



PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DO MEIO AMBIENTE;
GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA PARA OTIMIZAÇÃO DO
AMBIENTE DE NEGÓCIOS NO BRASIL; COMBATE À CORRUPÇÃO,
AO CRIME ORGANIZADO E À LAVAGEM DE DINHEIRO; INCENTIVO
AO ACESSO À JUSTIÇA DIGITAL; E FORTALECIMENTO DA
VOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DO STF.

A evolução da força vinculante dos precedentes e a compatibilidade das decisões previstas exclusivamente nos incisos do art. 927, caput, do Código de Processo Civil, à Constituição da República Federativa do Brasil

Rafael Meira Hamatsu Ribeiro

Resumo: O presente artigo analisa a evolução da competência dos tribunais quanto à fixação de teses e temas ao longo das sucessivas reformas constitucionais e do revogado CPC/73, além de mudanças na orientação jurisprudencial do STF, culminando com a vigência do CPC/2015. O alargamento do rol de decisões que vinculam os Tribunais e juízos inferiores com a previsão de precedentes vinculantes exclusivamente em normas infraconstitucionais é cotejado com as disposições da CF/88, sobretudo com o princípio da separação dos poderes e com aquelas relacionadas à independência da magistratura.

Palavras-chave: Precedentes vinculantes. Crise de efetividade. Isonomia. Segurança jurídica. Independência da magistratura.

Abstract: This paper analyzes the evolution of the competence of the appeal and superior courts to establish theses and themes during the successive constitutional reforms and modifications to the abrogated Civil Procedure Code, as well as changes in the jurisprudential orientation of the Federal Supreme Court, culminating in the entry into force of the new Code. The extension of the list of decisions that bind the lower courts, with the provision of precedents binding exclusively on infraconstitutional rules, is confronted with the provisions of the Constitution, especially with the principles of the separation of powers and those related to the judicial independence.

Keywords: Binding precedents. Crisis of effectiveness. Isonomy. Legal certainty. Judicial independence.

1 Introdução

A crise do Judiciário, há muito conhecida, já inspirou mais de uma reforma legislativa. O ano de 2019 bem representa as dificuldades enfrentadas pela máquina judicial e foi marcado por diversos recordes de produtividade do Poder Judiciário, em resposta aos 30,2 milhões de feitos propostos no período: naquele ano houve crescimento de casos novos em 6,8%, aumento de casos solucionados em 11,6%, os quais atingiram o maior valor da série história, uma redução de 3% do acervo e cada magistrado julgou em média 2.107 processos, o que corresponde a 8,4 feitos por dia útil, indicando aumento de produtividade de 24,2% nos últimos cinco anos (CNJ, 2020, p. 93, 105). A despeito do incremento da produtividade dos magistrados e serventuários da justiça, além do pequeno aumento dos índices de conciliação entre 2015 e 2020 (11,1% e 12,5%, respectivamente) (CNJ, 2020, p. 110, 171, 172), é certo que os números expostos servem tanto à análise das circunstâncias presentes, quanto registram as deficiências de anos pretéritos, anteriores à Lei n. 13.105/2015, revelando que o sistema de justiça, concebido e operado até a vigência deste diploma legal, não poderia oferecer tutela jurisdicional tempestiva.

O quadro delineado pelos números expostos também revela que a efetividade da jurisdição é perigosamente ameaçada, na medida em que não se afigura razoável

admitir o progressivo aumento das despesas do Poder Judiciário, proporcionalmente ao número de demandas distribuídas¹, porquanto consumiram, em 2019, mais de 100,1 bilhões de reais, representando expansão de 2,6% em relação ao ano anterior (considerados os valores corrigidos de acordo com o IPCA) e 1,5% do Produto Interno Bruto – PIB (CNJ, 2020, p. 46, 74). Não seria possível supor que os gastos de custeio e recursos humanos poderiam acompanhar a escalada do número de novas ações propostas a cada ano, especialmente com relação a esta última rubrica dos orçamentos dos órgãos do Poder Judiciário, que cresceu apenas 2,2% no período mencionado (CNJ, 2020, p.74).

A aproximação de um cenário caótico não passou despercebida pela Comissão nomeada para elaboração de anteprojeto do diploma legislativo, que viria a ser publicado como Lei n. 13.105/2015, tendo em vista ser expresso no parágrafo introdutório da exposição de motivos daquele documento que “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”. E não em poucos trechos daquela exposição de motivos é possível verificar a

¹ Em 2019, foram distribuídos 28,3 e 30,2 milhões de casos novos, em 2018 e 2019, respectivamente, o que representa uma variação positiva de 6,71%, de acordo com Justiça em Números 2020 (CNJ, 2020, p.74).

preocupação do legislador ordinário com a concretização do princípio da razoável duração do processo.

Nesse contexto de progressivo aumento de acervo de processos pendentes de julgamento e incremento de novas ações e muito antes da vigência da CF/88, surgiram instrumentos processuais aptos a permitir o tratamento coletivo dos conflitos de interesses, possibilitando a prolação de decisões com o potencial de resolverem uniformemente conflitos homogêneos. E as demandas coletivas possibilitam, de acordo com antiga metáfora, a molecularização das demandas², permitindo-se a prolação de decisões com o potencial de atingir milhares de indivíduos, em que seria racionalmente esperado que as “demandas-átomos” dessem lugar aos processos coletivos³.

Todavia, é sintomática a conclusão da pesquisa conduzida pelo CEBEPEJ e pelo CPJA/FGV, com base em análises de decisões colegiadas proferidas por três grandes Tribunais, da “enorme preponderância de ações individuais”, o que alimenta a litigância repetitiva e dá causa a todas suas desvantagens, tais como acúmulo de trabalho e processos, decisões contraditórias, condução atomizada de questões que poderiam receber tratamento único e uniforme, bem como a “ausência completa de iniciativa dos legitimados às ações coletivas para aglutinarem inúmeras demandas repetitivas, com pedidos idênticos e em face do mesmo réu, ajuizando uma única ação coletiva (seja em defesa de interesses coletivos, seja em defesa de direitos individuais homogêneos)” (GRINOVER, 2014, p. 77).

Numa tentativa de valorizar o tratamento coletivo de conflitos de interesses individuais homogêneos, o CPC/2015 previu originalmente um incidente de coletivização em capítulo próprio, mas o seu art. 333 recebeu o veto presidencial. Tal instrumento permitiria a molecularização de ação individual em seu nascedouro, bem como seria esperado maior voluntarismo entre os entes

² A desatenção quanto às peculiaridades da relação jurídica material pode causar a fragmentação de conflitos coletivos e contribuir para o assoberbamento do Poder Judiciário. Cita-se, como exemplo, as causas versando sobre tarifas de assinaturas telefônicas e menciona que, na Justiça de São Paulo, foram distribuídos 130.000 feitos desta natureza em um ano e 30.000 demandas individuais num só Juizado Especial Cível, sendo desconsiderado que a natureza da relação jurídica substancial é incindível (WATANABE, 2006, p. 32).

³ Apesar de o processo coletivo ter o condão de solucionar com maior celeridade inúmeros litígios individuais, de forma homogênea, argumenta (GUIMARÃES, 2018, p. 419) que “a falta de parâmetro legal de suspensibilidade ou de prejudicialidade no que tange às demandas individuais que se repetem diminui o resultado positivo que as ações coletivas poderiam gerar para a tão conhecida sobrecarga e morosidade do Judiciário, já que sua potencialidade de molecularizar a demanda é obstada, pois a legislação tolera a concomitância de ações coletiva e individuais que versem sobre direitos individuais homogêneos”.

e as pessoas jurídicas arroladas no art. 5º da Lei n. 7.347/85, atendendo-se ao princípio da isonomia. Contudo, o veto presidencial não fora derrubado pelo Congresso Nacional, transferindo-se a expectativa de que o processo judicial seja dotado de mais eficiência e celeridade, bem como confira tratamento isonômico às demandas repetitivas, em parte, à nova sistemática dos precedentes.

