

# A IDEOLOGIA JURÍDICA PROCESSUAL: A FINALIDADE DOS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

## A PROCEDURAL LEGAL IDEOLOGY: A PURPOSE OF PRECEDENTS IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

*Me. Bernardo Silva de Seixas<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O sistema jurídico brasileiro passa por uma substancial modificação em razão da escolha legislativa, prevista no Código de Processo Civil, ao adotar uma teoria de precedentes para vinculação dos órgãos jurisdicionais. Desta forma, a delimitação deste artigo será investigar qual a razão da criação de um sistema de precedentes no Brasil, bem como sua vinculação com a questão do ativismo judicial. Assim, esse artigo, justifica-se em razão da necessidade de um debate sobre as circunstâncias que levaram o legislador pátrio à escolha dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro e as repercussões desses frente à separação dos poderes e a teoria geral do Direito. O questionamento que impulsiona este trabalho é a verificação de uma ideologia jurídica por meio dos precedentes, que possa facilitar a questão atinente ao ativismo judicial e ao fortalecimento do protagonismo do Poder Judiciário. Para tanto, aplica-se o método hipotético-dedutivo para se alcançar uma proposta adequada para a criação de um sistema jurídico baseado em precedentes no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ideologia. Precedentes. Sistema Jurídico.

**ABSTRACT:** The Brazilian legal system undergoes a substantial modification due to the legislative choice, provided for in the Code of Civil Procedure, when adopting a theory of precedents for binding the courts. In this way, the delimitation of this article will investigate the reason for the creation of a system of precedents in Brazil, as well as its connection with the issue of judicial activism. Thus, this article is justified by the need for a debate on the circumstances that led the Brazilian legislator to choose binding precedents in the Brazilian legal system and the repercussions of these in the face of separation of powers and the general theory of law. The question that drives this work is the verification of a legal ideology through the precedents, that can facilitate the issue related to judicial activism and the strengthening of the protagonism of the Judiciary. For this, the hypothetico-deductive method is applied to reach an adequate proposal for the creation of a legal system based on precedents in Brazil.

**KEYWORDS:** Ideology. Precedents. Juridical system.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (CF) apregoa como norma fundamental que é direito de qualquer pessoa, seja em âmbito administrativo ou jurisdicional, a duração razoável do processo e os meios processuais adequados à celeridade das demandas no Poder Judiciário, consubstanciando este no inciso LXXVIII do texto constitucional, incluído pela Emenda Constitucional n 45/04, bem como estrutura o Poder Judiciário no ordenamento jurídico pátrio, criando seus órgãos e definindo suas funções.

Em decorrência da previsão constitucional, o atual Código de Processo Civil (CPC) brasileiro iniciou uma nova trajetória do ordenamento jurídico pátrio, ao prever um sistema de precedentes obrigatório com vinculação dos órgãos jurisdicionais infraconstitucionais, com a argumen-

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Especialista em Processo Constitucional e Garantia de Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa/Itália. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Graduado em Direito pelo CIESA. Professor Universitário da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e CIESA. Professor de Graduação em Direito da UFAM, CIESA e WYDEN/FMF. Coordenador Adjunto do Curso de Direito do CIESA. Advogado. E-mail: seixas.bernardo@gmail.com

tação de que vinculando os juízos de primeira instância haverá uma maior segurança jurídica, respeito ao princípio da isonomia perante o Poder Judiciário, bem como uma maior celeridade processual às demandas repetitivas.

Para cumprir essa novel função foram criados instrumentos como a assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o desenvolvimento de regulamentação jurídica referente aos recursos especiais e extraordinários repetitivos em âmbito de Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), além da inclusão e melhor regulamentação de outros institutos jurídicos, já existente, como a súmula vinculante e as súmulas persuasivas, como formas de restringir as decisões de tribunais com a mesma competência e, principalmente, dos juízes de primeira instância.

Contudo, a decisão do legislador ao criar a previsão legislativa, principalmente aquela prevista no art. 927, CPC, tem ocasionado discussões jurídicas a respeito de qual sistema jurídico o Brasil se encontra vinculado e se a previsão deste sistema em lei ordinária não afrontaria a Constituição Federal, tendo em vista a autonomia dos órgãos do Poder Judiciário, bem como o convencimento motivado dos juízes nas análises das provas que são suscitadas na demanda.

Ao largo dessas discussões existentes, o presente artigo se propõem analisar a criação do sistema de precedentes sobre um ângulo diferenciado, pois, por meio de toda modificação legislativa, há uma motivação implícita, que pode fomentar o surgimento ou a consolidação de uma ideologia por meio da norma jurídica fundada em decisão judicial, ao qual os jurisdicionados devem se encontrar atentos para que não haja supressão de garantias constitucionais e, ate mesmo, impedir o avanço de conquistas jurídicas por meio de decisões judiciais por parcela minoritárias da sociedade brasileira, algo recente no ordenamento brasileiro.

Diante das justificativas apresentadas para a escolha do tema e o desenvolvimento deste ensaio, as problemáticas que se pretendem resolver neste trabalho são: qual, atualmente, é o sistema jurídico aplicado no Brasil? Quais são os instrumentos formadores de um precedente no Brasil? Se o sistema de precedentes veicula uma ideologia de fortalecimento e consolidação do Poder Judiciário frente às demais funções da Separação dos Poderes?

Para tanto, o estudo se direcionará por intermédio do procedimento metodológico hipotético dedutivo, consubstanciado por meio de pesquisa bibliográfica e embasamentos doutrinários a respeito da temática debatida para se chegar ao resultado esperado.

Além mais, elege-se como o objetivo geral abordar a questão referente à ideologia jurídica processual e como objetivos específicos a modificação ou não do sistema jurídico pátrio, a análise dos instrumentos processuais de criação de precedentes vinculantes, bem como o fortalecimento do Poder Judiciário por intermédio de decisões com forte valor normativo.

Ao se desenvolver esse estudo propõem-se a abordagem das seguintes temáticas para se alcançar a conclusão adequada às problemáticas apresentadas anteriormente. Em um primeiro momento se analisará a questão referente ao sistema jurídico brasileiro visando alcançar uma distinção entre o *civil law* e o *commow law*.

Após, se examinará a forma de regulamentação dos precedentes no ordenamento jurídi-

co brasileiro, verificando as justificativas doutrinárias para sua escolha, bem como os instrumentos criados para implementação desta teoria jurídica no ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, se verificará se é possível a criação de uma ideologia por meio de norma jurídica e se os precedentes se apresentam como uma forma de ideologia judicial para fortalecimento do Poder Judiciário.

## 2 O ESTÁGIO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente item deste estudo visa analisar a questão dos ordenamentos jurídicos, demonstrando conceitos, importância para o desenvolvimento do Estado e suas características, assim como a repercussão da escolha do Estado em eleger e/ou concentrar a normatividade em uma única espécie, tal qual a lei, ocasionando uma adequação maior a um espécie de ordenamento jurídico.

Por fim, se exporá o hodierno momento da ordenamento jurídico brasileiro, com a, ainda, recente modificação do Código de Processo Civil e as suas influências para a forma de aplicado do Direito no Estado brasileiro.

### 2.1 O ordenamento jurídico

A implementação de um ordenamento jurídico em um Estado depende de inúmeras variantes que originam o próprio órgão que irá regulamentar a atuação dos indivíduos dentro de seu território. Portanto, os ordenamentos jurídicos são, comumente, semelhantes entre os Estados, existindo alguns pontos de convergência, dependendo da forma como o Estado foi criado ou de sua colonização. Tal afirmação, encontra fundamento na obra de Bobbio (2010, p. 205)

Nenhum ordenamento nasce num deserto; metáforas à parte, a sociedade civil em que se vai formando um ordenamento jurídico, como o do Estado, não é uma sociedade natural, absolutamente desprovida de leis, mas uma sociedade em que vigem normas de vários tipos, morais, sociais, religiosas, comportamentais, costumeiras, convencionais [...].

Assim, existe normatividade em todas as relações sociais em que o indivíduo participe, desde o âmbito mais mezinho, como a família, até as relações com outros indivíduos, que podem ter como normas situações autoregulamentadas pelas próprias partes ou se orientar pelas normas postas pelo próprio Estado.

O ideal de que existe um sistema jurídico que baliza a conduta das pessoas dentro de um Estado faz-se imprescindível em virtude da conduta humana tender para posições individuais e o Estado ter uma finalidade, que ora, converge aos interesses dos indivíduos, ora não, devendo haver mecanismos para controlar a conduta humana e evitar conflitos sociais. Sobre essa temática, preceitua Bobbio (2010, p. 16)

as civilizações se caracterizam por ordenamentos de regras que contem as ações dos homens que delas participam. A história apresenta-se, então, como um conjunto de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa [...] perguntar-se quais ações foram proibidas naquela determinada sociedade, quais foram comandadas, quais foram permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se orientava cada indivíduo.

Analisada a questão da formação do ordenamento jurídico e a sua importância para o desenvolvimento tanto do Estado, como do indivíduo, importante se faz conceituar o significado de ordenamento jurídico, visando uma melhor compreensão deste ensaio. Para Bobbio (2010, p. 196)

[...] o ordenamento jurídico (como qualquer outro sistema normativo) é um conjunto de normas. Essa definição genérica de ordenamento pressupõe uma única condição: que para a constituição de um ordenamento concorram mais normas (ao menos duas) [...].

Destarte, para o doutrinador italiano, o estudo do ordenamento jurídico baseia-se no estudo da norma jurídica. Contudo, esta definição faz surgir outra indagação: o que é a norma jurídica?

Conforme alhures mencionado, a normatividade faz parte da vida do indivíduo, pautando seu comportamento por diversas esferas, sejam sociais, políticas, religiosas e, principalmente de forma jurídica. Sem olvidar a importância das demais formas de regulamentação da conduta humana, a norma jurídica é a que será explorada neste trabalho.

Norma jurídica é toda e qualquer regulamentação da sociedade que tem nascedouro e formação na utilização das competências de um Estado, tornando-se obrigatório para aqueles que se encontram sob o poder de império estatal, sendo que, atualmente, o argumento de autoridade que funda todas as atividades estatais encontra fundamento na Constituição, defendendo-se que esta seja a norma fundamental hipotética, defendida como justificativa para a unicidade do ordenamento jurídico.

