardar em suas

decisões o princípio da divisão dos Poderes, quando do advento da súmula vinculante, muitos questionaram se esse não estaria invadindo a esfera legislativa.

Assevera-se ter sido concedida à Suprema Corte o poder de criar uma verdadeira norma, pois, com a atribuição do efeito vinculante e do caráter obrigatório, a súmula deixou de ser um simples instrumento de consolidação de entendimento jurisprudencial.

Depreende-se da seguinte passagem de obra clássica de Cappelletti (1993, p. 81), apesar de defender a ideia de que os juízes não são legisladores quando incumbidos de função criativa, que, no caso da súmula vinculante, entenderia estar o Judiciário exercendo função legislativa, senão veja-se:

[...] operam com competência legislativa, ao invés de judiciária, quando exercem, como na hipótese das Cortes Supremas dos países da Europa oriental, o poder de emanar “diretivas” gerais em tema de interpretação, vinculantes para os Tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto.

Retomando o enfoque principal, o professor Luiz Flávio Gomes (1997, p.32), acreditando ser medida grave a adoção da súmula vinculante, aponta a violação ao princípio da divisão dos Poderes, garantia que se apresenta como cláusula pétrea, por força do art. 60, §4º, III da Constituição.

Segundo ele, tal violação ocorre no momento em que uma interpretação de texto normativo tenha eficácia geral, abstrata e vinculante, caracterizando-se em “verdadeira usurpação pelo Judiciário de atividade que é típica e essencial do Legislativo”.

Também para Marcelo Barroso Lima Brito de Campos e Wânia Alice Ferreira Lima Campos (2007, p. 24), a súmula vinculante dará ao STF a condição de poder legislador:

Admitir a súmula vinculante no Brasil significaria admitir que os Ministros do Supremo Tribunal Federal assumissem, ainda que de forma negativa, isto é, não ativa, dependente de provocação, a função de legislador, ao se considerar que o objetivo da súmula é o de determinar a validade, a interpretação e a eficácia de determinada norma jurídica.

Para se ter uma ideia do levante de questionamentos quando da Reforma do Judiciário, a Ministra do Supremo, hoje na condição de Presidente da Corte, Carmem Lúcia (1996, p.11), aderindo à corrente que entendia pela quebra do princípio constitucional, versou ser a súmula vinculante não só uma afronta ao

princípio da separação dos Poderes, mas também à rigidez da própria Carta Política de 1988, uma vez que o art. 60, §4º, III, lista-o como cláusula pétrea, que não pode ser abolida sequer por emenda à Constituição.

Ainda sobre o tema, reforçando o posicionamento da invasão do STF na esfera legislativa, a ministra levantou quesito que merece transcrição (1996, p. 11):

Críticas constantes e contundentes têm sido feitas quanto às medidas provisórias, quer pelo abuso cometido no curso destes oito anos de vigência da Constituição de 1988, quer pela sua natureza dita mais “parlamentarista” que presidencialista, e que de alguma forma atinge o coração daquele princípio da separação dos Poderes. O que dizer então da “súmula vinculante”, que não constituiu objeto de acolhimento do constituinte originário de 87/88 e permite a um dos Poderes passar a criar as normas que serão por ele mesmo aplicadas no caso concreto?

É bem verdade que, à época da criação das Medidas Provisórias, muitos se irredignaram, alegando que tal ferramenta concedida ao Poder Executivo poderia abalar o princípio da separação dos Poderes, uma vez que permite ao Presidente legislar sobre determinadas matérias.

No entanto, os partidos e lideranças se mantiveram atentos, a fim de evitar o cometimento de abusos, zelando pelo seguimento estrito dos parâmetros e limites impostos pelo texto constitucional para as medidas provisórias.

A título de demonstração, em decisão publicada no Informativo nº 492 do STF, foi deferida medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo PSDB e pelo DEM para suspender a eficácia da Medida Provisória 394/2007, que deu nova redação ao § 3º do art. 5º da Lei 10.826/2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM.

Considerando plausível a alegação de que a MP 394/2007 seria mera reedição de parte da MP 379/2007, adotou-se a orientação fixada na ADI 2984 MC/DF, segundo a qual o sistema instituído pela EC 32/2001 impossibilita, sob pena de fraude à Constituição, a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória revogada.