Sobre o referido instituto, o CPC/2015 previu inúmeros instrumentos para a uniformização dos julgamentos e, uma vez formado o precedente obrigatório (ou qualificado), também para o abreviamento do trâmite processual. A enorme relevância que o novel diploma processual conferiu a tais julgados é, inclusive, revelada na admissão, como hipótese de cabimento de ação rescisória, de decisão transitada em julgado, que o viole manifestadamente e tem-se como expectativa a “diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos tribunais de segundo grau e superiores” como “resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável”⁴.

Tamanha é a esperança de que os mecanismos de aceleração do processo representem efetiva medida contra o acúmulo de demandas que, “em entrevista concedida à imprensa logo que aprovado pelo Senado Federal o texto definitivo do projeto, um dos integrantes da Comissão de Redação afirmou que com o novo Código o tempo de duração do processo civil ficará reduzido à metade” (DINAMARCO, 2016, p. 44). Por outro lado, é também colocada em especial posição de destaque a segurança jurídica, o que motivara, ao menos em parte, as sucessivas reformas legislativas do revogado CPC/73 e a EC n. 45/2004, ao criar a súmula vinculante do STF. Vislumbra-se, então, um remédio ao desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma, diagnosticado por alguns, o que, conforme também se verá, foi entendido por muitos juristas como verdadeira afronta à autonomia funcional dos magistrados.

Não obstante, é certo que o CPC/2015 não representa verdadeira ruptura, mas o ápice de movimento levado a efeito tanto por alterações do Texto Constitucional e edições de leis extravagantes ou alteradoras do CPC/73, quanto por modificações de posição jurisprudenciais adotadas pelo STF.

⁴ De acordo com a exposição de motivos do projeto de lei convertido na Lei n. 13.105/2015.

2 Os precedentes vinculantes: da redação original da CF/88 à nova sistemática

conforme indicado, a forma de tratamento coletivo de conflitos de interesses individuais proposta já nos anos 80 — a qual não redundou nos efeitos almejados — “poderia solucionar uniformemente as questões de massa”, assegurando-se tratamento uniforme a indivíduos ou grupos unidos por alguma relevante circunstância fática ou jurídica (MONNERAT, 2016, p. 104). Não seria de se admirar, então, que a CF/88 tenha iniciado vigência num cenário em que o controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil se consolidou após um longo “processo de concentração” (SILVA, 2009, p. 215-6), de modo que, com a sua promulgação, “houve inúmeras alterações no modelo brasileiro, todas elas, de certa forma, dando mais poderes ao Supremo Tribunal Federal”, criando-se “a ação direta de inconstitucionalidade — com uma lista muito mais ampla de legitimados para sua propositura — o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental”⁵. Apesar disso, com a massificação das demandas, o fenômeno denominado em termos não científicos de “loteria jurisdicional” se intensificou, de modo que o aumento das competências vinculantes da Suprema Corte seria ao menos previsível.

Destarte, a redação original da Carta Política previa como competência originária do STF — em relação ao controle de constitucionalidade — apenas o processamento e julgamento da “ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”, ainda que por omissão (art. 102, I, “a”, e 103, § 3º). Tal norma constitucional repete aquela prescrita pelo art. 119, I, “I”, da EC n. 1/69, não obstante a CF/88 tenha alargado substancialmente o rol de legitimados à propositura da ação de controle concentrado de constitucionalidade.

Na vigência da EC n. 1/69 e mesmo em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o STF fixou sua jurisprudência para que a “suspensão da execução das normas tidas como inconstitucionais” coubesse ao Senado Federal⁶, por força do seu art.

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da., op. cit., traz breve relato evolutivo do fenômeno nos seguintes termos: “Em 1934 cria-se a primeira forma de ação direta de inconstitucionalidade, limitada ainda apenas aos casos de intervenção federal. Em 1965 é criada a figura da representação de inconstitucionalidade, por meio de uma emenda à ainda vigente Constituição de 1946. Essa representação era uma possibilidade de acessar diretamente o Supremo Tribunal Federal para decidir sobre a constitucionalidade, em abstrato, de uma lei. Sua principal limitação era a competência para a sua propositura, restrita ao procurador-geral da República.”

⁶ Rp n. 933 MC/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Thompson Flores, julgado em: 5/6/1975.

42, VIII. Dessa forma, os órgãos judiciais e a administração pública não restavam vinculados aos efeitos da decisão proferida em controle concentrado, isto é, tal pronunciamento possuía apenas efeito persuasivo aos juízos e órgãos fracionários — ou tribunais plenos — das cortes inferiores.

O fenômeno consistente no “processo de concentração” teve marco importante em 1993, ano de início de vigência da EC n. 3, a qual introduziu na ordem jurídica a ação direta de constitucionalidade, tendo sido regulada — juntamente com as demais ações de controle de constitucionalidade — pelas Leis n. 9.868/99 e 9.882/99. Tal arcabouço infraconstitucional “conferiu ao STF o direito de modular o efeito *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade, possibilidade essa que foi jurisprudencialmente estendida ao controle difuso em 2002 (STF, RE 197.917)” (COSTA, 2016, p. 158). Além das alterações legislativas, a hermenêutica constitucional também possibilitou a expansão dos efeitos do controle concentrado, por meio do instituto da interpretação conforme a constituição, o qual ganhou previsão legal com o advento do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99⁷.

A tendência de incremento de competência de realizar o controle de constitucionalidade pelo STF culminou com a vigência da EC n. 45/2004, que introduziu na ordem jurídica tanto a figura da súmula vinculante quanto a exigência da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Desse modo, “se em 1891 não havia nenhuma forma de recorrer diretamente ao STF para obter uma decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei, hoje há pelo menos cinco” (SILVA, 2009, p. 216).

Além disso, o controle difuso ganhou novos contornos. No julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, houve a consolidação da orientação do STF de que há um “certo efeito vinculante” às decisões em que haja declaração incidental de inconstitucionalidade de norma jurídica, o que se afigurou necessário à vista da multiplicação de processos repetitivos após 1988. Tal julgado representou a consolidação da mudança de orientação daquela Corte, em contrariedade com o que era defendido por estudiosos de Direito Constitucional, uma vez que já se sustentou

⁷ Aponta-se que a consolidação do instituto da interpretação conforme a constituição se deu pela primeira vez na Representação de Inconstitucionalidade n. 1417/DF (Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 9/12/1987). Naquela assentada, o pretório excelso definiu que o princípio da interpretação conforme a constituição não se trata de mera regra de interpretação, mas de instituto que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade.

que somente a partir da publicação da resolução do Senado Federal a que alude o inciso X do art. 52 da CRFB/88 haveria a “ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF”, de modo a conferir à decisão “efeitos *erga omnes*, porém, *ex nunc*” (MORAES, 2013, p. 281).

A abstrativização do controle difuso inspirou a concepção de que o assentamento de uma tese pelo órgão de cúpula deve vincular os demais inferiores, o que justifica — à luz de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social — a modulação dos seus efeitos (NOVAIS, 2018, p. 310). e inspirou a moldagem do sistema de precedente. Tanto é assim que a participação da figura do *amicus curiae* era inicialmente restrita às ações diretas de constitucionalidade, de acordo com os arts. 7º, § 2º, da Lei n. 9.869/99, e 131, § 3º, do Regimento Interno do STF (RISTF), e foi elevada a verdadeira hipótese de intervenção de terceiros em que há defesa de um interesse institucional, inclusive ostentando legitimidade para recorrer de decisão definidora de tese jurídica em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), de acordo com o art. 138, § 3º, do CPC/2015.