Kelsen (2016, p. 43-45) discorre sobre o conceito de norma jurídica, comentando a obra de John Austin, e afirma que

[...] leis ou regras, assim apropriadamente chamadas, são uma espécie de comando. Um comando é a expressão da vontade ou desejo de um indivíduo, cujo objeto é a conduta de outro indivíduo [...]. Um comando é a expressão em forma imperativa da vontade de que alguém se conduza de certa maneira. [...] Um comando é uma norma apenas quando for obrigatório para o indivíduo ao qual é dirigido, apenas quando esse indivíduo deve fazer o que o comando exige. [...] um comando é obrigatório não porque o indivíduo que comanda possui uma superioridade real de poder, mas porque esta “autorizado”, por esta “investido do poder” de emitir comandos de natureza obrigatória. E ele está “autorizado” ou “investido no poder” apenas se uma ordem normativa, a qual se pressupõe que seja obrigatória, lhe confere tal capacidade, a competência para emitir comandos obrigatórios. [...] as regras jurídicas sejam comandos obrigatórios, , esta claro que a força de obrigatoriedade reside nos comandos porque eles são emitidos por autoridades competentes.

Aplicando os ensinamentos do doutrinador austríaco, percebe-se a compatibilidade entre a conceituação de norma jurídica defendida por este trabalho, pois a obrigatoriedade de seguir os comandos previstos no ordenamento jurídico decorrem exclusivamente, da vontade do Estado.

Em seguida as digressões sobre o conceito de norma jurídica, Kelsen (2016) analisa as formas que essas normas podem surgir, apontando para a existência de uma vontade das partes em determinada transação jurídica, à vontade do legislador e da força da criação dos costumes na normatividade do comportamento humano, concluindo que a norma é um comando impessoal e anônimo (KELSEN, 2016, p. 51), para pautar a conduta humana.

Após verificado o conceito de norma jurídica, impõem-se analisar quais as espécies de normas jurídicas existem em cada ordenamento jurídico, ressaltando-se que tais espécies irão mudar de Estado para Estado, contudo, esse trabalho irá se ater somente as espécies previstas para os ordenamentos jurídicos ocidentais. Sem olvidar de demais posições a respeito do tema, defende-se a existência de três espécies de normas, a lei, os princípios e as decisões judiciais.

Corroborando o presente ponto de vista, ao analisar a semelhanças entre lei e princípios Rothenburg (1999, 15-16) estipula que “[...] mister se faz render homenagem ao muito que todos – princípios e regras – tem em comum, é dizer, do caráter normativo de ambos, a fazê-los espécies filiais de um mesmo gênero: a norma jurídica.”, sendo que este tema vez sendo debatido com muita frequência, tanto em âmbito internacional, sendo citados, com continuidade, Ronald Dworkin e Robert Alexy, sobre o estudo desta temática no Brasil, menciona-se Marcelo Neves, Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva.

Sobre a decisão judicial ser considerada norma jurídica, esta é aceita, com certa naturalidade, pela sistemática de aplicação do poder estatal jurisdicional, vez que no processo subjetivo se tem a sentença pautando determinada conduta para a relação jurídica das partes, contudo, vinculando apenas essas que se encontram designadas nos polos do processo.

Todavia, a questão de expoente sobre a decisão judicial regulamentar a conduta da sociedade tem certos obstáculos, doutrinários e ideológicos, em razão dos efeitos *erga omnes*, que determinados ordenamentos jurídicos permitem (implícita ou expressamente) ao possibilitar que órgãos do Poder Judiciário, no Brasil, principalmente o Supremo Tribunal Federal (STF), inovem no ordenamento jurídico para cumprimento dos mandamentos constitucionais ou em decorrência de letargia do órgão competente para criação da lei. Neste sentido, pontuando a respeito de superação de dogmas acadêmicos e jurídicos, é a lição de André Ramos Tavares (2010, p. 02)

A superação da teoria do legislador negativo é, portanto, não apenas um capricho acadêmico, mas uma imposição decorrente da evolução ocorrida na realidade (inclusive normativo-constitucional, mas também jurisprudencial) da Justiça Constitucional [...]. A manutenção de uma teoria da separação rigorosa entre os “poderes” servirá apenas para mascarar uma realidade totalmente diversa, formando-se uma teoria desajustada e incompleta em sua função de oferecer respostas adequadas às dificuldades emergentes do modelo.

Corroborando essa ideia, visando a instrumentalização da progressividade de pensa-

mento do doutrinador anteriormente citado, Bernardo Silva de Seixas (2016, p. 246-247) entende que

Entende-se que esta modificação dogmática possa ser alcançada com a viabilidade de que o órgão estatal que cumpre as competências da jurisdição constitucional exerça a função normativa, típica do Poder Legislativo, em situações de inércia, além de ser uma forma de desconcentrar o poder [...]. Contra a inércia do Poder Legislativo, tem-se verificado uma conduta proativa do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, de impor determinações ou de concretizar o próprio direito subjetivo, contido na norma constitucional, qual seja, a função normativa. A atuação das cortes constitucionais, exercendo função normativa, consistiria na hipótese de, através de uma sentença com força normativa, ocorrer a regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada.

Neste ponto, convém abstrair-se de eventuais amarras conceituais ou questões vinculativas contidas na Constituição, em que pese exista, principalmente no Brasil, a primazia lei, como instrumento de normatividade estatal, a norma jurídica não se esgota na lei, englobando, outras formas de regulamentação. Neste ponto, convém mencionar a seguinte exposição, que corrobora os entendimentos defendidos no ensaio, o “conceito de norma não possa ser equiparado ao de lei. Vale dizer, a lei é uma espécie de norma que faz parte da estrutura supra e infraordenada da dinâmica jurídica” (ABBOUD *et al*, 2015, p. 342).

Os limites e as intenções desse trabalho não comportam a análise minuciosa de cada espécie normativa todavia, para fins didáticos importante, mencionar, de forma sucinta, o que seria um princípio e uma decisão judicial como norma jurídica.

Os princípios para Rothenburg (1999, p. 51)

[...] são compreendidos de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico. Por sua própria definição, eles reporta-se-iam a conjunto concatenado, enquanto, “mandamentos-nucleares”, base ou fundamento, traves mestras jurídico-constitucionais.

Por seu turno, a questão da decisão judicial como norma jurídica se perfaz na questão referente à atuação dos juízes na aplicação do direito, por meio de pronunciamentos judiciais fundados na aplicação das regras e princípios mediante métodos interpretativos, fato que deve ser realizado com cautela, vez à falta de legitimidade popular que os membros do Poder Judiciário, principalmente no Brasil, carecem. Sobre esse ponto, são os dizeres de Luiz (2013, p. 127):

O juiz, diferentemente dos demais agentes políticos, não detém sua legitimidade no processo eleitoral; antes, a sua é normativa – deriva das regras insculpidas na CF [...]. Assim, pela relevante missão de prestar a jurisdição e pelo seu dever de exercê-la em conformidade com a Constituição, uma teoria da decisão judicial deve formar um controle epistemológico de como se deve aplicar o direito.

Verificada as definições básicas de cada espécie normativa analisa-se verificação da repercussão da escolha de cada ato normativo com principal centro de normatividade do orde-

namento jurídico e as consequências dessa escolha, pois, tradicionalmente, ao se eleger a lei, adentrar-se à família romano germânica de aplicação e desenvolvimento do Direito, sendo que, existindo a escolha pelas decisões judiciais como norma jurídica que tenha a primazia da regulamentação do indivíduo, haverá aceitação de um sistema fundado no que, tradicionalmente, se entende por *commow law*.

Contudo, a escolha pela primazia de uma forma em detrimento da outra, não pode ocasionar uma cisão irreparável ou imodificável. Há, de fato, a necessidade de se reinterpretar dogmas jurídicos (separação dos poderes e regime democrático) de maneira diferenciada, permitindo-se que, tanto lei, como, por exemplo, decisão judicial pautem a conduta da sociedade, sem extremismos ou pré-concepções que importem o uso excessivo de uma espécie normativa ou preterição de outrem, primando, principalmente, para uma regulamentação adequada das relações sociais, independentemente do instrumento que se utilize para manifestar o comando estatal.

## 2.2 As distinções entre *commow law* e *civil law*

Os sistemas jurídicos, como alhures abordados, são necessários para a convivência humana em sociedade, sendo o Estado criado, dentre outras finalidades, para garantir a harmonização social e o desenvolvimento da sociedade para alcançar seus fins estipulado na Constituição.

A escolha de determinado sistema jurídico depende de uma decisão estatal, seja em razões costumeiras do seu próprio povo, onde o desenvolvimento social desenvolve as regras sociais e o Estado às regulamenta através da legislação, seja em razão de um Estado implementar determinado sistema a um território que colonizou, como é o caso do Brasil, que sempre adotou um sistema de origem romano-germânica em virtude do processo de colonização praticado por Portugal, que adota o sistema do *civil law* para seu Estado. Sobre essa mesma temática se posiciona René David (2002, p. 77)

As colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da América, estabelecidas em países praticamente desabitados ou cuja civilização estava votada ao desaparecimento, aceitaram de modo natural as concepções jurídicas características da família romano-germânica. Inicialmente, na prática, pode predominar, fora das cidades e de alguns centros, um direito bastante primitivo, em consequência da subadministração do país e da ausência de juristas. À medida que a América foi se desenvolvendo, o direito prático começou a se aproximar do erudito: de início, direito doutrinal ensinado nas universidades da América e da metrópole, depois, direito incorporado nos códigos redigidos à imagem e semelhança dos códigos Europeus. Em nenhum momento se pensou em repudiar esta tradição.

Sobre esse processo de colonização e a implementação de um sistema jurídico ao território colonizado, já se percebe a implementação de uma ideologia jurídica pelos colonizadores aos colonizados, pois não houve respeito às locais regulamentações jurídicas dos territórios que

foram recém descobertos. Todavia, mesmo que essa implementação de um sistema jurídico tenha ocorrido, houve adaptações com as regulamentações já existentes. Nesse sentido, é a posição de Ana Carolina Borges de Oliveira (2014, p. 46)

Embora a família romano - germânica tenha conquistado vastos territórios, vários desses países receberam o direito europeu de forma parcial; já que existia, antes dessa recepção, uma civilização autóctone, que comportava certas concepções de agir e viver e certas instituições. Logo, esses países criaram um novo direito em relação àqueles que constituem a sua aplicação na Europa, pois mantiveram seus princípios tradicionais. É possível, pois, afirmar que os países que foram colonizados por países tipicamente da família romano - germânica adotam suas principais ideias e fundamentos, mas com algumas ressalvas devidas aos seus contextos históricos.