Asseverou-se que adoção de tese contrária implicaria ofensa ao princípio da separação de Poderes, porquanto o Presidente da República passaria, por meio desses expedientes revocatório-reedicionais de medidas provisórias, a organizar e a operacionalizar a mesma pauta dos trabalhos legislativos.

Ressaltou-se, ainda, que a autonomia das duas Casas do Congresso Nacional para organizar e operar suas pautas de trabalho seria a própria razão de ser da proibição contida no § 10 do art. 62 da Constituição Federal, que reza ser “vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”.

Essa razão de ser também transpareceria na proibição da reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória revogada, haja vista que o ato de revogação de uma MP consistiria em uma auto-rejeição, e reeditá-la significaria artificializar os requisitos constitucionais de urgência e relevância, já descaracterizados com a revogação.

Por fim, enfatizou-se que, com tal proibição, o Presidente da República não estaria impedido de acudir a supervenientes situações de urgência, uma vez que poderia utilizar-se do processo legislativo sumário (CF, art. 64, §§ 1º, 2º e 3º).

O que se visa demonstrar com isso é que as inovações jurídicas vão se amoldando ao sistema e diversos conceitos vão sendo revistos para que haja maior adequação e conseqüente melhoria na prestação jurisdicional.

O mesmo ocorre nesse momento histórico de mudança radical da legislação processual, trazida pelo CPC de 2015, em especial, em relação à normatização do sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

Com a já existente justificativa para a existência da súmula vinculante, no sentido de pacificar os conflitos existentes na sociedade sobre a matéria constitucional, diante de decisões judiciais antagônicas sobre a validade de normas determinadas, foi muito melhor a aceitação da comunidade jurídica em relação aos precedentes obrigatórios.

As críticas ainda persistem, não apenas quanto aos precedentes obrigatórios, mas também quanto à forma como foram inseridos. Porém, após mais de 10 anos da Reforma do Judiciário, e a evolução prática de aplicação do instrumento de caráter obrigatório, qual seja, a súmula vinculante, o recente sistema de precedentes instituído tende a se amoldar com mais facilidade.

Outro argumento que deve ser considerado é o de que os mecanismos vinculantes não têm propriamente caráter de lei, tendo em vista que não inovam a ordem jurídica, criando ou extinguindo direitos, mas apenas fixam uma

interpretação da lei naquilo em que foi contraditória ou lacunosa, mantendo como inviolado o princípio da separação dos Poderes.

Apesar do enfoque dado ao Poder Judiciário, considerando o tema abordado, deve-se inferir que, não só esse, mas também o Legislativo e o Executivo devem zelar pela sua independência e autonomia, defendendo, conseqüentemente, o princípio da separação dos Poderes.

Por fim, pode-se extrair disso a flexibilidade do princípio da Tripartição dos Poderes, que não coloca como absoluta a independência entre as atividades legislativas, executivas e judiciárias.

6 SÚMULA VINCULANTE X PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS

6.1 ELEMENTOS DE DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS

Uma vez realizado substancial panorama geral acerca da súmula vinculante e dos precedentes judiciais, é de suma importância estabelecer os elementos distintivos entre os institutos, a fim de elevar os precedentes judiciais obrigatórios à condição de superioridade e maior adequação e razoabilidade ao que se espera de um sistema justo e equânime.

Apesar da súmula vinculante constar do inciso II, do art. 927, do CPC de 2015, trata-se a mesma de mecanismo totalmente distinto de um precedente de caráter vinculante.

Em verdade, os precedentes são requisitos para a criação de súmula. A súmula não é um precedente, mas, sim, criada a partir dele.

Muitos doutrinadores têm dissertado sobre a distinção dos conceitos de precedente, súmula e jurisprudência, pelo que vale a transcrição de algumas dessas definições.

Para o ilustre jurista baiano, Fredie Didier Jr. (2015, p. 487), “um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em um tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.”

Assim, para ele, a súmula se traduz em um “enunciado normativo da *ratio* de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”.

Nas palavras de José Mourão Lopes Filho (2016, p. 128/129), o precedente é um julgamento que passa a ser referência em julgamentos posteriores. Jurisprudência é um conjunto de decisões sobre o mesmo assunto. E súmula constitui um ato administrativo de tribunal pelo qual exprime o resumo do entendimento contido em uma jurisprudência dominante, destacando a diferença notória de serem o precedente e a jurisprudência fruto de atividade jurisdicional, enquanto que a súmula decorre de uma atividade administrativa.