Também são apontados como reveladores da tendência da “abstrativização do sistema”, sobretudo como inovações oriundas das EC n. 3/1993 e 45/2004, e das vigências das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, “a evolução do Mandado de Injunção” (o que se deu de forma relevante no julgamento do MI n. 712/PA) e “os avanços nas técnicas decisórias e dos métodos interpretativos utilizados nas decisões de controle, como por exemplo, as decisões aditivas e os métodos de interpretação conforme à Constituição” (FERREIRA, 2014, p. 139).

E, em relação às competências recursais extraordinária e especial, a Lei n. 11.418/2006 introduziu no CPC/73 os arts. 543-A e 543-B, para trazer ao plano infraconstitucional a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade de recurso extraordinário. Esse dispositivo regulamentou o quanto disposto no art. 102, § 3º, da CF/88, para definir como repercussão geral “a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 543-A, parágrafo único, CPC/73). Trata-se, em verdade, da introdução na ordem jurídica, pelo § 2º do referido artigo, de um requisito extrínseco de admissibilidade (TORRE, 2015, p. 122, 123), ao prescrever que

“o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”.

Embora os contornos legais da repercussão geral sejam abertos — com exceção da hipótese de contrariedade da decisão recorrida em relação à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A do CPC/73 e art. 1.035, § 3º, I, do CPC/2015) —, pode-se dizer que estão relacionados a dois critérios: “a) relevância (‘considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico’); e b) transcendência (‘que ultrapassem os interesses subjetivos da causa’)” (FERNANDES, 2014, p. 195). Essa abertura poderia conferir ao STF alguma maleabilidade para a escolha de quais causas deveria apreciar, a exemplo do *writ of certiorari* da Suprema Corte dos EUA.

Todavia, a incapacidade da reforma constitucional e, posteriormente, da reforma do CPC/73, que instituiu o mencionado pressuposto de admissibilidade, em reduzir o número de recursos extremos apreciados, é revelado pelos números do STF. Isso porque, “entre 1988, i.e., desde a promulgação da CF, e 2009, 91,7% dos processos que chegaram ao STF são recursos”, de maneira que o pretório excelso “mais se assemelha a uma ‘Corte recursal suprema’, escolhida pela parte que a ela socorre” (TORRE, 2015, p. 93). Talvez isso tenha criado as condições estruturais necessárias para a expansão do rol de decisões judiciais de observância obrigatória e a aproximação de institutos previstos para o controle abstrato de constitucionalidade aos novos procedimentos de produção de teses jurídicas, isto é, de normas gerais e abstratas pelos tribunais, no bojo de processos subjetivos. O que se vê, então, é que o sistema adotado observou a tendência de “objetivação do processo” e se revela, conforme exposto, pela “força do precedente de um lado e o ingresso de terceiro, na qualidade de *amicus curiae* de outro” (CARVALHO, 2016, p. 303).

Também o STF pode realizar controle difuso de constitucionalidade e prescindir da atuação do Senado Federal por meio da edição de súmulas vinculantes, já que desde a vigência da EC n. 45/2004 pode “editar Súmula sobre a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas, evitando que a questão controvertida continue a acarretar insegurança jurídica e multiplicidade de processos sobre questão idêntica” (MORAES, 2018, p. 773). Dessa forma, se de um lado a Suprema

Corte atua como legislador negativo ao declarar inválida determinada norma, em coito com aquelas veiculadas pela CF/88, de outro, não resta dúvida de que introduz na ordem jurídica outras normas gerais e abstratas por meio de decisões judiciais proferidas no bojo de procedimentos que visavam, ao menos nas instâncias ordinárias, produzir normas individuais e concretas.

De outro lado, carecia ao STJ o mesmo mecanismo de produção de teses, o que se daria por meio de procedimento distinto, instaurado com a identificação de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Então, o passo seguinte da expansão da competência para que Tribunais Superiores editem teses ou fixem temas, introduzindo normas abstratas no sistema, deu-se com a vigência da Lei n. 11.672/2008, que acrescentou no CPC/73 o art. 543-C. Embora ainda não houvesse previsão legal para que o precedente assim produzido vinculasse os órgãos inferiores, o procedimento de criação da tese abstrata contava com a participação do Ministério Público, além da “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”, nos termos dos §§ 4º e 5º do referido dispositivo, de modo a legitimar a decisão assim proferida e indicar a qualificação do recurso especial desse modo julgado como orientação daquela Corte — o que é corroborado pela posição firmada pelo STJ de que essa espécie de intervenção é admitida em “processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares demonstrar a generalização da decisão a ser proferida”⁸.

Além disso, já havia previsão no CPC/73 que permitia ao relator negar seguimento ou dar provimento a recurso, a depender da adoção, como fundamento da decisão recorrida, da jurisprudência de Tribunal Superior, a qual por certo é bem representada pelo precedente resultante do procedimento previsto no seu art. 543-C. Já se defendia, à luz da sistemática inaugurada pelas Leis n. 11.417/2006 e 11.672/2008, que as decisões proferidas com a observância dos arts. 543-B e 543-C do CPC/73 não apenas informavam o entendimento adotado pelo STF ou STJ, mas efetivamente vinculavam as instâncias inferiores, possuindo “efeito antecipatório em relação às demais demandas ainda pendentes de julgamento, já que a insegurança quanto ao resultado [...] geralmente perdura até o trânsito em julgado, é abreviada” (MOREIRA, 2015, p. 527-528).

Essa aproximação entre institutos relacionados ao controle abstrato de constitucionalidade e a apreciação de apelos extremos resultou na novidade prevista no art. 927, § 3º, do CPC/2015, “ao possibilitar ao Supremo Tribunal Federal e demais tribunais modularem os efeitos de suas decisões, no caso de alteração de jurisprudência dominante, bem como para julgamentos de casos repetitivos” (FONSECA, 2017, p. 167). É interessante notar que houve deliberada valorização dos precedentes judiciais, porquanto antes da alteração da legislação processual, a jurisprudência do STJ se firmara quanto à inaplicabilidade da modulação — ao menos temporal — em sede de recurso repetitivo⁹, malgrado já se defendesse, na vigência do CPC/73, que a “jurisdição infraconstitucional não [estava] livre dos mesmos problemas enfrentados pelas Cortes Constitucionais no tocante aos reflexos decisórios oriundos do exercício do controle de legalidade de uma norma”, motivo pelo qual os Tribunais Superiores deveriam dispor de “instrumentos aptos à modelação dos efeitos naturalmente retroativos (i.e., expansivos às situações pendentes de resolução) de suas principais decisões (precedentes e/ou jurisprudência)” (NOGUEIRA, 2013, p. 242).

O CPC/2015 encerrou uma série progressiva de concentração de competências para prolação de decisões vinculantes pelos Tribunais Superiores e a tendência de valorização de julgados proferidos por meio de procedimentos determinados. Ao ser promulgada a Lei n. 13.105/2015, segundo os processualistas, “instalou-se um sistema de precedentes judiciais que [...] estabelece distintas possibilidades eficazes para os precedentes – inclusive a eficácia vinculante de precedentes de tribunais superiores” (DIDIER; SOUZA, 2015, p. 119). Com a vigência do novo diploma processual, os juízes e tribunais passaram a ter que observar não apenas os enunciados de súmula vinculante e “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”, mas também e de forma vinculada — tendo em conta que o legislador ordinário se valeu do verbo observar no futuro do presente e a interpretação literal do texto legal — de todo o rol elencado pelos incisos no *caput* do art. 927 do CPC/2015.

A força dos precedentes foi, certamente, inspirada na *common law*, mas, nos países de tradição anglo-saxã, o precedente se refere a caso julgado e adotado como razão de decidir em decisões posteriores. No Bra-

⁸ REsp 1568940/RJ, 3. Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 19/3/2016.