Logo, constata-se que não há, propriamente, um sistema jurídico puro, mas sim um sistema jurídico com características marcantes que pode tender para determinada “família jurídica” (David, 2002, p. 22) do que para outra família, podendo-se ter mais certeza sobre quais os caracteres mais preponderantes de aplicação do direito para determinado Estado.

Neste ínterim, necessário se faz vislumbrar quais são as diferenças entre os dois principais sistemas jurídicos aplicados pelos ordenamentos jurídicos ocidentais, assim denominado o *civil law* e o *commow law*.

O *civil law*, também conhecido como de origem germânico-romana, se desenvolveu por um longo período de tempo, tendo como origem o império romano, sendo fundadas em determinados documentos, citados por René David (2002, p. 38), tais como: Código, Digesto e Institutos de Justiniano, *Lex Romana e Breviário de Alarico*. Todavia, deve-se ressaltar que tais documentos não esgotam a regulamentação das relações jurídicas existentes, nem podem ser considerados textos legais que concedem um panorama geral sobre as regulamentações jurídicas da época, mas somente um ponto de partida do sistema jurídico ora estudado.

Em que pese o sistema romano-germânico ter tido sua origem no desenvolvimento do império Romano, houve uma supressão desta forma de regulamentar à vida em sociedade, quando vigorou o sistema político-econômico do feudalismo, na idade Média, pois nessa época houve o abandono do “[...] ideal de uma sociedade que garanta os direitos de cada um” (RENÉ, 2002, p. 39) para uma regulamentação normativa baseada na religião, na moral e na fé.

Somente no Renascimento, movimento iniciado nos séculos XII e XIII, é que houve o retorno ao estudo do Direito Romano, em decorrência da criação das primeiras Universidades na Europa e, principalmente, da necessidade de evolução do sistema político-econômico do Feudalismo, que ocasionava uma falta de regulamentação central, principalmente na Itália e na Alemanha, local de desenvolvimento do sistema jurídico apreciado neste momento.

A importância das Universidades, neste momento, foi de voltar ao estudo do Direito Romano para aplicar as suas regulamentações aos fatos jurídicos existentes na sociedade atual, contudo, tal circunstância não está vinculada à aplicação do Direito Romano tal como ele foi criado, mas sim evoluído, por assim dizer, à realidade atual da sociedade em que se encontra sendo

aplicado, ressaltando que, neste momento, há o Direito Canônico vigente, que influencia fatos jurídicos anteriormente regulamentados pelo Direito Romano (Casamento e Divórcio), fato que modifica, sensivelmente, a aplicação do direito aplicável ao Império Romano. Corrobora essa opinião a citação de René (2002, p. 53), sobre a modificação do direito romano pelos ensinamentos das universidades e sua importância para o desenvolvimento da escola romana-germânica:

[...] as regras, podem derivar de fontes locais, não-romanas. A recepção de soluções romanas é uma coisa diferente e, afinal de contas, secundária. As universidades nunca pretenderam impor soluções romanas. Estas nunca foram instituições supranacionais encarregadas da aplicação do direito. Apenas declararam como era necessário conceber o direito, e, partindo dos textos romanos, procuraram mostrar qual era, segundo a sua opinião, o melhor direito e como se podia chegar ao seu conhecimento. A sua obra foi apenas de persuasão; não consistiu na imposição da uniformidade pela vida da autoridade.

Portanto, transcorrido a fase em que as Universidades revigoraram o direito Romano, chega-se a um novo estágio da escola romana-germânica, que é a fase do direito legislativo, ou seja, o direito sendo criado por um órgão com competência exclusiva para esse fim e sendo veiculado mediante a utilização da lei. Sendo esse modelo aplicado por inúmeros Estados ocidentais, vez que visa a segurança jurídica e a normatividade da conduta da pessoa por meio de um instrumento de caráter genérico e abstrato, onde, por meio da subsunção, se aplica o disposto na norma mediante a realização da circunstância fática.

Em que pese a existência do modelo denominado *civil law*, conforme alhures transcrito, este somente é um modelo de aplicação do direito, havendo outro, de importante análise para este trabalho, denominado *commow law*, de origem anglo-saxônica. Sobre a origem e a aplicação das principais questões referente à *commow law* é a posição de DE CICCIO (2017, p. 115-116)

Inúmeros historiadores pesquisadores comprovaram que os fundamentos da “*common law*” e das instituições políticas inglesas são de origem saxônica, ou seja, germânica. Ao longo dos séculos, a *commow law* penetrou o corpo político, as instituições locais e municipais, a jurisprudência civil e criminal, as relações familiares, os direitos das pessoas e das coisas. A *commow law* é aquela parte do direito que não tem a sua fonte/nascedouro nas leis ou regulamentos emanados dos poderes legislativos ou executivos do governo. Em sua origem, era uma síntese de princípios consuetudinários, usos e costumes, seguidos nas decisões dos julgadores.

Consubstanciado nesta questão referente ao *commow law*, verifica-se que o mesmo se distingue do *civil law* em razão da não exclusiva normatividade da conduta dos indivíduos na lei, mas baseada, também, em costumes, vez que a expressão *commow law*, tem o significado de direito comum, aplicado àqueles que não faziam parte da nobreza inglesa (DAVID, 2012, p. 359).

Em razão de suas formações históricas, o *commow law* e o *civil law* são completamente distintos, não havendo correlação de conceitos entre ambos os sistemas e não podendo, simplesmente, comparar os institutos de ambos os sistemas e indica-los como sinônimos, pois

não o são.

Assim, o *commow law* detem na jurisprudência a sua principal fonte do direito, diferentemente da lei, baseando-se a conduta humana com base nas decisões judiciais de seus tribunais analisando cada caso concreto, criando uma regra específica para cada circunstância fática analisada pelo órgão jurisdicional competente.

### 2.3 A (in)existência de um *commow law* à brasileira

A intenção do tópico anterior foi, tão somente, situar os principais pontos de destaque em cada família jurídica, bem como apresentar as características nucleares determinantes de cada sistema, para que, no presente item, se desenvolva um raciocínio capaz de designar qual, de fato, é o sistema jurídico aplicado ao ordenamento jurídico pátrio, ou seja, se a promulgação do CPC teve força para modificar o sistema jurídico tradicionalmente aplicado ao Brasil, saindo-se do *civil law* para o *commow law*.

A análise decorre de um ponto de partida, qual seja: a verificação das principais características do sistema *commow law* e *civil law*, constatando-se que no Brasil apenas se elegeu uma dessas características do sistema inglês para vincular os órgãos jurisdicionais de primeira instância, qual seja, o *stare decisis*.

O *stare decisis* foi um mecanismo que se encontrou na tradição inglesa de *commow law* para vincular as decisões dos juízes aos costumes praticados pela sociedade que se pretenda disciplinar. Sobre esse mecanismo, de aplicabilidade também no ordenamento estadunidense, é a conceituação de Toni M. Fine (2011, p. 76)

As regras do *stare decisis* e a natureza vinculante do precedente são conceitos fundamentais no sistema jurídico dos Estados Unidos. *Stare decisis* é um termo latino que tecnicamente significa “deixe como esta”; o sujeito oculto da sentença é o precedente ou casos decididos anteriormente. Constitui também a tendência de uma corte de seguir a corrente adotada por cortes anteriores em questões legais semelhantes quando apresentam fatos materiais similares. Deste modo, os casos decididos anteriormente formam um conjunto de precedentes que vinculam as cortes em decisões subsequentes.

Portanto, da análise da forma como se encontra, atualmente, disciplina o Processo Civil brasileiro, a primeira questão de inovação da legislação foi a criação de um mecanismo de controle de atuação dos juízes de primeira instância, principalmente, para observarem decisões judiciais padronizadas para casos semelhantes oriundas de Tribunais Superiores, sejam ele de âmbito regional (TJ/TRF) ou nacional (STF/STJ). Neste mesmo sentido, é o entendimento de Bueno:

Não consigo ver, portanto, nada no CPC de 2015 que autorize afirmativas genéricas, que vem se mostrando comum, no sentido de que o direito brasileiro migra em direção ao *common law* ou algo do gênero. [...] não consigo concordar com esse entendimento. O que há, muito menos que isso, é uma aposta que o legislador infraconstitucional vem fazendo mais recentemente no sentido de que se as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e aquelas proferidas pelos Tribunais de Justiça e pelos Regionais Federais forem observa-

das (acatadas) pelos demais órgãos jurisdicionais, haverá redução sensível do número de litígios e maior previsibilidade, maior segurança e tratamento isonômico a todos. É o que os incisos do art. 927 bem demonstram. Nada mais que isso. (2015, p. 539)

A própria forma de aplicação, criação e desenvolvimento do Direito no Brasil não se coaduna com os ditames do *commow law*. Analisando a formação do Estado brasileiro, percebe-se que a raiz brasileira sempre foi, e continuará sendo, a do *civil law*, seja em razão da colonização implementada por Portugal, país com forte presença de tradições romanas em seu ordenamento, seja pela primazia da lei como condutora da normatividade em território pátrio, em virtude da forma de Estado democrático escolhida pelo constituinte originário e a concentração da atividade normativa em uma função atribuída ao legislativo.

Ademais, fato que corrobora a posição defendida, é que a vinculação requerida pelos instrumentos previstos no art. 927, CPC, são instituídos por uma lei, ou seja, nem mesmo a vinculação que se deseja de todo órgão que faça parte de um sistema hierarquizado, decorre de um ato de vontade do juízo, mas sim de uma imposição contida em lei.

O Poder Judiciário brasileiro, como função típica, se presta à resolução dos conflitos de interesse apresentados pelos jurisdicionados aos órgãos jurisdicionais competentes, sendo este, como os demais poderes, regulamentado pela Constituição, de forma minuciosa.