Entende-se, ainda, por jurisprudência, o conjunto de decisões concordantes proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, de modo reiterado e uniforme, pontuando Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça (2016, p. 343) que existe uma

diferença quantitativa em relação aos precedentes, pois, enquanto aquela remete a uma multiplicidade de decisões, o precedente é um julgado individual, que poderá ou não formar jurisprudência.

Seguem afirmando que a súmula, por sua vez, tem por objetivo veicular o resumo editado, numerado e sintético das teses vencedoras componentes da jurisprudência predominante de um Tribunal sobre uma matéria específica, sobre o qual existiu considerável discussão em algum período histórico, esclarecendo a interpretação vencedora do debate.

Interessante também é a distinção feita por Lucas Buril de Macedo (2016, p. 87) entre súmula e precedente, no sentido de que aquela possui procedimento específico de criação, modificação e extinção, sendo ato jurídico autônomo que não se confunde com a decisão judicial.

“Enquanto o precedente obrigatório é baseado no ato decisório como fonte do direito, gerado por uma eficácia anexa da decisão, as súmulas têm como hipótese fática permissiva de sua constituição a existência de vários precedentes – ainda que conflitantes, como no caso do incidente de uniformização de jurisprudência. Sendo assim, percebe-se a diferença lógica entre súmula e precedentes: estes são requisito para a existência daquelas, e, portanto, é impossível a relação de identidade” (MACEDO, 2016, p. 87)

Vale registrar que a súmula vinculante, nos termos dos comandos legais correlatos, já versados em tópico específico acima, só pode ser criada através de procedimento próprio, manejado pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto que o precedente pode surgir de qualquer decisão judicial.

Não obstante, mister se faz pontuar que as súmulas vinculantes são de observância é obrigatória não apenas para os julgadores das instâncias inferiores, mas também para os órgãos da administração pública direta e indireta, nada dispondo nesse sentido a lei acerca dos precedentes obrigatórios.

Estabelecidas as premissas quanto às diferenças terminológicas e estruturais entre súmula e precedente, cumpre iniciar o estudo analítico do melhor cabimento de um em detrimento do outro.

6.2 A FRAGILIZAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE DIANTE DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

As súmulas têm uma inquestionável relevância e valorização em nosso ordenamento jurídico. A criação das súmulas vinculantes, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, teve um papel precursor na transformação dos verbetes, que já eram observados e passaram a ter caráter obrigatório, impondo-se aos julgadores sua observância, aproximando, assim, o nosso sistema legalista do sistema “jurisprudencial”.

Mesmo diante da inovação legislativa trazida pelo Novo Código de Processo Civil, que normatizou os precedentes judiciais obrigatórios, que diferem das súmulas, como pontuado em tópico acima, essas permaneceram no cenário principal, e foram inseridas no rol do seu art. 927, incisos II e IV, como de obrigatoria observância pelos juízes e tribunais.

Contudo, a formação e aplicação da súmula possuem distinções basilares em relação aos métodos utilizados no sistema de precedentes, que faz com que esses sejam superiores, mais específicos e capazes de mitigar os efeitos dos verbetes, diante da maior segurança e adequação que podem proporcionar.

Assim, uma vez já pontuadas as diferenças entre os dois institutos, cabe desenvolver a temática da necessidade de fortalecimento do sistema de precedentes e fragilização das súmulas diante desses.

O enunciado de uma súmula apresenta uma simplicidade que o distancia do quadro fático existente na decisão que gerou sua edição. Assim, quando da sua aplicação, não são observados os fatos subjacentes à causa, que deveriam ser confrontados com os precedentes que a geraram, o que não ocorre na prática. (DIDIER, 2015, p. 489)

“A invocação de um precedente pressupõe e recomenda que sejam consideradas as circunstâncias de fato em que foi construído, para que só se aplique a causas em que a base fática seja similar” (DIDIER, 2015, p. 489).