⁹ EDcl no AgRg nos EAREsp 93.820/PR, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 19/6/2013.

sil, o que se convencionou denominar precedente não coincide com o que ocorre nos países que adotam o sistema mencionado, pois há certo consenso de que apenas pode ser assim considerado o que “fixa o sentido e o alcance do ordenamento jurídico que, no *civil law*, é delineado, precipuamente, pelo Poder Legislativo” e , mesmo que não haja dúvida de que “o Código de Processo Civil de 2015 estabelece um sistema de formação de precedentes construído à luz das características de um ordenamento jurídico de *civil law*, como é o brasileiro” (SANTOS, 2018, p. 117-118), a aproximação dos sistemas não é suficiente ao esclarecimento do que significa, na ordem jurídica nacional, precedente ou jurisprudência.

A dificuldade de tal distinção é corroborada pela frequente adoção das duas palavras como sinônimas, não obstante o esforço que já se empreendeu para as distinguir do ponto de vista conceitual. Já se sustentou que haveria uma distinção de caráter quantitativo entre ambas, isto é, “quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a *uma decisão* relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma *pluralidade* frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos”. Por outro lado, “o precedente fornece uma regra [...] que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os *atos* do primeiro caso e os fatos do segundo caso” e é afirmada pelo juiz do caso posterior; já em relação à jurisprudência, não há frequentemente a análise comparativa dos fatos e pode dar origem a enunciados sumulados caracterizados por se tratarem de “declarações, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm como objeto *regras jurídicas*”, “ou seja, como enunciados gerais de conteúdo preceptivo” (TARUFFO, 2019, p. 4).

Por sua vez e a par da correta delimitação do que consistiria precisamente “a orientação do plenário ou do órgão especial”, de acordo com a redação do art. 927, V, do CPC/2015, expressão que poderia ser confundida ou equiparada à jurisprudência daqueles órgãos judiciais, a interpretação do dispositivo legal, introduzido na ordem jurídica por meio de lei ordinária, pode indicar que os juízos de primeiro grau deverão seguir tanto os acórdãos prolatados em controle concentrado de constitucionalidade, quanto em incidentes de inconstitucionalidade

suscitados em processos subjetivos. E o rol do mencionado dispositivo sugere não haver mais qualquer distinção entre enunciados de súmula vinculante e aquelas meramente persuasivas.

Dessa forma, a interpretação literal do mencionado artigo dá a entender a superação da ideia de que, “em regra, no direito brasileiro, os precedentes têm autoridade estritamente persuasiva” (DANTAS, 2008, p. 182), inaugurando-se assim o que se convencionou denominar de “direito jurisprudencial”, devendo o termo “jurisprudência”, nessa concepção e apesar da confusão que impera entre os conceitos, ser compreendido de forma expandida, a englobar tanto súmulas quanto precedentes (BUENO, 2019, p. 390-391). Bem por isso, poder-se-ia dizer que o “*núcleo duro* do novo diploma processual seria o caráter vinculante da jurisprudência dos tribunais, que seria equiparável, portanto, à Constituição e à lei como fonte primária do direito” (NERY JR, 2018, p. 326).

É de se registrar a posição de que precedentes vinculantes são apenas os originados dos julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, ou de incidentes de resolução de demandas repetitivas e de incidentes de assunção de competência, além das decisões proferidas no bojo de ações de controle concentrado de constitucionalidade, restando sem previsão de força vinculante as súmulas do STF ou STJ, bem como as orientações de jurisprudência do plenário ou órgão especial (MENDES, 2015, p. 12-13).

O cenário atual delineado e sua evolução permite críticas a respeito da atuação atípica dos membros do Poder Judiciário, em especial, do STF, e tem o potencial de criar tensões entre o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o Legislativo. Paradoxalmente, o mesmo diploma que pretensamente estabeleceu um verdadeiro sistema de precedentes, considerado uma das bases da nova codificação, prescreve “incontáveis regras legisladas que vão de encontro a dezenas de Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e também de recursos repetitivos, que preexistiam à sua entrada em vigor” (BUENO, 2019, p. 386).

Essas críticas, por certo, inspiram parte dos argumentos levantados para sustentar a inconstitucionalidade da previsão infraconstitucional de decisões vinculantes, e não apenas qualificadas. Não obstante, o esperado tratamento à diagnosticada litigiosidade de massa não pode ser ignorado.

3 A (in)constitucionalidade do sistema de precedente previsto exclusivamente no cpc/2015

o crescente elenco de decisões que, com a sucessão de alterações legislativas e do texto constitucional, passou a vincular os próprios órgãos prolores, bem como os inferiores, o que se deu em nome do atingimento dos ideais de previsibilidade, isonomia e segurança jurídica, não é isento de críticas. Não apenas porque revelaria um viés autoritário, pois “pressupõe verticalização e imposição”, mas também porque ofenderia a Constituição da República no que diz respeito à “viabilidade de efeitos vinculantes a quaisquer decisões judiciais fora dos casos previstos” nela própria (BUENO, 2019, p. 386).

Não obstante, aponta-se que a adoção de um sistema de precedentes vinculantes ou do “regime de respeito aos precedentes com base na atribuição de eficácia processual à jurisprudência” representaria aperfeiçoamento fruto da tradição jurídica nacional, mas em todo caso é certo — apesar da importação de nomenclatura estrangeira — que “o direito brasileiro não aderiu, com uma penada legislativa, à tradição da *common law*” (DIDIER JR; SOUZA, 2015, p. 119). Tão pouco ofenderia a autonomia dos magistrados, pois existe a constante necessidade de adequação do Direito à realidade social, o que impõe, com o passar do tempo, a utilização de mecanismos capazes de acompanhar as mudanças sociais” (SERRA JÚNIOR, 2017, p. 136), o que se dá, então, por meio das técnicas denominadas de *distinguishing* e *overruling*, além de que, quando o precedente não retira norma do ordenamento, acaba por introduzir nele normas gerais e abstratas que demandam, por sua vez, interpretação pelos órgãos judiciais ao servirem de fundamento a seus pronunciamentos.

Com relação ao primeiro mecanismo de abertura, a operação de distinção consiste em identificar quais fatos relevantes precederam à edição do precedente e quais fatos se verificam em cada novo processo posto em julgamento, podendo ser “realizada tanto pela corte que formou o precedente ao julgar novos casos e ao controlar a sua aplicação, eventualmente, via reclamação, quanto pelos órgãos inferiores nos seus julgamentos” (MENDES, 2015, p. 22). Tendo em conta que tal operação tem como parâmetro uma norma geral e abstrata produzida por órgão judicial, a operação de distinção equivale ao reconhecimento da sua não incidência (ou não subsunção) a determinado

caso concreto, consideradas de forma fundamentada suas peculiaridades.

A autonomia do magistrado é, então, preservada, admitida a discricionariedade interpretativa assegurada, pois deve o julgador identificar os elementos objetivos que adequam o caso concreto aos precedentes judiciais firmados em situações análogas ou assemelhadas, passando-se “à análise da *ratio decidendi* estabelecida no precedente paradigma norteador da questão” e, “durante essa atividade, o julgador poderá interpretar as decisões proferidas em casos semelhantes de forma restritiva (*restrictive distinguishing*) ou ampliativa (*ampliative distinguishing*)” (SERRA JÚNIOR, 2017, p. 138).

O *overruling*, por sua vez, “deve ocorrer ao se constatar alterações das condições sociais, políticas, econômicas ou jurídicas vigentes quando da sua formação que venham a torná-lo inaplicável ou injusta a solução imposta ao caso concreto” (MENDES, 2015, p. 22). Essa incumbência do órgão judicial prolator do precedente superado equivale, em relação ao Poder Legislativo ou ao Executivo, nas hipóteses em que a ordem constitucional admite a edição de decretos autônomos, à revogação de uma norma por outra de igual estatura, observadas pelos órgãos legiferantes alterações sociais, políticas, econômicas ou culturais que demandem tal providência.