Todavia, a forma como esta função foi disciplinada pelo constituinte, bem como as garantias previstas para o acesso à justiça (Art. 5<sup>a</sup>, XXXV, CF), os instrumentos facilitadores para concretização desta garantia constitucional por intermédio do acesso ao Judiciário (gratuidade da justiça, criação de defensorias públicas e lei de juizados especiais), com base na obra de Cappelletti (1988), aliadas à massificação das relações jurídicas e a aquisição da sociedade sobre seus direitos, ampliaram o status e a função do Poder Judiciário no cenário de separação de poderes do Estado brasileiro.

Tais circunstâncias não encontraram guarida no Poder Judiciário, pois mesmo que haja progressivas modificações na sociedade, tais transformações não são aceitas com a mesma facilidade por aqueles que exercem e detem o poder.

Desta forma, o Judiciário não estava preparado para as transformações que os fatos anteriormente mencionados e as novas funções que a Constituição lhe atribuiu, seja em razão da sua estrutura, ainda deficitária em diversos locais do país, com ausência de estrutura para receber todas as demandas dos jurisdicionados, seja em razão da formação das pessoas que atuam nesses órgãos, formação fundada, de forma majoritária, de maneira tecnocrática, com mera subsunção da lei ao caso concreto, fato que gera, em virtude da liberdade da interpretação, a má aplicação da norma, a desigualdade na aplicação do Direito e a imprevisibilidade da conduta de uma função que visa a pacificação social.

Esta situação calamitosa do Poder Judiciário ocasionou movimentos que demonstram a imprescindibilidade de modificação da forma de atuar dos órgãos jurisdicionais, sob pena de se cair em descrédito uma função importante para a manutenção da paz social e não somente isso, mas também para a concretização de direitos fundamentais, vez que, em um cenário recente

no Brasil, o STF tem sido convocado, por aqueles que tem legitimidade (103, CF), para debater questões importantes para a sociedade, tal qual a questão das células tronco, demarcação de terras indígenas, dentre outras, ao qual os demais poderes, principalmente o Legislativo, não desejem ou não querem atuar.

Destarte, conclui-se, em um primeiro momento, pela impossibilidade de aceitação de um sistema fundado em *commow law* no Brasil, na forma em que se originou e continua sendo aplicado aos países de tradição inglesa, pois o próprio sistema denominado de precedentes é veiculado por uma legislação, o CPC, outra que os instrumentos criados, conforme se verificará no tópico seguinte, não determinam a aplicação de costumes amplamente aceitos pela sociedade, mas, tão somente, se propõe a aplicação de decisões judiciais padronizadas para fatos jurídicos discutidos em demandas judiciais. Corroborando esse entendimento, é a lição de Lunardi (2016, p. 164)

O efeito vinculante foi desenvolvido na Alemanha, como tentativa de estabelecer em um sistema de direito continental algo semelhante aos precedentes vinculantes do *commow law*. O legislador brasileiro se inspirou nesse modelo, buscando dar maior eficácia às decisões proferidas pela Corte Constitucional [...].

Assim sendo, não há um sistema de *commow law* no Brasil, somente decisões que vinculam órgãos do Poder Judiciário, com aumento das hipóteses de decisões com natureza vinculante (ABBOUD, 2016, p. 677). Analisado a questão referente aos sistemas de *commow law* e *civil law*, analisa-se, de maneira pormenorizada, o sistema introduzido pelo CPC/2015.

### 3 O SISTEMA DE DECISÕES VINCULADAS BRASILEIRAS

O Direito Processual Civil brasileiro foi regulamentado, por muitos anos, por uma legislação específica fundada em resolução de questões específicas e individualizadas, tendo sido criado e se desenvolvido para resolução de questões referente ao autor e réu, unicamente, com uma resposta jurídica adequada ao caso em concreto apresentado pelas partes com ocupam os polos da relação jurídica processual.

Com o desenvolvimento das relações sociais e a complexidade que, atualmente, a sociedade apresenta, com as demandas massificadas e semelhantes para inúmeros jurisdicionados, conforme já mencionado no tópico anterior, a regulamentação então existente não se encontrava mais cumprindo com as expectativas que se esperava, que impunha aos órgãos jurisdicionais a aplicabilidade de institutos processuais estanques, que, na maioria das vezes, causa uma excessiva morosidade processual, uma quantidade irrazoável de demandas na primeira instância e a existência de decisões divergentes entre pessoas com a mesma situação jurídica, em razão de não existir vinculação dos juízes à decisões de órgão jurisdicionais superiores.

Com a intenção de ordenar o caos em que se encontrar o Poder Judiciário, formou-se uma comissão de juristas para debates a respeito de uma nova legislação processual civil, ao

qual originou um projeto de lei que, após o debate nos órgãos legislativos competentes, foi aprovado e se tornou a Lei ordinária 13.105/2015, atual legislação regulamentadora do direito processual civil brasileiro. Discorrendo sobre a natureza das novas reformas processuais, ao qual se encontra o CPC, Abboud (2016, p. 686-691) informa que

Grande parte de nossas últimas reformas processuais foram guiadas pelos cânones da instrumentalidade do processo, são eles: a instrumentalidade das formas, flexibilização da técnica processual e ativismo judicial. O que ocorre, porém, é que esses princípios são utilizados por boa parte da doutrina para se chegar à “ideia” de que, no processo o juiz pode tudo. [...] No Brasil, [...], as principais alterações legislativas objetivaram reduzir a quantidade de processos, acelerando a atividade jurisdicional. Acontece que a diminuição de processos, em detrimento da garantia dos jurisdicionados, em nada contribui para a consolidação da Democracia [...].

Em que pese a crítica do doutrinador sobre a ideologia pretendida por detrás das reformas processuais, analisando-se a legislação vigente percebe-se que o atual CPC não implementou um sistema de *commow law*, fato que corrobora o entendimento defendido neste ensaio, pois não há sistema baseado em costumes de um povo que seja instituído por uma lei ordinária oriunda de um Poder Legislativo, do qual emanam regras de conduta, implementando-se um sistema de vinculação de juízes das esferas ordinárias.

Contudo, deve-se advertir que a natureza vinculante das decisões do Poder Judiciário não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois, para o controle de constitucionalidade exercido pelo STF já havia regulamentação neste sentido, antes da promulgação do CPC/2015. Abordando sobre a historicidade do efeito vinculante no Brasil, Lunardi (2013, p. 164) leciona que

O efeito vinculante foi introduzido no direito brasileiro pela emenda n. 7 de 1977, no Regimento Interno do STF, em relação à Representação Interventiva (art. 187, RISTF). A emenda constitucional n. 3, de 1993, atribuiu efeito vinculante às ações Declaratórias de Constitucionalidade (§2ª do art. 102 da CF). Em seguida a lei 9.868, de 1999, no art. 28, parágrafo único, estabeleceu o efeito vinculante, prevendo que as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade [...] tem eficácia contra todos e efeito vinculante quanto aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal. O mesmo foi estipulado para a ADPF pelo art. 10 §3ª da lei 9.882 de 1999.

Assim, mesmo que a eficácia vinculante das decisões não sejam uma novidade do CPC, mas apenas uma adequação do sistema do controle concentrado aos processos intersubjetivos, visando garantir uma maior celeridade e segurança jurídica às decisões do Poder Judiciário, todavia, essa tomada de decisão do legislador é passível de críticas, pois a simples indicação de decisões com efeitos vinculativos, segundo Abooud (2016, 691), não gera a diminuição de processos.

Há diversas novidades contidas na nova regulamentação processual, contudo este trabalho se aterá à questão referente ao denominado precedentes vinculativos contidos, principalmente, no art. 927, CPC, que prevê mecanismos de criação de decisões padronizadas para casos repetitivos.

### 3.1 A nomenclatura denominada precedente

Antes de se tentar encontrar um sentido normativo-jurídico ao termo precedente, entende-se viável que se inicie por questões iniciais, básicas, mas de grande importância para a compreensão do dilema de conceituação jurídica da palavra precedente.

Em um sentido, puramente, coloquial, a expressão precedente significa o que em antes, fato ou algo que ocorre de maneira prévia, ou seja, simplesmente, é uma situação que precede uma outra situação. Portanto, a palavra, pura e simples, não expressa nenhuma forma de vinculação ou obrigatoriedade de observância por qualquer pessoa.

Ao se adentrar as disposições normativas, perquirindo uma significação jurídica ao termo, verifica-se que há uma infinidade de termos para identificar o que significa precedente no ordenamento jurídico brasileiro. De uma breve leitura do texto legal, não existe no CPC uma uniformidade de nomenclatura a respeito das decisões que vinculam o juízo de primeira instância. Essa é a crítica de Bueno (2015, p. 540)

Um última consideração preambular parece-me importante sobre a nomenclatura empregada pelo CPC de 2015 [...]. O *caput* do art. 926 refere-se a “jurisprudência”. No parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, repete a palavra, adjetivando-a de *dominante*, expressão que também aparece no §3<sup>a</sup> do art. 927 e no inciso I do § 3<sup>a</sup> do art. 1.035. O § 1<sup>a</sup> do art. 926 ainda faz menção a “enunciado de súmula, que, inequivocamente, é a mais comum ao longo de todo o CPC de 2015. Há casos, contudo, em que a palavra súmula é empregada isoladamente [...]. Vez ou outra. CPC de 2015 emprega a palavra precedente [...]. Em diversas outras oportunidades a referência é a acórdão ou a entendimento de determinado tribunal proferido em recursos repetitivos ou firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência [...]. Mais do que querer teorizar a respeito de cada uma daquelas palavras para tentar justificar que cada uma delas tem um significado próprio, específico e técnico, parece ser suficiente entender que o CPC de 2015 [...] não conseguiu encontrar uma fórmula redacional adequada que pudesse albergar uniformemente as situações em que ele próprio quer que determinadas decisões, sumuladas ou não, sejam observadas por todos os órgãos do Poder Judiciário.

Tal fato demonstra a falta de apuro técnico que o legislador brasileiro teve ao criar novos instrumentos no ordenamento jurídico brasileiro para a criação dos denominados precedentes, bem como reformular institutos anteriormente previstos na legislação pretérita para criação de decisões de observância obrigatória para juízes e tribunais.

Esse pécadilho do legislador tem ocasionado uma reação, necessária, da doutrina, que é tentativa de conceituar e diferenciar tais termos, ressaltando que a abordagem de tais temáticas, sem olvidar de entendimentos contrários, tornam alheias questões mais importantes sobre o precedentes, principalmente, qual a intenção, daqueles que exercem o poder, de criação de um sistema de decisões judiciais de observância e aplicabilidade obrigatória.

