

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP

Archavir Mário Donelian

Uniformização de jurisprudência e vinculação

Mestrado em Direito

São Paulo

2020

Archavir Mário Donelian

Uniformização de jurisprudência e vinculação

Mestrado em Direito

**Dissertação apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito sob a orientação do Prof.
Dr. Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim**

São Paulo

2020

Banca Examinadora

Dedico esse trabalho aos meus pais aos meus
antepassados e ao povo armênio.

AGRADECIMENTO

Agradeço a professora Thereza Alvim por me acolher como seu orientando, por todos os seus ensinamentos e pela autonomia que me foi concedida para desenvolver este trabalho.

À professora Teresa Arruda Alvim pelos ensinamentos transmitidos, por sua contribuição na minha qualificação, por ter aceitado participar da banca formada para a defesa desta dissertação e por todo o apoio.

Ao professor Everaldo Augusto Cambler por sua contribuição na minha banca de qualificação. Ao professor Rennan Faria Krüger Thamay por aceitar participar da banca formada para a defesa desta dissertação.

Ao professor Claudio De Cicco pela amizade e pelos ensinamentos transmitidos desde à graduação.

Aos professores que me transmitiram seu conhecimento nos três anos de curso no mestrado: Anselmo Prieto Alvares, Cassio Scarpinella Bueno, Celso Fernandes Campilongo, Eduardo Arruda Alvim, Francisco José Cahali, José Manoel de Arruda Alvim, Olavo de Oliveira Neto, Sergio Seiji Shimura e Willian Santos Ferreira.

Às colegas Fernanda Luci Santos e Nathalia Abdalla que desde a graduação me acompanham e me incentivam.

À Giovana Pieroni por me mostrar o caminho quando eu não o enxergava.

Aos colegas Alcides Cabral Filho, Paulo Sobreira, Giovani Trindade Castanheira Fagg Menicucci e Gabriel Morettini e Castella pelo companheirismo nas horas difíceis.

Aos colegas Alexandre Fontana Berto, Cristina Menezes, Daniela Telles, Daniel Gonçalves, Elisa Reis, Letícia Zuccolo Paschoal da Costa Daniel, Gabriel Maciel Queiroga, Marco Marinelli, Mario Dorna, Núria Lopes, Sheila Keiko Fukugauchi Miyazato, Talita Braga e Yrlanna Borges pelos momentos que me propiciaram.

À Ana Maria Ferriani e ao professor Carlos Alberto Ferriani pela confiança e amizade. Ao professor Carlos Alberto Ferriani pelos ensinamentos transmitidos.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo por tudo o que me propiciou desde à graduação.

Aos meus antepassados.

Aos meus pais por tudo que fizeram e fazem por mim.

Կարելի է բոլոր ծաղիկները կտրել, բայց անկարելի է գարնան ժամանումը արգիլել:
Provérbio Armênio.

RESUMO

DONELIAN, Archavir Mário. Uniformização de jurisprudência e vinculação.2020.252f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo,2020.

O objetivo dessa dissertação é analisar a vinculação das orientações decorrentes dos meios de uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. As Leis nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, 9.868, de 10 de novembro de 1999 e 9.882, de 3 de dezembro de 1999 também foram analisadas em função da existência de referências a institutos por elas regulados no Código de Processo Civil. As hipóteses adotadas foram de que existe uma relação entre as orientações e a fundamentação das decisões judiciais e de que existem graus e tipos distintos de vinculação. Para atingir esse objetivo foram analisados os princípios que norteiam a atividade do juiz: a obrigação de decidir, a independência e a vinculação a lei. Analisamos a vinculação das orientações em relação a fundamentação das decisões judiciais tomando por base os oito sistemas ideais de relevância formal propostos por Pierluigi Chiassoni. Também foram analisadas as orientações que tem vinculação decorrente da Constituição, da Lei e a decorrente das práticas dos tribunais e o processo de revisão das orientações. A pesquisa foi desenvolvida com base na legislação, na doutrina sobre o tema e jurisprudência dos tribunais. Concluiu-se pela existência de quatro níveis de vinculação relativas à utilização de orientações na fundamentação das decisões judiciais e a existência de dois tipos de vinculação (a formal, decorrente da Constituição ou da Lei, e a empírica, decorrente das práticas dos tribunais) e que o sistema de vinculação formal é muito rígido e pode prejudicar a adaptabilidade da jurisprudência frente a mudanças que ocorram na sociedade.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Vinculação. Uniformização de Jurisprudência. Fundamentação das decisões judiciais. Vinculação formal. Vinculação empírica. Revisão.

ABSTRACT

DONELIAN, Archavir Mário. *Case law standardization and binding effect*. .2020.252p. Thesis (Master in Law) Programo of Postgraduate Studies in Law , Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo,2020.