Um precedente mais recente prolatado por órgão de igual ou superior estatura daquele que inicialmente fixou a tese¹⁰, observado o rito estipulado, pode revogar total (ab-rogar) ou parcialmente (derrogar) outro, de modo a serem integralmente pertinentes em tal análise os critérios para superação de antinomia de primeiro grau, a saber, o cronológico (*lex posterior*) — com base no pressuposto de que, entre duas normas incompatíveis, prevalece a de posterior vigência (*lex posterior derogat priori*); o hierárquico (*lex superior*), “pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior” (*lex superior derogat inferiori*); e o critério da especialidade (*lex specialis*), isto é, “aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma regra geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda” (BOB-BIO, 2011, p.97, 99).

Problema interessante ocorre nas hi-

¹⁰ Embora o exemplo tenha se dado no âmbito penal, o cancelamento da súmula n. 512 do STJ, por ocasião do julgamento da Petição n. 11.796 / DF (3ª Seção, Rel. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 23/11/2016), para adequar a jurisprudência daquele Tribunal Superior à do STF, representa o que se quer demonstrar.

póteses de conflitos entre os critérios de resolução de antinomias, tal qual, por exemplo, o hierárquico e o cronológico. É o que ocorre na prolação de decisão divergente por órgão inferior, sobre o mesmo tema, a gerar um precedente qualificado — ou vinculante — que divirja de outro proferido anteriormente por órgão judicial superior; não há dúvida de que tal qual em relação à antinomia entre normas introduzidas por diplomas legais ou infralegais, “o critério hierárquico prevalece sobre o cronológico” (BOBBIO, 2011, p.109).

Já no conflito entre um precedente anterior especial e outro posterior geral, deve prevalecer a especialidade, pois “lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente” (BOBBIO, 2011, p.109). Já em relação ao conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade, “não existe uma regra geral consolidada” e “a solução dependerá também, nesse caso, como na da falta de critérios, do intérprete, o qual aplicará ora um, ora outro critério, segundo as circunstâncias” (BOBBIO, 2011, p.110). Não apenas nessa terceira hipótese seria revelada a manutenção, nesse novo sistema de precedentes, da independência funcional dos magistrados, haja vista terem ao menos de optar por um dos critérios, motivadamente, para a solução do conflito entre os critérios da hierarquia e da especialidade, mas também no próprio reconhecimento, entre o crescente número de precedentes vinculantes das antinomias mencionadas e a eleição do critério para sua superação.

Há, nessa senda, recente pronunciamento do STJ quanto a ser “possível, e mesmo aconselhável, submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, modificar-lhe os contornos”, o que deve se dar “por meio de alguma peculiaridade que o distinga (*distinguishing*), ou que o leve a sua superação total (*overruling*) ou parcial (*overturning*), de modo a imprimir plasticidade ao direito”, consideradas as demandas da sociedade e a rápida evolução do sistema jurídico¹¹. Também é interessante notar que a “técnica de superação do precedente judicial pode ser utilizada de forma expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*)” (SERRA JÚNIOR, 2017, p. 139), não obstante o *express overruling* deva prevalecer para que o sistema de precedentes atinja seu desiderato, vale dizer, atenda ao ideal de segurança jurídica — tal qual ocorre entre as normas legais, tendo em vista que, se o caso, “a cláusula de revogação deverá

¹¹ REsp. n. 1.665.033/SC, 3ª Seção, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em: 23/10/2019.

enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas” (art. 9º da Lei Complementar n. 95/98).

Outra técnica apontada como de superação de precedentes é conhecida por *overriding*, a qual “não revoga o precedente, mas tão somente limita ou restringe sua incidência em razão de uma regra que lhe é posterior, o que ocorre diante da necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente firmado” (SILVA, 2014, p. 116). Parece haver, contudo, aproximação dessa técnica àquela denominada de parcial *overruling* (*overturning*), de modo a não ser justificável distingui-las em duas categorias diversas apenas em função do resultado da atividade de revisão da tese.

É também considerado como método de superação de precedentes vinculantes a superação antecipada (*anticipatory overruling*) e “ocorre quando um tribunal inferior desvia de um precedente de tribunal superior, ao qual aquele estaria normalmente vinculado, e concretiza uma norma jurídica que não foi explícita ou implicitamente anunciada por este” (MACÊDO, 2016, p. 6). Não se confunde, ao menos no direito norte-americano, com o *overruling* implícito, pois este se dá no mesmo tribunal que fixou a tese superada e pode ser comparada à revogação implícita do precedente.

Outra técnica relacionada — embora não se represente qualquer margem de apreciação pelos órgãos inferiores ao prolator da tese — é o *prospective overruling*, o que ocorre tanto nas “situações típicas de virada de jurisprudência”, quanto na “modulação das decisões que criam uma nova regra (*first impression cases*), que até então não estava consolidada em um claro precedente judicial” (NOGUEIRA, 2013, p. 70). Relacionado a essa técnica, o CPC/2015 expressamente estabeleceu que, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (art. 927, § 3º), mas já decidiu a Corte Constitucional que não há “relação de causalidade entre a mudança de entendimento jurisprudencial e a adoção da técnica de superação prospectiva de precedente”, pois aquele dispositivo legal confere uma faculdade processual ao órgão judicial prolator do precedente vinculante¹².

¹² RE n. 593849 ED-segundos / MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em: 8/11/2017.

Questão interessante também se dá nas hipóteses de introdução de norma no ordenamento jurídico, por diploma legal ou infralegal, que conflite com quaisquer dos precedentes arrolados entre os incisos do art. 927, cabeça, do CPC/2015. É dizer, acaso se considere o fundamento de validade a regra ou princípio revogado, tácita ou expressamente, tal remoção da ordem jurídica implicaria também na revogação do precedente correlato, de modo a se reconhecer que os precedentes vinculantes — como fonte do direito — introduzem normas gerais e abstratas inferiores àquelas introduzidas por diplomas legais ou mesmo infralegais. Tal dedução decorre da observação de que os precedentes encontram, como fundamento de validade, regras e princípios veiculados por diplomas de estatura constitucional, legal ou infralegal, de modo que sua remoção da ordem jurídica acarretaria na “revogação” também do precedente, o que se dá expressamente quando uma súmula vinculante é revista ou cancelada pelo STF ou na alteração ou cancelamento de jurisprudência compendiada na súmula de determinado tribunal, ou ainda de forma tácita — caso em que poderia ser gerada significativa insegurança jurídica e ser contrariada uma das justificativas da força vinculante dos precedentes.

Desse modo, o sistema de vinculação aos precedentes arrolados nos incisos do *caput* do art. 927 do CPC/2015 encontraria fundamento de validade em normas constitucionais, ou seja, na estrutura hierárquica do Poder Judiciário nela prevista e na própria sistemática adotada por meio da vinculação dos órgãos inferiores às decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade, o que se deu tanto por alteração do texto constitucional, quanto por modificação da posição esposada por aquela Suprema Corte. Esse argumento reforça aquele decorrente do raciocínio utilitarista, isto é, de que a observância da jurisprudência, da orientação ou do precedente firmada asseguraria o tratamento uniforme dos litigantes em idêntica situação, segurança jurídica e estabilidade (o que demonstra certa similitude com a teoria *stare decisis* (ZUFELATO, 2015, p. 95)), e também permitiria a aceleração do trâmite dos processos já propostos, acarretando ao fim a redução dos acervos de cada unidade judicial, de maneira a também representar significativo esforço para a superação da crise de efetividade da jurisdição.