Sem olvidar de entendimentos consubstanciados em compreensões fundadas na clássica doutrina do *commow law* sobre o significado da palavra precedente, no Brasil, entende-se que a expressão compreende um gênero de decisões judiciais de vinculação obrigatória, mas que

com elas não se confunde, pois nem toda decisão judicial é um precedente, ao qual surgem instrumentos jurisdicionais especificados na lei que impõem um pronunciamento judicial vinculante.

Sobre a inexistência teórica da generalização que afirma que toda decisão judicial é um precedente, Marinoni (2016, p. 156) distingue os institutos informando que

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. De modo que, se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente.

Partindo-se dessa premissa, pode-se chegar a algumas conclusões iniciais para o correto entendimento sobre o sistema implementado pelo CPC, que, inicialmente, no Brasil há um sistema de criação de decisões padronizadas, que são de aplicação obrigatória para juízos de primeira instância e tribunais, vez que o Poder Judiciário brasileiro é hierarquizado, devendo os órgãos inferiores observarem as determinações de órgãos superiores, além mais que juízos singulares (sejam eles os de primeira instância ou atuando de forma monocrática em órgãos colegiados) não tem o poder de criar e nem de revogar decisões padronizadas, pois não foi o órgão responsável pela sua criação, mas, tão somente, aplicar as decisões da forma como originadas pelos tribunais ou exercerem, a natural, distinção entre os fatos que se encontram fixados na decisão paradigma e o caso em concreto apreciado na demanda, fato que não extinguirá a decisão judicial firmada, mas unicamente não há aplicará ao caso posto *sub judice*.

### 3.2 A (in)constitucionalidade do art. 927, cpc.

A intenção da criação de um sistema de precedentes foi, dentre outras, a de conceder segurança jurídica para aplicação da norma ao caso concreto, contudo, ainda que seja cedo para se analisar as consequências ou não da efetividade da posição adotada pelo legislador, o tema é tão mal recepcionado/implementado pela legislação que, até mesmo a lei, não consegue chegar a uma conceituação clara, serena e segura sobre a palavra precedente.

Na normatividade da legislação processual civil brasileira, considera-se como fundamento da teoria de precedentes o art. 927, CPC<sup>2</sup>. Ressalta-se, novamente, a crítica de que, se existir uma teoria de precedentes no Brasil, esta é criada com fundamento em uma definição legal, fato que contraria, totalmente, a ideia do *commow law*, como já mencionado.

Em que pese a importância deste dispositivo, pois aglutina todos os tipos de decisões

<sup>2</sup> 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

vinculativas no ordenamento jurídico brasileiro, há severas críticas quanto à sua formatação, pois vazio de significação jurídica necessária para aplicação de uma teoria de precedentes realmente fundadas em costumes e não em decisões padronizadas que julgam determinado fato jurídico. Criticando a vagueza do dispositivo, assim se posiciona Marinoni (2015)

A norma diz que os juízes e tribunais devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Mistura decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas, decisões tomadas em vias de solução de casos ou questões repetitivas e orientação do plenário ou do órgão especial, mas, surpreendentemente, nada diz sobre precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão.

A crítica a atividade do legislador não poderia se encontrar mais adequada às ditames da teoria de precedentes oriunda do *commow law*, vez que apenas cita um conjunto de decisões proferidas por órgãos previstos na hierarquia do Poder Judiciário, faltando com o rigor necessário sobre temas sensíveis à formação e compreensão de um precedente, não sendo de se espantar que ainda haja discordâncias sobre conceitos triviais da teoria do precedente no Brasil, sendo apenas um dos exemplos, os conceitos de *overruling* e *distinguished*.

O supracitado autor ainda continua discorrendo sobre a real importância do dispositivo normativo indicado como fundamento do sistema de precedentes:

Portanto, o art. 927 do CPC/2015, além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo. De lado as súmulas - que obviamente não são precedentes e só existem por terem que ser respeitadas -, decisões lembradas nos seus incs. I e III estão situadas entre os precedentes das Cortes Supremas. Precedente é gênero, que obviamente encarta os precedentes firmados em controle concentrado (art. 927, I, do CPC/2015) e os precedentes estabelecidos em “julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (art. 927, III, do CPC/2015). Já as decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas - deixando-se de lado, por enquanto, a questão da ilegitimidade constitucional das decisões que prejudicam os que não participaram -, deveriam ser observadas em razão de sua natureza erga omnes. Significa que a norma do art. 927 consiste apenas na lembrança de alguns precedentes, além de súmulas e controversas decisões tomadas em incidentes de natureza erga omnes, que deverão ser observados pelos juízes e tribunais.

Portanto, verifica-se que não há um sistema específico de precedentes no Direito brasileiro, mas somente um apanhado geral de decisões que vinculam o juízo de primeira instância para se alcançar uma finalidade que foi eleita pelo legislador que consiste na diminuição dos processos, concessão de maior segurança jurídica às decisões do Poder Judiciário e isonomia perante as decisões dos órgãos jurisdicionais brasileiros.

Todavia, em que pese a imprecisão e falta, clara, de conteúdo ao dispositivo normativo em estudo ainda padece sobre esse argumentos que defendem sua inconstitucionalidade. A principal questão atinente ao artigo é que, simplesmente, este alarga uma definição restrita contida no texto constitucional.

Antes de se adentrar à crítica quanto à constitucionalidade da norma, ora em comento, faz-se necessário mencionar, com fins meramente didáticos, de que a interpretação é um mecanismo de aplicabilidade das normas jurídicas e que, existindo diversos critérios hermenêuticos para interpretação da norma, o que se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro é o da supremacia da norma constitucional às demais legislações ordinárias e complementares, onde, sendo a Constituição a norma que todas as demais normas retiram validade, esta que deve prevalecer em detrimento da legislação infraconstitucional, ou seja, as novas leis devem ser criadas, interpretadas e criadas sempre se pautando por aquilo que se encontra definido na norma constitucional. Sobre a influência da Constituição na interpretação das leis e sobre a impossibilidade de leis influenciarem a interpretação de norma jurídica, posiciona-se Bastos (2014, p. 124)

Na constituição, o fenômeno hierárquico ganha um sentido próprio, evidenciado pela circunstância de que não há um conjunto de normas às quais se pudessem filiar os preceitos da Constituição. Deve-se evitar qualquer infringência dessa particularidade, reconhecendo-se que a Constituição é a norma superior em qualquer ocasião. Portanto, não se dá conteúdo à Constituição a partir das leis. A fórmula a adotar-se para a explicitação de conceitos opera sempre “de cima para baixo”, o que serve para dar segurança em suas definições. O postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei. O que cumpre ser feito é sempre o contrário, vale dizer, procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição.

Ao se analisar as normas contidas na Constituição, verifica-se que somente duas hipóteses de decisões judiciais podem ser vinculantes, quais sejam: as decisões em controle concentrado/abstrato de constitucionalidade<sup>3</sup> e as súmulas vinculantes<sup>4</sup>.

Assim, critica-se a forma como o art. 927, CPC ampliou o rol de decisões judiciais vinculantes, vez que a Constituição somente autoriza vinculação de decisão judicial nas hipóteses indicadas acima e não em todos os institutos jurídicos indicados na norma infraconstitucional processual.

Para corroborar esse entendimento, deve-se lembrar que a Constituição Federal é a norma suprema do ordenamento jurídico pátrio, fato que enseja um vetor hermenêutico na interpretação das normas ordinárias do ordenamento, não existindo, ainda, a possibilidade de uma norma legal servir como orientação de interpretação da norma constitucional.

### 3.3 Os instrumentos de criação de precedentes

Conforme já demonstrado, o CPC adotou uma regulamentação legal de vinculação dos

3 Art. 102, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

4 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.

juízes de primeira instância às decisões oriunda de órgãos jurisdicionais colegiados. Sem embargo das intenções do legislador ou de sua inconstitucionalidade, conforme alhures mencionado, os instrumentos já existentes ou criados pelo art. 927, CPC devem ser analisados de forma individualizada, pois a partir do conhecimento desses instrumentos que se pode chegar quais serão as consequências desses para o ordenamento jurídico pátrio.

O rol elenca alguns institutos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro que já tinham a capacidade de vinculação dos tribunais brasileiro, bem como regulamenta institutos existentes no código de processo civil anterior para fins de vinculação, como a assunção de competência e cria instrumentos processuais inovadores para alcançar a finalidade de atuação coerente dos juízes de primeira instância e tribunais de segunda instância, sendo o maior expoente o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

### 3.3.1 Decisões em controle concentrado

No Brasil há a coexistência de dois sistemas de controle de constitucionalidade vigentes, o que se denomina de controle concentrado de constitucionalidade e o controle difuso de proteção à Constituição.

O art. 927, CPC é taxativo ao elencar somente as decisões em controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, tendo em vista que esses pronunciamentos tem uma peculiaridade de serem proferidos de maneira *erga omnes*, ou seja, por não se encontrarem vinculados a um caso concreto há a vinculação à terceiros de maneira indistinta.

Sobre a questão do efeito vinculante, menciona-se o posicionamento de Abboud (2016, p. 229-230)

O efeito vinculante [...] é característico e exclusivo do controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro [...]. [...] a Constituição, em seu art. 102, §2<sup>a</sup>, atribuiu efeito vinculante apenas às decisões definitivas de mérito [...]. Logo, a eficácia *erga omnes* é fundamental nos pronunciamentos da jurisdição constitucional [...] porque essas decisões são fontes do direito; elas promovem a correção e a integridade do ordenamento jurídico, atuando como parâmetro normativo a ser aplicado no deslinde de casos futuros, permitindo sua invocação na solução das lides.

Deve-se ressaltar que o controle concentrado, também denominado de abstrato, é realizado por apenas um órgão, que no Brasil é o Supremo Tribunal Federal. Além mais, essas decisões vinculativas são proferidas por meio das ações de controle concentrado previstas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, Lei 9.868/99 e 9.882/99, sendo a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ação direta de inconstitucionalidade interventiva e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Por fim, menciona-se que a legitimidade ativa para ajuizamento das ações acima mencionadas são restritas às pessoas ou órgãos contidos no art. 103, CF, não sendo possível qualquer pessoa realizar o ajuizamento dessas demandas.