Além do distanciamento dos fatos, outro problema verificado na edição e aplicação da súmula é quanto à observância do contraditório, já que não há a presença democrática e legitimadora das partes que figuraram nos processos em que fora inicialmente concebida a razão jurídica ali sintetizada, o que é muito

importante, “pois essas partes tendem a prezar para que a tese jurídica não acabe desvirtuada, legitimando-a para casos futuros, ainda que envolvam outros jurisdicionados” (DIDIER, 2015, p. 488).

“As sumulas simplesmente neutralizam as circunstancias do caso ou dos casos que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico. Ainda que se possa, em tese procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto”. (MARINONI apud DIDIER, 2015, p. 489).

Ademais, na mesma visão, Lucas Buril de Macedo (2016, p. 87), sustenta que os precedentes são operados através do método abduutivo e de analogias, onde não se cogita a dissociação da tese jurídica desenvolvida, através da análise dos fatos da causa, sendo esse elemento imprescindível para que se opere e desenvolva corretamente o sistema de precedentes judiciais.

De outra sorte, “a súmula da jurisprudência dos tribunais é emitida em forma de verbetes gerais e abstratos, que são aplicados de forma semelhante ao texto legal, em uma espécie de eliminação da facticidade, pois assim que é editada se dissocia dos fatos da causa e passa a ter pretensão de abstração e generalidade” (MACEDO, 2016, p. 87)

Lenio Streck destaca que o problema das súmulas é a pretensão de universalização, o que se mostra incompatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão de casos concretos. “As súmulas não são respostas aos casos passados e, sim, uma pretensão de abarcamento de todas as futuras hipóteses de aplicação de determinada norma jurídica.” (FRANCO, 2016, p. 526)

Dessa forma, a súmula vinculante, que se baseia não em hipóteses, mas sim em conflitos reais, porém de plano abstrato, começa a dar lugar aos precedentes judiciais, que afastam esse caráter genérico, dando maior profundidade e consistência a decisão que servirá de parâmetro para julgados futuros.

Em igual sentido, Gustavo Santana Nogueira, citado por Marcelo Veiga Franco (2016, p. 526/527), aduz que:

“o Brasil é o único país do mundo que tem sumulas (...) o problema das sumulas é a sua pretensão de sintetizar uma *ratio decidendi* extraída dos precedentes escolhidos para justificar a sua edição em poucas linhas. É muito difícil conseguir, via súmula, expressar o verdadeiro significado de um precedente, e isso provoca a sua má aplicação, e ainda diminui a sua força (...) Jamais conseguiremos uma evolução consistente se ficarmos “copiando e colando” as conclusões sumuladas (...) Como foi dito, usam-se as súmulas para otimizar o tempo de julgamento, e não como fonte de direito capaz de propiciar estabilidade e continuidade no direito”.

“As súmulas da jurisprudência dominante partem do pressuposto da inexistência de valor em uma única decisão, e mais, caso se atribua obrigatoriedade ao precedente, considerado em sua unidade, nenhuma utilidade restará aos entendimentos sumulados a partir de reiteradas decisões; a primeira decisão desta linha já guardaria importância e tornar-se-ia obrigatória para os juízes subsequentes” (MACEDO, 2016, p. 87).

O autor Lucas Buril de Macedo ressalta ponto fulcral da questão suscitada nesse estudo, que é exatamente a formação de um precedente, de caráter vinculante, a partir de uma única decisão, e, assim sendo, desnecessária se faz a reiteração de outros julgados em igual sentido, no intuito de formar um entendimento consolidado para que se formate um verbete de súmula.

“A partir dos precedentes judiciais obrigatórios, basta uma única decisão do tribunal de hierarquia superior, desde que já tenha constituído precedente eficaz, para que se fundamente a atribuição de poderes ou procedimentos sumarizados. Obviamente, para que se modifique as possibilidades estabelecidas no sistema processual vigente, seria indispensável a reforma legislativa. (MACEDO, 2016, p. 534).

Não se pode negar que a súmula vinculante teve e tem importância na elevação do papel da atividade e criação judicial, porém quando um sistema jurídico reconhece os precedentes com caráter obrigatório, passa-se a reconhecer o *stare decisis* e as súmulas não estão aptas a representar o sistema de precedentes, não sendo condizentes com a sua implementação.