Tal sistema de precedentes também não poderia engessar o ordenamento, por

meio da limitação dos magistrados e órgãos judiciais, à repetição das teses jurídicas firmadas em órgãos superiores, haja vista que “a adoção de um sistema dessa natureza deve vir acompanhada de um conjunto de técnicas de redação, interpretação e superação dos precedentes judiciais, com o intuito de manter a dinâmica do ordenamento em si” (SERRA JÚNIOR, 2017, p. 148). Cabe então aos membros do Poder Judiciário a interpretação de norma geral e abstrata introduzida na ordem jurídica por precedente em que o órgão judicial não atue como legislador negativo, bem como o “cuidado na identificação do caso e da estrutura da decisão considerada precedente — *ratio decidendi* — e na sua perfeita comparação com o caso em julgamento”, de modo a aplicar corretamente a distinção (*distinguishing*) ou a superação da regra (*overruling*) (ZUFELATO, 2015, p. 110).

Além do mais, sempre que adotado o precedente como *ratio decidendi*, o órgão prolator precisa verificar a permanência da compatibilidade com as normas que lhe são superiores, sejam outras decisões consideradas precedentes vinculantes, sejam aquelas veiculadas por diplomas legais ou infralegais. Restaria, desse modo também, assegurada a autonomia funcional dos magistrados, a qual decorre da regra prescrita pelo art. 35, I, da Lei Complementar n. 35/79, ou seja, à luz desses argumentos seria forçoso concluir que a magistratura não restaria reduzida à mera reproduzora de teses de julgados proferidos por órgãos de igual ou superior instâncias de jurisdição, da mesma maneira que não se restringiria à mera “boca da lei”, ou seja, “um mero autômato aplicador do direito de olhos vendados, inclusive para as injustiças da lei” (OLIVEIRA, 2019, p. 362).

Por outro lado, ainda que o rígido sistema de precedentes pretendido pela novel legislação processual civil não esgote as possibilidades em que os magistrados estão autorizados a realizarem o cotejo entre as decisões elencadas no art. 927, *caput*, do CPC/2015, que tratem do mesmo tema, bem como a verificação de eventuais antinomias, não há dúvidas de que prima “pelo *automatismo decisional* e pela *excessiva valorização da celeridade*” (ZUFELATO, 2015, p. 109). Abrir-se-ia, então, a possibilidade de proliferação de decisões que meramente reproduzissem teses e julgados, vale dizer, o sistema de precedente inaugurado acentuaria a automatização da função jurisdicional, o que poderia conflitar com a regra insculpida no

art. 93, IX, da CF/88, a qual serviu de fundamento de validade àquela inscrita tanto no art. 11 quanto no art. 489, V, daquele Código.

A valorização da celeridade, é certo e vale reiterar, decorre do assoberbamento e da morosidade do Poder Judiciário, a comprometerem a eficácia da função jurisdicional. Ainda que sejam superados os desafios à automatização, elevando-se de patamar tanto a eficiência dos órgãos judiciais quanto a qualidade dos seus pronunciamentos judiciais, sustenta-se como fundamentos da inconstitucionalidade do efeito vinculante previsto unicamente no CPC/2015, além do postulado da independência dos juízes, seu livre convencimento, subtração da jurisdição e a garantia constitucional do contraditório, o princípio de separação dos Poderes e o próprio princípio da legalidade (GRINOVER, 2016, p. 54).

Entre os defensores da inconstitucionalidade do estabelecimento de precedentes vinculantes no sistema brasileiro fundamentado no princípio da separação dos Poderes, há aqueles que compreendem que a função legiferante atípica dos tribunais apenas pode ser introduzida na ordem jurídica por meio de emenda à constituição. Diversamente, já se defendeu que “nem mesmo o Poder Reformador poderia incluir o efeito vinculante na Constituição, mormente à luz do argumento de contrariedade” ao referido princípio (GRINOVER, 2016, p. 57), apoiando-se na clássica divisão de poderes entre os três ramos.

Em outras palavras, a inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da separação dos Poderes seria patente porque “a vinculação obrigatória às súmulas do STF e STJ, bem como às decisões em julgamento repetitivo, invadiria seara legislativa, por permitir ao Judiciário estabelecer normas, o que fugiria de suas atribuições constitucionais”, embora haja, entre os processualistas, forte posição de que “decisões judiciais, em nosso sistema jurídico, mesmo que sumuladas, não criam normas jurídicas”, mas apenas dota “de significado unívoco norma que foi criada pela via legislativa” (SALLES, 2015, p. 86).

Não obstante e embora ordinariamente sentenças e acórdãos “sejam veículos introdutórios de normas individuais e concretas no sistema de direito positivo”, os pronunciamentos judiciais que definem teses não podem ser compreendidos como outras coisas senão normas gerais e abstratas, que se consubstanciam

em “fundamento de validade sintática e semântica das individuais e concretas” (CARVALHO, 2018, p. 40-41). Não por outra razão, estabeleceu o supracitado inciso V do § 1º do art. 489 do CPC/2015 que não podem ser considerados adequadamente motivados os pronunciamentos judiciais que reproduzem ou singelamente mencionarem precedente vinculante, hipótese em que seria, nesse último caso, equiparada à regra veiculada pelo inciso I do referido parágrafo.

Em relação à independência dos magistrados, não há dúvida de que a vinculação às decisões, súmulas e jurisprudência reputadas vinculantes representa estreitamento da margem interpretativa dos textos legais. Não por acaso, em recente pesquisa nacional sobre o perfil da magistratura, observou-se que, de uma amostra de 3.851 juízes, desembargadores e ministros, “entre os magistrados de 1º grau, quase 52% entendem que o juiz não deve se pautar por jurisprudências (Questão 54) e que ‘o sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do(a) magistrado(a) em sua interpretação das leis e em sua aplicação’” (VIANNA; CARVALHO, 2018, p. 109).

A preocupação externada pode ser acentuada em razão da previsão pela Resolução n. 106 do CNJ de que “as promoções por merecimento de magistrados em 1º grau e o acesso para o 2º grau serão realizadas em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada”, na qual os membros votantes do Tribunal deverão declarar os fundamentos de sua convicção, com menção individualizada aos critérios utilizados na escolha relativos a desempenho (aspecto qualitativo da prestação jurisdicional) e que, na avaliação da qualidade das decisões proferidas, deve ser levado em consideração “o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores” (art. 1º, 4º, inc. I, e 5º, “e”). Talvez por isso já se argumentou que “a estrutura judiciária brasileira impele o magistrado em início de carreira a atuar visando à ascensão a cargos superiores” e que “juízes são levados a priorizarem sentenças ‘conforme’ o entendimento exarado pelos tribunais superiores, em detrimento de decisões baseadas na lei e na interpretação legislativa própria” (BARBOSA, 2008, p. 6), ou seja, em prejuízo da sua própria independência funcional.

Além dos argumentos expostos, é sustentado também que a jurisprudência não é fonte do Direito e não poderiam decisões

judiciais, introdutoras na ordem jurídica de normas individuais e concretas que encontram fundamento de validade nas verdadeiras fontes, serem elas próprias reputadas como tal. E isso ainda que a admissão dessa possibilidade promova uma das características do ordenamento jurídico, a saber, a coerência a ser observada “entre as normas e a jurisprudência e entre as diversas decisões que compõem a jurisprudência” (GRINOVER, 2016, p. 53).

Nessa toada, poder-se-ia sustentar a existência de colisão entre, de um lado, “os princípios constitucionais da independência dos juízes, da separação dos poderes, do contraditório, da legalidade e do livre convencimento”, e de outro lado, a “certeza do direito e a segurança jurídica, a igualdade que comporta a interpretação uniforme das leis, a duração razoável do processo – tudo culminando na consistência e unidade do ordenamento jurídico” (GRINOVER, 2016, p. 53). E, para a resolução da colisão por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, malgrado se defenda que o legislador ordinário, ao aplicar a referida regra de sopesamento, decida “pela prevalência dos princípios assegurados pelo precedente vinculante” (GRINOVER, 2016, p. 54), é possível que uma análise mais apurada da restrição dos demais mandamentos de otimização possa revelar a incorreção da medida política se houver a supressão completa de qualquer deles, o que se dá de forma mais acentuada em relação à independência da magistratura.