Por sua vez, o controle difuso, diferentemente do controle concentrado, é um controle da constitucionalidade da norma realizada de maneira *incidenter tantum* a determinado processo, de matriz estadunidense, tendo-se originado no caso *Marbury versus Madinson*, que se vincula a um caso concreto e, logo, é vinculante a apenas as partes da demanda em que foi proferida. Em virtude das características apresentadas por esse sistema de proteção à Constituição tal atribuição é de competência de todos os órgãos jurisdicionais que compõem o Poder Judiciário brasileiro.

Aqui reside, portanto, a razão por não se encontrar o controle difuso de constitucionalidade no art. 927, vez que sua vinculação reside somente ao caso em concreto que foi analisado. Corrobora esse entendimento a lição de Lunardi (2013, p. 162) “os limites de abrangência pessoal das decisões de controle de constitucionalidade podem ser *erga omnes* ou *inter partes*. Via de regra, os efeitos gerais caracterizam o controle abstrato e a limitação entre as partes caracteriza o concreto”.

não se podendo, de forma adequada hermeneuticamente, interpretar o inciso I do dispositivo normativo em comento de forma ampliativa, vez que o próprio instituto não se destina a vincular terceiros que não participaram da demanda.

Assim sendo, há uma razão pelo qual o legislador ordinário não incluiu as decisões em controle de constitucionalidade difusa no rol do art. 927, CPC, não existindo fundamentação jurídica que sustente a interpretação extensiva do primeiro inciso do supramencionado artigo em razão das características de cada sistema.

Deve-se, contudo, ressaltar que, pela Constituição Federal, é possível a concessão de eficácia *erga omnes* para decisões em controle difuso de constitucionalidade, utilizando-se o expediente contido no art. 52, X, CF<sup>5</sup>, bem como doutrinas que defendem a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, ao qual recebe severas críticas por parte de Abboud (2016, p. 548-550).

### 3.3.2 Enunciados de súmula vinculante e enunciados de súmulas do STJ e STF

Antes de adentrar-se a respeito da forma como as súmulas são elencadas como instrumentos de vinculação dos órgãos de primeira instância, impõem-se uma conceituação deste termo, tão utilizado no ordenamento jurídico, mas tão mal compreendido. No entendimento de Marinoni (2016, p. 158)

[...] o que particulariza as súmulas é a circunstancia de serem enunciados do tribunal acerca das suas decisões e não uma decisão que se qualifica como precedente. A súmula faz parte de uma linguagem que descreve as decisões. Trata-se, nesse sentido, de uma metalinguagem, pois voltada a enunciar algo que já faz parte da linguagem da decisão judicial.

<sup>5</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

As súmulas, no ordenamento jurídico brasileiro, podem ser de duas espécies, as vinculantes, previstas na Constituição, e as persuasivas, método utilizado pelos tribunais para expressar suas decisões reiteradas, que, até o advento do CPC, somente serviam para indicar um caminho de julgamento do órgão colegiado que a expedia. Sobre a utilização das súmulas, menciona-se, novamente, Marinoni (2016, p. 158)

As súmulas sempre foram conhecidas no direito brasileiro. Inicialmente, serviam para identificar e precisar o entendimento de dado tribunal acerca de questão jurídica. Jamais tiveram eficácia prática, já que não eram obrigatórias nem mesmo aos juízes do tribunal que as produzia e nunca contaram com adequada atenção dogmática, necessária à diluição do seu uso e revogação.

As vinculantes foram uma criação do Poder Constituinte Derivado que, mediante a tramitação de uma proposta de Emenda Constitucional (PEC), originou o art. 103-A, CF ao qual determina que após reiteradas decisões judiciais é possível ao STF expedir enunciado vinculativo para todos os órgãos do Poder Judiciário e ao órgãos do Poder Executivo.

De uma breve análise do dispositivo, verifica-se o nascedouro das decisões de observância obrigatórias pelos órgãos jurisdicionais que se encontram abaixo do STF. Atualmente, verifica-se que existem 56 (cinquenta e seis) verbetes aprovados pelo colegiado do Pretório Excelso, que tratam de matérias diversificadas, desde questões tributárias, administrativas e penais. Ressalta-se que houve a publicação de uma norma federal, lei 11.417/06, que disciplina o dispositivo constitucional, determinando regras de criação, revisão e o cancelamento de enunciados de súmula vinculante.

Cumprir fazer uma ressalva referente à forma de utilização desde instrumento pelo Supremo Tribunal Federal. Há severas críticas sobre a forma como esses enunciados são aprovados pelo órgão colegiado do Supremo Tribunal Federal, vez que não se tem observado o requisito das reiteradas decisões, podendo ser citada a súmula vinculante n. 11, ao qual foi editada sem qualquer respeito aos requisitos legais e constitucionais previsto no ordenamento jurídico.

Por fim, convém mencionar que a edição de súmulas vinculantes não são aplicáveis aos órgãos que compõem o Poder Legislativo, vez que a função atípica que o Poder Judiciário exerce por intermédio das súmulas vinculantes não tem o condão de restringir a atuação da função primária do Poder Legislativo, pois, caso houvesse a aplicação, as súmulas vinculantes padeceriam de inconstitucionalidade em virtude de afronta ao princípio da separação de poderes.

Todavia, extinguindo uma classificação doutrinária que distinguia as súmulas em vinculantes e persuasivas, o art. 927 indica que os enunciados das súmulas do STF e STJ, em suas respectivas matérias de competência prevista na Constituição, vinculam órgão jurisdicionais inferiores.

Novamente, o CPC, aparentemente excedendo a norma constitucional, amplia a vinculação contida na Constituição e abrange incontáveis súmulas de STF e STJ como vinculantes, sendo que muito delas nem tem mais aplicabilidade ou foram firmadas em entendimentos que não se consegue, com segurança jurídica, verificar a sua viabilidade ao caso que teve nascedou-

ro. Neste mesmo sentido é a crítica de Marinoni (2016, p. 158)

[...] súmulas se mantinham ou se mantêm em vigor ainda que não utilizadas ou negadas na prática do tribunal que as editou. Na realidade, tais súmulas nunca tiveram serventia, tendo no máximo se mostrado aptas a evidenciar o que, em determinado instante, o tribunal decidiu sobre dada questão.

Em que pese o entendimento do doutrinador, atualmente, as súmulas, sejam qual forem sua espécie, são de observância obrigatória por parte dos juízes e devem ser suscitadas e conhecidas pelas partes, com o escopo de utilizar os instrumentos aplicadores de precedentes, em especial a tutela provisória de evidência<sup>6</sup> e o julgamento liminar de improcedência<sup>7</sup>, institutos que se destinam a aplicar, de forma célere e eficaz, as decisões padronizadas oriundas de órgãos colegiados.

Ademais, o fato das súmulas deterem uma força vinculativa, aos tribunais deve-se requerer maior prudência e parcimônia nas suas expedições, pois da forma como são expedidas hodiernamente, principalmente no tocante a inobservância de seus requisitos como manifestadamente o STF o faz, os tribunais poderão vincular qualquer decisão suas expressada em uma súmula sem que tenha ocorrido debates necessários à sua fixação.

### 3.3.3 Incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas

O CPC/2015 concede especial importância para dois incidentes processuais que possibilitam a criação de uma decisão de observância obrigatória, quais sejam: o incidente de assunção de competência (IAC) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Ambos são instrumentos de padronização de decisões judiciais por parte de órgãos jurisdicionais superiores, em especial Tribunais de Justiça (TJ) e Tribunais Regionais Federais (TRF), mas que podem ser utilizados por STJ e STF, que tem o escopo de evitar decisões divergentes sobre um mesmo caso tratado em demandas distintas.

Contudo, em que pese existirem com finalidade semelhantes se diferem em algumas questões pontuais importantes, principalmente, quanto ao momento da atuação e os fatos que ensejam a escolha de um ou outro instrumento para criação da decisão paradigma.

O IAC<sup>8</sup> é um instrumento prévia de formação de decisões judiciais vinculantes, pois,

6 Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante

7 Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

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

conforme sua regulamentação legal, aplica-se o instituto quando ocorrer relevante questão de direito, ao qual o órgão jurisdicional competente possa entender conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre órgãos jurisdicionais fracionários.

Os requisitos para a sua utilização são a incidência na demanda de questão relevante para o direito, com grande repercussão social, sem que envolva a repetição de processos.

Por sua vez, o IRDR<sup>9</sup> é um instrumento em que necessita uma grande quantidade de processos para ser instaurado, conforme disciplina o dispositivo normativo que inicia sua regulamentação, assim como impõem ao interprete definir o significado da cláusula aberta de risco isonomia perante a decisão judicial e ofensa à segurança jurídica.

O intuito deste subitem somente foi apresentar ao lei os instrumentos de criação de precedentes baseados em incidentes processuais, sem esgotar, por obvio, as circunstancias normativas contidas em cada instituto, contudo, deve-se questionar qual a razão que levou ao legislador criar dois incidentes para padronização de decisões.

### 3.3.4 Orientação de órgão especial ou plenário

Uma diferente forma de criação de decisões paradigmas veiculadas pelo CPC/2015 são as decisões proferidas por órgãos colegiados dos tribunais. É cediço que os tribunais regem-se pelo princípio da colegialidade, onde suas decisões devem ser tomadas de forma coletiva, orientando-se pela tomada de decisão fundada na maioria dos julgados, contudo, em razão da competência atípica dos tribunais para se auto regulamentarem, mediante a expedição de regimento interno, a divisão do tribunal em órgãos fracionários é permitida, ate mesmo movida pela norma constitucional<sup>10</sup>.

Neste íterim e como escopo de evitar divergências de entendimento e de decisão no seio de um mesmo tribunal é que surgem a competência desses órgãos coletivos dos tribunais fixarem o entendimento deste órgão jurisdicional, evitando, assim, a contradição na aplicação do direito.

E, neste íterim, deve-se suscitar que, atualmente, regras específicas de cada tribunal vinculam seus juízes de primeira instância, sendo admitido que um próprio tribunal crie regramentos de aplicação da norma aos casos sob sua apreciação.

---

sos.