Para Lucas Buril de Macedo, “é natural que a caminhada em direção à fortificação dos precedentes obrigatórios no Brasil passe pelo esquecimento e supressão das súmulas vinculantes, instituto que só tem razão de ser em um sistema que desconsidere o precedente judicial” (2016, p. 534).

Dessa forma, pode-se concluir que há certo paradoxo entre o fortalecimento do sistema de precedentes e a manutenção da formação da súmula, existente no novo CPC, a exemplo do que consta no art. 926, §1º, quando estabelece que os tribunais devem, sempre que possível, sumular seus entendimentos pacificados.

Não se pode esquecer, no entanto, que a súmula vinculante possui previsão constitucional, tendo respaldo legal para existir, pelo que qualquer alteração de sua força e existência deve ser objeto de emenda à Constituição.

De toda sorte, reconhece-se o avanço na exigência contida no §2º, do art. 926, quando estabelece que a súmula seja interpretada em conformidade com o precedente.

Diante de tudo o quanto suscitado, ao se analisar os aspectos de formação da súmula e do precedente, as garantias que os permeiam, vê-se facilmente nesse maior densidade, diante da conduta que se impõe ao juiz para a aplicação a casos análogos futuros, já que se parte da resolução de um fato, conferindo, portanto, melhor adequação, razoabilidade e garantia de uma prestação jurisdicional “estável, íntegra e coerente”, nos termos do que preceitua o próprio art. 926, do Novo CPC.

7 A EFETIVAÇÃO DAS REGRAS DO NOVO CPC NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A partir da promulgação do Novo CPC, ocorrida em março de 2016, iniciou-se uma jornada dos operadores e aplicadores do direito em busca da observância e operacionalização das novidades trazidas na legislação processual.

Ainda é muito recente para fazer qualquer análise mais aprofundada dos impactos trazidos pelas modificações dos comandos legais, porém, já se vê a iniciativa dos Tribunais Regionais no sentido de cumprir os ditames e, principalmente, inserirem-se nessa nova “cultura”, mudando paradigmas antigos dos procedimentos de seus julgados.

O maior Tribunal Regional do País, do Estado de São Paulo, instituiu Turma de Uniformização de Jurisprudência, já tendo firmado 5 teses acerca dos mais variados temas, não obstante ter instaurado 10 Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, os chamados IRDR's.

Já o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, mesmo diante dos institutos já existentes, possuía atividade de uniformização de jurisprudência muito lenta e desinteressada. A primeira súmula do TJ/BA foi editada apenas em 2011, sendo que até a presente data conta apenas com 14 súmulas, tendo essa como data de julgamento o ano de 2014.

Contudo, esse panorama mudou bastante após o advento do CPC de 2015. Além de ter procedido à revisão geral do seu Regimento Interno, que se adequou à nova realidade do sistema de precedentes obrigatórios, o nosso Regional criou núcleos para disciplinar e publicizar os novos instrumentos.

Some-se a isso o fato de já terem sido instaurados e admitidos 6 Incidentes de Resolução de Demandadas Repetitivas, nos termos previstos no art. 927, III, do CPC, cujos temas ora se destaca:

Tema 1 - IRDR nº. 0007725-69.2016.8.05.0000

Questão submetida a julgamento: A concessão de auxílio transporte aos policiais militares, nos moldes previstos no art. 92, inciso V, letra “h” , da Lei estadual n. 7.990/2001.

Tema 2 - IRDR nº. 0006410-06.2016.8.05.0000

Questões submetidas a julgamento: 1.1 A controvérsia quanto à aplicação dos arts. 7º, §1º, da Lei nº 9.145/1997 e 110, §3º, da Lei nº 7.990/2001, que dispunham sobre a garantia de revisão dos valores da Gratificação de Atividade Policial - GAP na mesma época e no mesmo percentual de reajuste do soldo, quando se tratar de ato normativo que incorpore parcela da referida vantagem pessoal ao vencimento básico do Policial Militar. 1.2 A revogação tácita ou não do art. 110, §3º, da Lei nº 7.990/2001, que tinha idêntica redação do art. 7º, §1º, da Lei nº 9.145/1997, após este último ter sido suprimido expressamente por ocasião da promulgação da Lei nº 10.962/2008.