Com efeito, se o conteúdo das decisões previstas como vinculantes — além daquelas que retiram da ordem jurídica normas reputadas inconstitucionais, hipóteses em que os órgãos judiciais atuam como legislador negativo — for reputado como meramente interpretativo, haveria total supressão da independência dos magistrados em concluírem de forma diversa. Haveria, assim, a eliminação da atividade hermenêutica pelos órgãos judiciais prolatores da decisão vinculante em relação aos inferiores — e também do próprio sodalício, tendo em vista que a inobservância da jurisprudência firmada pelo seu pleno ou órgão fracionário geraria indesejável insegurança jurídica —, restando apenas margem interpretativa quanto à matéria fática trazida à cognição (CURY, 2017, p. 12), (posto que os pronunciamentos judiciais não podem se limitar a invocar ou reproduzir precedentes vinculantes ou enunciados de súmula, devendo haver a exposição da operação mental que

levou à sua subsunção ao caso concreto, sob pena de nulidade por força do art. 489, §1º, inciso V, do CPC/2015) ou nas hipóteses de superação do precedente ou *distinguishing*.

Apesar disso, tal análise levaria à conclusão de que a vinculação estabelecida pelo CPC/2015 teria suprimido por completo, ao menos em relação às normas jurídicas que fundamentaram as decisões vinculantes, a aludida independência funcional. Nessa esteira, mesmo que a adoção pela ordem jurídica do sistema de precedentes seja adequada e necessária à promoção da segurança jurídica e isonomia, bem como da eficiência da função jurisdicional, não haveria o preenchimento do terceiro critério — proporcionalidade em sentido estrito — e o sistema de vinculação adotado pelo legislador ordinário seria inconstitucional do ponto de vista material, na medida em que o princípio, ou regra da proporcionalidade, pode ser extraído da garantia do *substantive due process of law*¹³, bem como de outros princípios constitucionais — da legalidade, da inafastabilidade do controle jurisdicional e do princípio republicano, por exemplo (SILVA, 2002, p. 42).

4 Propostas de conciliação

A tensão entre os princípios indicados não resulta, segundo análise corrente de parcela dos juristas, em lesão ao princípio da separação dos Poderes, “porque, malgrado a sua força vinculante, eles não possuem o condão de substituir a função das leis” (FILIPPO, 2015, p. 109), ainda que os precedentes vinculantes se revistam de caráter geral e abstrato e sejam vocacionados à aplicação futura pelos órgãos inferiores que compõem o Poder Judiciário. Ao contrário, se houver harmonia entre os Poderes, tal qual preconizado pelo art. 2º da CF/88, poderia ser instaurado um diálogo constitucional entre o STF e o Poder Legislativo (SILVA, 2009, p. 219), e o mesmo ocorrer em relação à legislação infraconstitucional ou nas hipóteses em que o parâmetro de controle seja norma contida em Constituição Estadual, incluindo-se em tal diálogo o STJ, o TST, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais.

Mesmo que a instauração desse diálogo institucional pareça longe de ser efetivado, tendo em vista eventuais tensões entre os membros dos três Poderes que integram tanto a esfera federal e Tribunais Superiores, quanto estaduais, Distrito Federal e municí-

¹³ ADI 1407 MC / DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em: 7/3/1996.

pios em relação aos Tribunais de Justiça, o sistema de precedentes pretendido pelo legislador ordinário pode ser reputado constitucional. Por meio do aludido diálogo, respeitado o princípio da inércia da jurisdição, poderia haver mútua colaboração na atividade hermenêutica e legiferante, o que é desejável à vista do ideal de harmonia entre os ramos do Estado.

E, ainda em relação à propalada ofensa ao princípio da separação dos Poderes, é certo que cada precedente vinculante prolatado encontra fundamento de validade nas diversas normas constitucionais, legais ou infralegais. Desse modo, a revogação da norma constitucional, legal ou infralegal, pelo Poder Legislativo — ou mesmo pelo Executivo —, parcial ou totalmente (expressa ou tacitamente), e que serve de fundamento ao precedente vinculante, tem por efeito automático a retirada de eficácia da norma geral e abstrata fixada por órgão do Poder Judiciário e introduzida na ordem jurídica por meio de decisão judicial.

Tal análise, por certo, deve ser realizada por todos os magistrados, isto é, devem constantemente cotejar os precedentes evocados com seus respectivos fundamentos de validade, ainda que o órgão prolator não tenha cancelado o enunciado da sua súmula ou proferido posteriormente outro precedente vinculante que trate do mesmo tema, reconhecendo-se a revogação do primeiro. Resguardar-se-ia, assim, certa autonomia funcional na interpretação dos precedentes, porque as decisões qualificadas fixam teses e temas na forma de textos que devem ser submetidos à atividade hermenêutica para a extração das normas gerais e abstratas.

Ademais, não determinou o CPC/2015 a aplicação automática dos precedentes, pois a sua mera invocação, sem identificação dos seus fundamentos determinantes e demonstração de que se amolda aos casos concretos apreciados, implica na nulidade do pronunciamento judicial, *ex vi* o inciso V, § 1º, do art. 489. Não apenas deve ser o texto do enunciado interpretado à luz da sua *ratio decidendi*, e o resultado dessa atividade intelectual expresso na fundamentação das decisões, mas igualmente precisa ser cotejada a manutenção da sua eficácia, vale dizer, se não conflita com outro precedente vinculante e qual regra de resolução de antinomia se aplica ao caso; e tal incumbência nessa nova sistemática é intrínseca à função jurisdicional.

A ordem jurídica abriu, outrossim,

espaço para a modificação dos precedentes qualificados fixados, o que poderá se dar por meio da “distinção” ou “superação do entendimento”, expressões constantes no inciso VI do supracitado parágrafo. Para que o órgão judicante não siga súmula, jurisprudência ou precedente, deve fazê-lo de forma fundamentada e, na hipótese de *overruling*, afastar individualmente cada uma das razões de decidir — e apenas elas, porquanto “outros comentários, analogias, exemplificações e observações desenvolvidos na sentença são *obiter dictum*” (VIEIRA, 2017, p. 38) — adotadas pelo órgão prolator da decisão qualificada.

Por outro lado, acaso se adote como fundamento de pronunciamento judicial qualquer das decisões arroladas pelos incisos do *caput* do art. 927 do CPC/2015, basta que seja demonstrada singelamente a subsunção do caso concreto à norma geral e abstrata veiculada pelo precedente. Todas as razões determinantes adotadas pela instância superior devem ser reputadas como acatadas pelo juízo inferior, de modo que sua repetição seria desnecessária e ineficiente.

Outrossim, a complexidade dos pronunciamentos assim prolatados deve ser reduzida, não podendo ser considerados não fundamentados e nulos, nos termos do inciso V do § 1º do art. 489 do CPC/2015, o que permite o incremento da automação judicial, por meio da criação de modelos de despachos/decisões interlocutórias/sentenças/acórdãos e da inteligência artificial. O tempo de tramitação dos feitos poderia ser reduzido, haja vista que a menor necessidade de intervenção humana na elaboração de minutas de pronunciamentos judiciais poderia reduzir o tempo de conclusão dos feitos.

Logo, a primeira proposta a ser considerada é a de que os Poderes Legislativo e Executivo — em relação às leis delegadas e aos diplomas infralegais — gozam da prerrogativa de revogarem ou modificarem normas jurídicas, por meio do veículo legislativo adequado, e retirar desse modo a eficácia do precedente que nelas encontram fundamento de validade. E tal análise cabe aos órgãos judicantes, cuja atividade de aplicar o direito ao caso concreto não pode prescindir da perquirição de antinomia entre os precedentes vinculantes entre si e em relação às normas constitucionais, legais e infralegais, e a adoção dos critérios de resolução de antinomia de primeiro e segundo grau. Além do mais, a simplificação da fundamentação dos

pronunciamentos que subsomem decisões qualificadas aos casos concretos apreciados não poderia acarretar na sua nulidade.