9 Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

10 Art. 93, XI. Os tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno

### 3.3.5 Recurso especial repetitivo e recurso extraordinário repetitivo

Por fim, visando concluir com o sistema de criação de instrumentos processuais aptos à criação de decisões padronizadas, comenta-se a respeito de instrumentos que já eram previstos na regulamentação pretérita, mas que foram melhor desenvolvidas pela legislação processual atual, quais sejam: os recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos.

Na sistemática recursal do CPC/2015 há a regulamentação dos recursos ao STJ e STF, sendo esses, também, regulamentados pela Constituição, corroborando a tese de esses órgãos se enquadram tanto no conceito de cortes de justiça, como corte supremas (MITIDIERO, 2013), pois, da análise das competências constitucionais desses órgãos, verifica-se funções de aplicação ao caso concreto de normas jurídicas, bem como a possibilidade de criação e outorga de sentidos a textos e a elementos não textuais visando a formação de precedentes, sendo os recursos repetitivos a forma adequada desses tribunais de cúpula do Poder Judiciário brasileiro de exercerem essa competência.

Os limites desse trabalho não comportam um estudo exaustivo do procedimento e aplicabilidade desses recursos no âmbito do STF e STJ, mas se deve mencionar, tão somente, que as decisões proferidas por esses órgãos vinculam os órgãos jurisdicionais de todo o Estado brasileiro nos limites dos fatos analisados e das razões de decidir indicadas na fundamentação do julgado, tornando esses tribunais cortes supremas sobre a questão específica de sua competência.

## 4 A IDEOLOGIA DO SISTEMA DE PRECEDENTES

Tem se verificado, no atual estágio do ordenamento jurídico pátrio, um certo protagonismo do Poder Judiciário ao qual tem influenciado as principais tomadas de decisões importantes para o Estado brasileiro, seja chancelando a constitucionalidade de determinada lei, seja os próprios tribunais atuando em prol de garantias fundamentais que os demais entes federativos insistem em não regulamentar ou cumprir as determinações constitucionais. Para Rocha (2009, p. 132)

São apontados inúmeros fatos indicadores dessa mudança de paradigma Vamos registrar alguns deles para, em seguida, nos determos um pouco na análise da assim denominada “judicialização da sociedade” [...]. Alguns dos fatos indicadores dessa tendência de mudança de paradigma seriam: a perda de soberania da lei, sobretudo com o advento das modernas constituições dotadas de força normativa e disciplinando todos os aspectos da vida social, econômica, política e jurídica, provocando o fenômeno da constitucionalização do direito [...] o enorme poder normativo dos mercados, o novo leviatã, nessa época de neoliberalismo, principalmente no plano internacional, onde produz a única lei aceita pela unanimidade dos próprios Estados e sujeitos privados *lex mercatória*; e, finalmente, as decisões dos tribunais, de âmbitos pessoal e material cada vez mais abrangentes, o que as transforma em normas gerais e abstratas, com força normativa igual ou superior à lei [...].

Esta também é a posição de Barroso (2016, p. 437), ao conceituar o fenômeno da judicialização das políticas públicas e a atuação do Poder Judiciário em sua concretização

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Sem olvidar das conquistas constitucionais capitaneadas pelo Poder Judiciário para a sociedade, a atuação preponderante dos órgãos deste órgão estatal deve ser analisada por maior rigor técnico, seja à luz da separação dos poderes, seja em virtude da cláusula democrática contida no texto constitucional, seja pela Teoria do Direito.

O fato de um órgão deter preponderância de atuação, em determinado momento do desenvolvimento estatal, é natural, faz parte do desenvolvimento e afirmação do Estado ao qual se analisa, contudo, a problemática se torna crucial quando se percebe a implementação de uma ideologia com viés de estabilização deste protagonismo por meio das decisões vinculantes e a utilização da norma processual como forma de legitimação desta ideologia, principalmente, em um Estado orientado pelas balizes do princípio democrático de Direito.

Como se asseverou no decorrer deste trabalho, há, atualmente, instrumentos capazes de tornar o Poder Judiciário o detentor da última palavra sobre a questão legal e constitucional de forma vinculante, mesmo fazendo-se a ressalva de que o Poder Legislativo pode legislar em contrário ao determinado pelo Poder Judiciário, verifica-se, no cenário político atual, que o órgão competente para inovar no sistema jurídico se encontra inerte na sua função principal, ocasionando a atuação do Poder Judiciário.

#### 4.1 O protagonismo do poder judiciário e o ativismo judicial

A circunstância de atuação do Poder Judiciário no cenário político brasileiro vem acompanhado de uma designação dada pela doutrina, como ativismo judicial. A busca para uma definição correta para esse termos é uma tarefa hercúlea no Brasil, pois, nos dizeres de Abboud (2016, p. 707) “o termo ativismo tem sido empregado com verdadeira poluição semântica, ora descrevendo fenômenos distintos, ora sendo utilizado para legitimar decisões judiciais apenas em função do seu resultado”.

Nas palavras de Barroso (2016, p. 442) “[...] ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance.”, caracterizando-se “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes [...]” (BARROSO, 2016, p. 441-442), ao qual o magistrado, no entender do doutrinador, pode tomar essa atitude até de maneira inconscientemente.

Para o autor supramencionado, há distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da

política, sendo esta “[...] um fato, uma circunstancia do desenho institucional brasileiro” (BARROSO, 2016, P. 442), apontando como principais questões para esse fenômeno a natureza híbrida do controle de constitucionalidade no Brasil, o amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal por meio das ações de controle concentrado e a forma prolixa em que a Constituição foi promulgada, abordando inúmeras questões de maneira especificada para os indivíduos, acarretando inúmeros direitos àqueles.

A atuação do Poder Judiciário sempre foi, fundada na separação de poderes, inerte, aguardando uma provocação para que possa atuar e resolver os conflitos de interesse com fundamento na norma aplicada ao caso em concreto.

Contudo, ao se analisar a atuação do Poder Judiciário no Brasil nesse começo de Século XXI, percebe-se que houve uma substancial modificação deste Poder, restando-se, somente, a questão da atuação quanto estimulado pelo interessado, mas, permitindo-se ou não pelo ordenamento jurídico, decisões que obrigam o Poder Executivo em realizar determinada política pública ou regulamentando norma constitucional omissa em decorrência do Poder Executivo. Nesta esteira, aponta-se os ensinamentos de Barroso (2016, p. 422)

Uma das instigantes novidades no Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o legislativo e o Executivo. Tal circunstancia acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Sem olvidar das questões referente à separação dos poderes e a questão de controle das decisões dos juízes, essa é a realidade atual do Estado brasileiro, sendo o Poder Judiciário chamado para atuar em questões de conflituosas na sociedade, contudo, tal fato não pode simplesmente ser aceito, devendo-se analisar de forma crítica para que não ocorra a transformação do Estado Constitucional para um Estado orientado por decisões e opiniões judiciais, denominado de juristocracia (ABBOUD, 2016, p. 742), pois pode haver um desvirtuamento na aplicação desta tomada de atitude por parte daqueles que compõem os órgãos do Poder Judiciário. Criticando a atuação do Poder Judiciário, é o posicionamento de Abboud (2016, p. 742):

A jurisdição constitucional não pode ser transformada em local para discussão e definição de todo debate político. Ou seja, o descrédito de legitimidade em face do legislativo e do Judiciário não pode ser subterfúgio para um agigantamento do Judiciário, sob pena de descaracterização do regime democrático para uma juristocracia. [...] Há diversas questões de natureza política, cujo local de discussão e definição é a esfera legislativa, e não judicial.

O movimento de atuação progressista do Poder Judiciário não é uma realidade somente no Brasil, tendo seu nascedouro no Estados Unidos da América e se propagando por diversos países de origens e tradições díspares sobre a criação e a aplicação do Direito. (BARROSO,

2016, P. 438).

Neste íterim, faz-se imprescindível perquirir quais foram as razões que ensejaram o atual cenário de polarização do Judiciário em detrimento das demais funções. Recorrendo-se, novamente, às lições de Barroso (2016, p. 439) menciona-se que

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas [...]. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade.

Neste íterim, esse tópico, restringiu-se a demonstrar quais os fatores que originaram o protagonismo do Poder Judiciário, bem como uma conceituação incipiente sobre o fenômeno ativista desta função do Estado brasileiro. Ao se adentrar ao derradeiro tópico deste trabalho, analisar-se-á a questão referente a ideologia de como o ativismo judicial vem sendo implementado e aceito, até mesmo com uma certa naturalidade, no ordenamento jurídico pátrio.

#### 4.2 A ideologia do ativismo judicial e o fortalecimento do judiciário com as decisões vinculantes

Conforme se verifica deste item do presente trabalho, o atual estágio do Poder Judiciário é o órgão ao qual os jurisdicionados recorrem para verificar a implementação de direitos e a concretização dos direitos fundamentais contidas na Constituição Federal, em virtude do não exercício de funções precípua dos demais órgãos do Poder.

No âmbito dos conflitos intersubjetivos, o Poder Judiciário exerce grande função ao pacificar os conflitos de interesse, mas em virtude de inúmeros fatores já mencionados no decorrer deste ensaio, houve um alargamento das funções dos magistrados no cenário democrático brasileiro, fato que acarretou uma importância à esta função, principalmente política, em detrimento, por exemplo, dos Parlamentares, onde se é sensível uma maior confiança nos magistrados, em especial aos do STF, do que nos políticos que compõem o Congresso Nacional.

Nesta esteira, o sistema de decisões vinculadas implementadas pelo CPC/2015 serve como um instrumento de consolidação deste movimento de fortalecimento do Poder Judiciário e de tomada de decisões por parte dos seus integrantes, sendo os efeitos vinculantes das decisões, previstas no art. 927, CPC, uma forma de instrumentalizar e operacionalizar a ideologia do ativismo judicial e conseqüentemente fortalecer esse poder no cenário político brasileiro.

Analisando-se as formas de exercício do poder, verifica-se que houveram diversas ideologias aplicadas e defendidas para a implementação/manutenção ou exercício do Poder. Ideologia entendida como uma forma de manter determinada ideia para se alcançar determinado fim.

Houve o estágio do monarca ser a fonte concentrada das tomadas de decisão, posteriormente, com auxílio ou não de revolução, esse espaço de exercício do poder se deslocou para o Parlamento, que alçou a lei (supremacia da lei) como principal instrumento de normatização da conduta humana e, numa aparente derrocada do Parlamento, no alvorecer do Século XXI, o Judiciário alcança um protagonismo não previsto por Montesquieu, vez que na clássica teoria da separação das funções este poder era aquele que menor detinha atribuições.