Tema 3 - IRDR nº. 0006411-88.2016.8.05.0000

Questão submetida a julgamento: A natureza jurídica do ato que extinguiu a Gratificação de Habilitação Policial Militar - GHPM, substituindo-a pela Gratificação de Atividade Policial Militar - GAP, através da Lei Estadual nº 7.145/1997, se seria ato de efeitos concretos, de modo a estabelecer o marco prescricional para o ajuizamento das ações que visem a manutenção do pagamento da referida gratificação como a data em que promulgada a norma que a suprimiu, ou seria o caso de reconhecer tratar-se de ato omissivo, que se renova mês a mês, em ordem a viabilizar a aplicação da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça.

Tema 4 - IRDR nº. 0005646-20.2016.8.05.0000

Questão submetida a julgamento: A existência de direito do Município ao recebimento do repasse integral da quota de participação no ICMS computando-se valores não arrecadados em razão de programas estaduais de incentivos fiscais, à luz do art. 158, IV, da Constituição Federal e do art. 4º, §1º, da LC n. 63/1990.

Tema 5 - IRDR nº. 0006792-96.2016.8.05.0000

Questão submetida a julgamento: Referência para fixação do teto de remuneração dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo como subsídio de Governador do Estado ou como subsídio de Desembargador.

Tema 6 - IRDR nº. 0011517-31.2016.8.05.0000

Questão submetida a julgamento: Definição do marco temporal final para a aplicação do percentual decorrente da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV sobre a remuneração e proventos dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo do Estado da Bahia, ativos e inativos, e pensionistas.

De outra sorte, muitas adaptações e interpretações a alguns dispositivos do CPC de 2015 já têm sido feitas pelos julgadores, adequando-os à realidade da conjuntura já existente.

A título de exemplo, é interessante destacar o artigo 1.015, do CPC, que restringiu bastante as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento em relação ao que se estipulava no Código antigo.

A doutrina estabeleceu como taxativo o rol das hipóteses constantes do citado artigo 1.015, não admitindo interposição de agravo de instrumento fora do quanto ali descrito.

Contudo, alguns opositores passaram a entender como cabível o agravo de instrumento contra decisão que versa sobre a competência de primeira instância, mesmo não havendo sua expressa previsão no rol do artigo correlato, em verdadeira atividade interpretativa extensiva.

Sobre o tema, os doutrinadores Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 216) são categóricos ao afirmar que "a decisão relativa à convenção de arbitragem é uma decisão que trata de competência. Se a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é agravável, também deve ser agravável a que trata de uma competência, relativa ou absoluta. (...). Embora taxativas as hipóteses de agravo de instrumento, aquela indicada no inciso III do art. 1015 comporta interpretação extensiva para incluir a decisão que versa sobre competência".

Nesse sentido vêm decidindo alguns Tribunais Pátrios, a saber:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE DECLINOU DA COMPETÊNCIA – Decisão interlocutória não prevista expressamente no rol do art. 1015 do novo CPC – Possibilidade de interpretação extensiva para enquadrar o caso no inciso III, do art. 1015 do CPC/2015, que dispõe sobre rejeição de convenção de arbitragem, na medida em que tal inciso trata de competência, pois o juiz quando rejeita a arbitragem, na verdade declara a sua competência para julgar o feito - Cabimento do agravo de instrumento. ACIDENTE DE TRÂNSITO – SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT)– Ação de cobrança de seguro obrigatório – Decisão de Primeiro Grau em que foi reconhecida a incompetência do Juízo, sob o fundamento de que o foro competente para o ajuizamento da ação é o do domicílio da sede da ré – Escolha pelo foro do domicílio da sucursal da ré – Faculdade atribuída ao autor – Possibilidade – Ação que pode ser proposta no foro do domicílio da sucursal da ré, de acordo com a regra do art. 53, III, 'b', do novo CPC - Recurso provido, na parte conhecida, para o fim de reconhecer a competência do juízo da 6ª Vara Cível de São José do Rio Preto para julgar a ação. JUSTIÇA GRATUITA – Pedido formulado em primeira instância e não apreciado pelo magistrado – Impossibilidade de apreciação em sede de agravo de instrumento, consoante disposto no art. 1015, V, do novo CPC – Recurso não conhecido nessa parte." (TJSP. Agravo de Instrumento 20796163420168260000. 31ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Des. Carlos Nunes. DJ 14/6/2016)