É também respeitada a autonomia funcional da magistratura se admitida a hipótese de que julgadores vinculados ao Tribunal que fixou o precedente vinculante possam fazer uso da distinção com “finalidade evolutiva do direito, isto é, com vistas à rediscussão da regra contida no precedente, para que se verifique novamente seu acerto ou se é hora de mudar” (ROCHA JUNIOR, 2013. p. 83). Tal técnica de *distinguishing* é denominada “distinção inconsistente legítima”, pois a rigor o critério de diferenciação não é juridicamente relevante e é legítima porque não se dá por mera teimosia, mas como mecanismo de aprimoramento do direito, à vista de “razões maiores a justificar a sua inobservância temporária, até que a regra nele contida seja reafirmada ou modificada” (ROCHA JUNIOR, 2013. p. 83).

Para tanto, a expressão “distinção”, contida no inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 deve incluir essa possibilidade, vale dizer, não deve tal texto legal ser interpretado de forma restritiva, o que levaria o intérprete à conclusão de que apenas é conferido aos membros do Poder Judiciário a permissão de não aplicação do precedente qualificado na hipótese de não se subsumir ao caso concreto em julgamento. E nisso, por fim, reside a segunda proposta de adequação da vinculação das decisões arroladas exclusivamente pelos incisos do *caput* art. 927 do CPC/2015 à CF/88: o alargamento da interpretação do termo “distinção”, previsto no supraindicado dispositivo legal, e a abertura do sistema à evolução da interpretação das normas introduzidas na ordem legal pelos magistrados, o que consiste em medida preventiva ao indesejável engessamento da jurisprudência e do direito. Com isso, espera-se que jurisprudência possa evoluir, “dando resposta, realista e tempestiva, às exigências sociais em constante transformação” (CRUZ E TUCCI, 2015, p. 456).

Referências

- BARBOSA, Cláudia Maria. Independência do Poder Judiciário e súmula vinculante. **Revista do Direito Privado da UEL**, v. 1, n. 1, jan.-abr. 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon, EDIPRO, São Paulo, 2011.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos, Editora Saraiva, São Paulo, 8. ed., 2019. v.2.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva Educação, 29. ed., 2018.
- CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. As perspectivas dos recursos excepcionais no Processo Civil brasileiro. **Revista Publicações da Escola da AGU: Sistemi Processuali a Confronto: il Nuovo Codice di Procedura Civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento**, v. 8, n. 1, p. 289-305, jan.-mar. 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2020.
- COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de Constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 155-187, jan.-abr. 2016.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspidivm, 2015. p. 445-457. (Coleção Grandes temas do novo CPC, v.3).
- CURY, Myriam Therezinha Simen Rangel. A força vinculativa dos precedentes no Código de Processo Civil e a independência funcional do magistrado. **Revista do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da EMERJ**, n. 6, 2017.
- DANTAS, Bruno. Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 175, p. 179-190, jul./set., 2008.
- DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seix. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado (RPC)**, ano 1, v. 2, p. 100-120, jul./dez., 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 8. ed., 2016. v.i
- FERNANDES, Eric Baracho Dore; FERREIRA, Siddharta Legale. Irrecorrível, mas nem tanto: a revisão de tese na repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 193-209, ago. 2014.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário: ativismo judiciário e democracia**, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes judiciais. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 97-114, abr.-jun., 2015.

FONSECA, Tiago da Silva. A repercussão da força do precedente prevista no novo CPC na atuação da Advocacia Pública. **Revista da PGFN**, v. 5, n. 2, p. 157-172, jul.-dez., 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas considerações sobre a constitucionalidade do precedente vinculante previsto no Código de Processo Civil. **Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo**, v. 1, n. 2, p. 51-63, jul.-set, 2016.

GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord); WATANABE, Kazuo; SICA, Ligia Paula P. Pinto (Coord); ALVES, Lucélia de Sena; SADEK, Maria Tezera; LANGENEGGER, Natalia; FERREIRA, Vivian. **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**: relatório de pesquisa. São Paulo: FGV, 2014. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18674/CPJA_Grinover%3B%20Watanabe%3B%20Sica%3B%20Alves.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 fev. 2019.

GUIMARÃES, Amanda de Araújo. Ação coletiva como meio de molecularização de demandas repetitivas: o projeto caderneta de poupança. **Revista Direito GV**, v. 14, n.2, p. 418-449, 2018.

MACÊDO, Lucas Buril de. Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro, **Revista de Processo Comparado**, v. 3, jan.-jun., 2016.

MENDES, Anderson Cortez. Dever de fundamentação no novo Código de Processo Civil e os precedentes vinculantes, **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 16, p. 2-28, jul.-dez., 2015.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. **revista Publicações da Escola da AGU: Sistemi Processuali a Confronto: il Nuovo Codice di Procedura Civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento – Escola da Advocacia-Geral da União** Ministro Victor Nunes Leal, v. 8, n. 1, p. 93-112, jan.-mar., 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucio-**

nal. São Paulo: Atlas, 34. ed., 2018.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 3. ed., 2013.

MOREIRA, André Mendes; CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. O art. 170-A do CTN: proposta de afastamento no caso de teses decididas em sede de recursos representativos de controvérsia nos Tribunais Superiores – arts. 543-B e 543-C do CPC. P. 527/528. *In*: MANEIRA, Eduardo; LOBATO, Walter (Coord). **Compensação tributária no âmbito federal**: questões práticas. São Paulo: Foco Fiscal, 2015, p. 525-539.

NERY JR, Nelson. Juízes e Tribunais observarão (CPC 927): decisões judiciais vinculantes? **Revista Jurídica Eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, ed. n. 1, p. 325-333, dez 2017/jan201.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. **Modulação das decisões no Processo Civil**, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013.

NOVAIS, Fabrício Muraro; JACOB, Muriel Amaral. Mutaçao constitucional e abstrativizaçao do controle difuso no Brasil: alcance eficaz do art. 525, § 12 do Código de Processo Civil. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 308-328, jul.-dez., 2018.

OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de. **O ativismo judicial à luz da separação de poderes e da crise do parlamento na idade contemporânea**: federalismo e Poder Judiciário São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019, p. 359-421.

ROCHA JUNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. **Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro**, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias. *In*: O NOVO código de processo civil: questões controvertidas. São Paulo, 2015, p. 77-118.

SANTOS, Welder, Queiroz dos. **Ação rescisória por violação a precedente**. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2018.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131.

Acesso em: 30 nov. 2019.

SILVA, Eddie Parish. Os efeitos da superação de precedentes. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, v. 24, n. 26, p. 90-140, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista de Direito Administrativo**, 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan.-abr., 2009.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez., 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. **A valorização dos precedentes pelos Tribunais Superiores e a jurisprudência defensiva**, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2015.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Pesquisa quem somos: a magistratura que queremos**. Rio de Janeiro: AMB, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

VIEIRA, Andreia Costa. O precedente vinculante e a ratio decidendi da Common Law: exemplos a seguir? In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de (Coord). **Brasil e EUA: temas de direito comparado**. São Paulo: EPM, 2017, p. 31-41.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demandas coletivas e demandas individuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 139, 2006.

ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais. In: O NOVO código de processo civil: questões controvertidas. São Paulo, 2015, p. 89-118.

Rafael Meira Hamatsu Ribeiro

Especialista em Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura (EPM); bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP); bacharel, licenciado em Ciências Biológicas e Mestre em Ciências Biológicas (Genética) pela mesma Universidade. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.