Da forma como se encontra a questão dos precedentes no Brasil, basta uma única decisão de Tribunal Superior ou até mesmo de órgão colegiado de tribunal estadual ou federal para que ocorra a vinculação dos magistrados de primeira instância, fato que possa ocasionar prejuízos ao acesso à justiça ao jurisdicionado em busca de ideais como aceleração dos julgamentos e prestação na resolução dos conflitos que geram, indubitavelmente, um Judiciário como detentor da última palavra sobre o Direito e sua aplicação.

Este cenário ainda se deteriora mais ainda quando se passa a analisar os instrumentos criados para aplicação desses precedentes, pois o CPC não somente disciplinou um sistema mais rigoroso de aplicação de efeito vinculante às decisões judiciais como estipulou inúmeros instrumentos<sup>11</sup> para operacionalizá-los e ocasionar, em muitos casos, um acesso mais dificultoso aos tribunais que podem modificar esses sistemas padronizados.

Em que pese esse protagonismo do Judiciário, principalmente em virtude de tomar decisões que vão de anseio com a sociedade, e o fortalecimento deste por meio da técnica de decisões padronizadas-vinculadas, a principal questão que se deve contrapor com essa posição do Poder Judiciário é com a questão inerente à democracia, vez que essa função contém um déficit democrático patente o que afronta o princípio democrático brasileiro.

Ademais, a própria Constituição ao instituir a separação dos poderes implementou a questão do controle dessas funções e sem olvidar do papel das demais funções nesse exercício de impor limites ao Judiciário, cabe ao próprio indivíduo, eventualmente prejudicado, suscitar inconsistências na atuação do Judiciário e o caminho se refere à forma de fundamentação das decisões judiciais.

A forma de operacionalização do ativismo judicial é por meio de decisões judiciais, pois, caso se considere adequado a um Estado Constitucional ter regulamentações de condutas pessoais fundadas em decisão judicial, a forma como essas devem ser proferidas tem que se modificar, devendo-se cumprir com as determinações constitucionais de maneira adequada no momento de prolação da decisão, expondo as razões adequadas do voto, sob o risco de transformar a democracia em juristocracia. Sob essa perspectiva, é a lição de Abboud (2016, p. 684)

Se porventura fosse facultado ao magistrado não aplicar a lei por simples convicção pessoal ou critério de justo, criar-se-ia situação na qual o juiz não possuiria limite algum para exercer sua atividade, atuando como verdadeiro soberano perante as partes, criando a solução normativa para o caso sem amparo constitucional ou legal, oportunizando o surgimento de arbitrariedade e decisionismo. Isso ocorre porque, nesse contexto, o magistrado, ao ignorar a legislação vigente com fundamento em suas convicções pessoais, criaria

<sup>11</sup> Esses instrumentos, dentre outros, são: tutela provisória de evidência (Art. 311, II, CPC), julgamento liminar de improcedência (art. 332, CPC), julgamento monocrático (932, IV e V, CPC)

risco para o próprio regime democrático, porque permitiria que ele desconsiderasse o próprio processo legislativo que é insito à democracia.

O indivíduo não pode se contentar com fundamentações rasas, incipientes ou desvinculadas da Constituição, onde se aplicam paráfrases, conceitos preestabelecidos ou, principalmente, princípios que possam servir para fundamentar qualquer caso posto em juízo. Sobre essa temática, Abboud (2016, p. 746) se posiciona

A insegurança jurídica não se soluciona por *civil law* ou *commow law*, ou ainda, pelo recrudescimento de mecanismos vinculatórios. De nada adianta modificarmos a legislação, fazê-la melhor, admitirmos que vivenciamos a era dos princípios jurídicos, se continuarmos presos a um mecanismo silogístico para sentenciar e principalmente se mantivermos como predominante um paradigma discricionário em que, para uma mesma questão jurídica, são admitidas diversas soluções ainda que discrepantes entre si.

A discussão deve ser jurídica, fundada nas normas jurídicas contidas na carta constitucional e nas leis oriundas do legislativo para que se mantenha em observância o princípio democrático previsto na Constituição.

## 5 CONCLUSÃO

No presente ensaio sobre a questão dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, pretendeu-se debater questões que envolvem diversos ramos do direito, em especial, as influências da novel codificação civil na teoria geral do direito e sua relação com a Constituição Federal, vez que esta disciplina quais decisões tem o poder vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário.

Os questionamentos que ensejaram a presente pesquisa ativeram-se à perquirir uma resposta para qual ordenamento jurídico aplicado ao Brasil atualmente, quais foram os instrumentos legais, previstos na legislação processual civil que permitem a criação de um precedente e se, com a implementação de um sistema baseado em decisões judiciais, haveria um fortalecimento do Poder Judiciário em contraposição aos demais poderes instituídos pela Constituição.

O primeiro item deste trabalho visou debater, de maneira dogmática, a questão de ordenamento jurídico, conceito e espécies de norma jurídica, bem como os sistemas jurídicos tradicionalmente aceitos pelos Estados ocidentais. Ao final do primeiro estágio da pesquisa, concluiu-se que o fato de haver regulamentação de decisões vinculantes não tem o condão de modificar o sistema jurídico brasileiro, que é o sistema orientado pelos ditames do *civil law*.

Ato contínuo, o artigo analisou o denominado sistema de precedentes implementado pelo código de processo civil promulgado no ano de 2015, adentrando-se em questão ao qual a norma oriunda do legislativo não concede segurança adequada para a compreensão deste sis-

tema, pois a lei não teve o apuro técnico de definir no que consiste um precedente.

Ao demonstrar todos os instrumentos criadores de decisões judiciais vinculantes contidos no art. 927, CPC, constatou-se que precedentes é um gênero de decisões oriundas de órgãos colegiados, ao qual se incluem diversas espécies de pronunciamentos judiciais que restringem a atuação dos órgãos do Poder Judiciário, seja os da primeira instância, quanto da segunda instância, já que as decisões vinculantes são de observância obrigatória tanto pelo órgão que o proferiu como para outros órgãos de decisão judicial.

Ademais, estabelece-se que a utilização do termo precedente, nos moldes aplicados no Brasil não encontra parâmetro com o termo utilizado no sistema jurídico do *commow law*, contudo a circunstância de existir decisões com natureza vinculantes se aproxima, de fato, do instituto do *stare decisis*, este de origem inglês de aplicabilidade de decisões judiciais.

Por fim, o intuito contido nesta pesquisa foi abordar a questão dos precedentes em uma perspectiva diferente da tradicionalmente abordada pela doutrina de processo civil, ao qual aponta os benefícios de um sistema de decisões vinculadas para a concretização do princípio da duração razoável do processo. Ao analisar a questão dos precedentes além do Direito Processual Civil, vinculou-se a ideia dos precedentes ao debate do ativismo judicial, uma questão, ainda discutida no ordenamento jurídico brasileiro.

O derradeiro tópico deste ensaio adentrou ao debate sobre o ativismo judicial e a situação de existir um protagonismo do Poder Judiciário na atual dinâmica da separação dos poderes do Estado brasileiro, apontando os motivos ensejadores, sejam esses sociais ou constitucionais/legais.

Ao realizar a conexão entre a conduta, voluntária ou involuntária, dos tribunais em regulamentar questões jurídicas de forma nova no ordenamento normativo brasileiro, seja decidindo em interpretações de atos normativos de forma diferente daquela para qual foi expedida pelo legislador, seja decidindo além dos limites legais, sem adentrar ao mérito da viabilidade jurídica deste comportamento dos agentes políticos que atuam no órgão do Judiciário, constatou-se que o sistema de vinculação das decisões judiciais amplia e instrumentaliza o mote ideológico do Judiciário atuar de maneira proativa no cenário político brasileiro.

Com intenção ou não, o Poder legislativo promulgou uma legislação que permite a potencialização de outra função, sem existir alguma forma de controle por outras funções, seja o legislativo, seja o executivo, dessas decisões oriundas dos tribunais, ocasionando a circunstância que o próprio Parlamento, que cotidianamente critica o Judiciário pela sua interferência em áreas tradicionalmente delegadas aos representantes do povo, lhe concedeu um instrumento extremamente forte de impor a posição dos órgãos superiores que formam o Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal.

O atual cenário normativo é o que foi mencionado neste texto, não havendo qualquer posicionamento a respeito da constitucionalidade ou não do dispositivo normativo que ampliou as hipóteses de decisões vinculantes e, em que pese haja benesses nessa possibilidade de restringir a forma de decidir de alguns órgãos do Poder Judiciário, em virtude de ausência de um

instrumento de contrapeso para outros poderes, crer-se que as questões ideológicas que envolvem o ativismo possa ser deixado ao largo de argumentações referente à concentração de poder aos juízes e à juristocracia e acreditando-se na autocontenção e prudência dos integrantes do Judiciário, o sistema decisões vinculadas possa ser utilizado em observâncias das normas constitucionais e em benefício das pessoas que compõem um dos elementos do Estado brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** : Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo : Saraiva, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo : Malheiros, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 2010.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei Federal n. 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em : 27 Mai 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em : 27 Mai 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil** : inteiramente estruturado à luz do Novo CPC. São Paulo : Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1988.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo : Martins Fontes, 2012.

DE CICCIO, Cláudio. **História do Direito e do Pensamento Jurídico**. São Paulo : Saraiva, 2017.

FINE, TONI M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. São Paulo : Wmf Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo : Martins Fontes, 2016.

LUNARDI, Soraya. **Teoria do Processo Constitucional** : Análise de sua autonomia, natureza e elementos. São Paulo : Atlas, 2013.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial** : Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lênio Streck. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo : Revistas dos Tribunais, 2016.

MITIDIÉRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** : Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo : Atlas, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Sergio Antonio Fabris : Porto Alegre, 1999.

SEIXAS, Bernardo Silva de. **Inconstitucionalidade por Omissão** : A Proteção da Constituição Contra o Silêncio do Legislador. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016.

TAVARES, André Ramos. A Inconsistência do Tribunal Constitucional como “Legislador Negativo” em face de Técnicas Avançadas de Decisão Judicial. *In* Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 04, n. 15, Belo Horizonte, jul./set. 2010.