"1. DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, a fim de acolher a exceção de incompetência proposta pela agravante e determinar a remessa dos autos à Comarca de

Ivinhema/MS, de acordo com o voto do Relator. EMENTA: Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Cabimento. Interpretação extensiva do art. 1.015, do CPC/2015. Ação revisional proposta em foro diverso do domicílio do consumidor e do foro de eleição do contrato. Impossibilidade. Princípio do Juiz Natural. 1. É cabível recurso de agravo de instrumento que versa sobre competência, uma vez que o reconhecimento futuro de eventual incompetência do Juízo por ocasião do julgamento de apelação seria inócuo, pois o processo já teria tramitado perante Juízo incompetente. 2. A opção aleatória do foro da ação, não guardando relação com aquele da residência do consumidor ou com o foro de eleição, agride ao princípio do Juiz Natural estabelecido no art. 5º, inc. XXXVII da Constituição Federal. O fato de a Lei 8078/90 conferir ao consumidor a prerrogativa de optar, dentre as hipóteses que expressamente prevê, o juízo onde proporá a demanda, não lhe outorga liberdade absoluta para, sem observar critério algum de competência, ajuizar a ação em qualquer lugar do país. Recurso provido. Agravo de Instrumento nº 1.575.104-5 fl. 2" (TJPR. Agravo de Instrumento n. 1575104-5. 15ª. Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Hamilton Mussi Correa. DJ 26/10/2016)

"2. EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. SOCIEDADE ECONOMIA MISTA. DECISÃO INCOMPETÊNCIA JUSTIÇA ESTADUAL. CABIMENTO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE PRÉ-CONTRATUAL COMPETÊNCIA JUSTIÇA TRABALHO. INCISO I DO ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR REJEITADA. A decisão que declara a incompetência desafia agravo de instrumento, diante da possibilidade de interpretação extensiva ao art. 1.015, III do CPC/2015. Preliminar rejeitada. O entendimento predominante dos Tribunais Superiores é de que a Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar litígios referentes ao período pré-contratual de potencial empregado que presta concurso público para ingresso em entidade estatal. Isso porque, apesar de tratar de questões anteriores à efetivação da formalização do vínculo empregatício, no momento em que o candidato é aprovado no certame formaliza com o empregador um pré-contrato de trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça Laboral. Agravo conhecido e improvido." (TJBA. agravo de instrumento 00154926120168050000. 3ª. Câmara Cível. Rel. Desa. Rosita Falcão de Almeida Maia. DJ 25/10/2016)

Diante disso, acredita-se na inevitável e louvável adequação e evolução dos Tribunais em todo o país, no sentido de efetivar a modernização legislativa, em especial de formação dos precedentes judiciais, que visa, conforme dissertado nos itens acima, melhorias do sistema que aí está e, quem sabe, se chegar ao verdadeiro *stare decisis*.

8 CONCLUSÃO

A súmula vinculante foi elevada à categoria constitucional por uma série de fatores históricos e culturais do sistema jurídico nacional.

Pode-se dizer que foi uma grande contribuição da Reforma do Judiciário, preconizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, conceder efeito vinculante às súmulas, pois o fato de já existirem súmulas de jurisprudência, emanadas dos tribunais superiores, facilitou a aceitação e compreensão do verbete de caráter vinculante.

É verdade que a aplicação da força vinculante às súmulas de jurisprudência acarretou uma mudança de paradigma no ordenamento, não só quanto à aplicação dos mesmos, que antes possuíam apenas caráter orientador, mas quanto à própria interpretação judicial.

A introdução das súmulas vinculantes na Constituição, à época, apesar das críticas e das considerações sobre as implicações negativas do instituto, foi vista como uma evolução do sistema, já que visava a celeridade e economia processual, bem como redução de decisões conflitantes sobre o mesmo tema.

Contudo, ante a instituição de uma nova realidade jurídico-processual, promovida pela promulgação do Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, que, em destaque, normatizou os precedentes judiciais obrigatórios, instaurando um caminho, ainda que inicial e com algumas contradições, para o *stare decisis*, o papel da súmula deve ser revisto.

Claro que todo avanço deve ser paulatino e, inequivocamente, haveria uma quebra deste postulado ao simplesmente descartar o instituto das súmulas, presentes há tanto tempo no direito brasileiro. (MACEDO, 2016, p. 535)

Os verbetes ainda estão presentes no novo texto legal, porém sua característica de generalidade e a formação do precedente que o antecede, devem fragilizar sua importância.

Ainda, o fato de o precedente valorar com maior adequação o caso que o formou, conferindo aos jurisdicionados maior segurança na aplicação da técnica e tratamento desigual aos casos desiguais, contribuirá para o prestígio da Justiça, uma vez que evitará decisões que causem perplexidade e sejam paradoxais, além

de possibilitar a democrática participação da comunidade jurídica na formulação do Direito Jurisprudencial.

Se o caminho for o da observância dos precedentes judiciais, de forma correta, a súmula não subsistirá, ou mesmo adotará o simples papel de catalogar os precedentes. Porém, caso haja uma acomodação com o que está posto, instaurar-se-á um sistema híbrido e peculiar de coexistência de ambos os institutos, com a utilização de parte dos conceitos de cada.

O que nos resta é aguardar e torcer para que a comunidade jurídica incorpore a correta elaboração, interpretação e aplicação dos precedentes judiciais, para que se alcance um patamar cada vez mais próximo da justiça equânime e ideal.

9 REFERÊNCIAS

BARBOSA, José Olindo Gil. **A adoção da súmula vinculante no sistema judicial brasileiro.** 2004. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2004/joseolindogilbarbosa/adocaosumula1.htm>>. Acesso em: 1 mar 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** São Paulo, Saraiva, 2015.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. Cap. 15 da **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol 3 – Precedentes.** Salvador: JusPodivm. 2016.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de; CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. A força vinculante da decisão judicial no sistema jurídico brasileiro. **Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia**, Salvador, n.7, p. 13-34, maio/2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. **Emenda Constitucional 45/2004: Comentários à Reforma do Poder Judiciário.** Salvador: JusPODIVM, 2005.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** 10 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil.** v.3. Salvador: Ed. JusPodium, 2016.

DINIZ, Antônio Carlos A. **Efeito Vinculante e suas Conseqüências para o Ordenamento Jurídico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=252>. Acesso em: 18 jun. 2007.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Com a palavra... O presidente da OAB - São Paulo Luiz Flávio Borges D'urso. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XI, nº 252, p. 5, 15 jul. 2007.

FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol 3 – Precedentes**. Salvador: JusPodivm. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas Vinculantes e independência Judicial. **RT 739 – 11/42**, p. 32, maio 1997.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reformas Recentes do Processo Civil**: comentário sistemático. São Paulo: Método, 2007.

LOPES Filho, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev e atual. - Salvador: JusPodivm, 2016.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. Revista Eletrônica - ISSN 2236-8981 - Volume 1. N. 6. DEZEMBRO DE 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Segurança Jurídica no novo CPC. Cap. XXV do **Panorama atual do novo CPC**. Florianópolis, Emporio do Direito, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Jus-Podivm, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

PASSOS, Joaquim José Calmom de. Súmula Vinculante. **Revista Eletrônica de Direito do estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público**, nº. 9, jan/fev/mar, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 09 maio 2007.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Sobre a Súmula Vinculante**. Belo Horizonte: 1996. Disponível em: <<http://www.carmenrocha.com.br>>. Acesso em: 13 maio 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; MEDINA, José Miguel Garcia. Reforma do Judiciário. **RT Informa**, São Paulo, n. 36, p. 3-4, mar/abr 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, p. 557-568, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. Cap. 7 da **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol 3 – Precedentes**. Salvador: JusPodivm. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI e Reedição de Medida Provisória Revogada**. Informativo nº 492, dez/2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo492.htm>>. Acesso em 14 jan 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário do STF aprova as três primeiras súmulas vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias>>. Acesso em: 30 maio 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Presidente do Supremo arquiva reclamação de casa de bingo em Campinas**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias>>. Acesso em: 31 jul 2007.

TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante**: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. Cap. 21 da **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol 3 – Precedentes**. Salvador: JusPodivm. 2016.

VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. A força dos precedentes no moderno Processo Civil Brasileiro. In **Direito jurisprudencial**. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2012, p. 553/674)

ZANETI Jr., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. Cap. 19 da **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol 3 – Precedentes**. Salvador: JusPodivm. 2016.