The purpose of this dissertation is to analyze the binding effects of the guidelines resulting from the forms of standardization of the case law in the Code of Civil Procedure, Law No. 13,105, of March 16, 2015. Laws no. 11.417, of December 19, 2006, 9.868, of November 10, 1999, and 9.882, of December 3, 1999, due to existing references to institutes regulated by them in the Code of Civil Procedure, were also analyzed. The assumptions adopted were that there is a relation between the guidelines and the grounds of the court decisions and that there are different types of binding effects. To fulfill such purpose, the principles that guide the judges' activities were analyzed: duty to decide, independence, and legal binding effect. We analyzed the binding effect of the guidelines in relation to the grounds of court decisions, based on eight ideal systems of formal relevance proposed by Pierluigi Chiassoni. We also analyzed the guidelines that are binding as a result of the Constitution, of the Law, and resulting from court practices and the process for reviewing the guidelines. The research has been conducted based on the legislation, the opinion of jurists on the subject, and courts case law. The conclusion embraces the existence of four levels of binding effect in relation to the utilization of guidelines in the grounds of court decisions and the existence of two types of binding effect (formal binding effect, resulting from the Constitution or from the Law, and the empirical binding effect, resulting from court practices).

Keywords: Code of Civil Procedure. Binding Effect. Case Law Standardization. Grounds of court decisions. Formal binding effect. Empirical binding effect. Overruling.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ATIVIDADE DO JUIZ.	13
1.1 O juiz e o dever de decidir.	13
1.2 O princípio da inafastabilidade da jurisdição.....	14
1.2.1. A Reserva de Jurisdição	15
1.2.2 Condicionamento.	19
1.2.3 A obrigatoriedade de decidir e seus deveres anexos.	20
1.3 A independência do Juiz.	26
1.3.1 Independência pessoal juiz.....	26
1.3.2 Independência do judiciário.	28
1.4 A vinculação a lei: o princípio da legalidade.....	38
1.4.1 A lei.	38
1.4.2 As novas técnicas legislativas.	44
1.4.3 Os Princípios	53
1.4.4 O caso concreto, a igualdade perante a lei e a uniformização de jurisprudência.	56
2 A TRAVA ARGUMENTATIVA: VINCULAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO.....	63
2.1 Os oito sistemas típicos de relevância formal.....	63
2.2 Os juízes e os tribunais observarão.....	72
2.4 A fundamentação das decisões judiciais e os meios de uniformização de jurisprudência.....	89
2.4.1 Os fundamentos determinantes de uma decisão.....	89
2.4.2 A fundamentação das decisões paradigma e os fundamentos determinantes.	91
2.4.3 Os incisos V e VI do § 1º do art.489 do CPC.	93
2.5 Contraditório e a Publicidade.	98
2.6 O destinatário do comando “observarão”.	100
3 A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO CPC (LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015).....	103
3.1 Como aferir a similaridade entre dois casos?	104
3.2 Os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal.	106
3.2.1 As decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade.....	106
3.2.2 Os enunciados de súmula vinculante.	121
3.2.3 O Incidente de Assunção de Competência (IAC).	124
3.2.4 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).....	127
3.2.5 O recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral.....	134

3.2.6 Os recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos.	149
3.2.7 O Contraditório.	157
3.3 A uniformização de jurisprudência por meio da vinculação empírica (<i>de facto</i>).	166
3.3.1 Os enunciados de súmula.	169
3.3.2 Acórdãos do STJ proferidos no julgamento de recurso especial.	172
3.3.3 Os embargos de divergência.	182
4 A ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA E A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE.	199
4.1 As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.	200
4.2 A revisão de orientação de teses, enunciados de súmula e orientação consolidada em jurisprudência.....	210
4.3 O processo de revisão	214
4.4 Revisão de orientação e vinculação empírica.	218
4.5 A revisão de orientação por meio de interpretação.....	221
4.6 Os entraves ao processo de revisão.....	225
4.7 A revisão de orientação pelo tribunal de hierarquia superior	228
5 O CPC E OS OITO SISTEMAS IDEAIS TÍPICOS DE RELEVÂNCIA	
FORMAL	231
CONCLUSÃO.....	239
REFERÊNCIAS	247

INTRODUÇÃO

O CPC, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, instituiu um sistema decisório que tem por base a uniformização de jurisprudência. Esse sistema é composto por meios de uniformização de jurisprudência que já existiam no ordenamento antes da entrada em vigor do novo código e por outros instituído pelo código. O sistema instituído é extremamente polêmico sendo um dos temas mais estudados no âmbito do processo civil. Nosso objetivo nesse trabalho é estudar como se dá a vinculação das orientações oriundas dos meios de uniformização de jurisprudência. O sistema instituído agrupa mecanismos dos mais variados e com níveis de vinculação distintos. Trata-se de tema de grande importância por exercer influência direta na atuação do juiz. Temos por objetivo analisar dois aspectos da vinculação: quais os tipos de vinculação existente e qual a relação das orientações decorrentes de meios de uniformização de jurisprudência com a fundamentação das decisões judiciais.

No capítulo 1 analisaremos os três princípios que norteiam a atuação do juiz. Esses princípios consistem na obrigação de decidir, na independência e na vinculação a lei. Analisamos como cada um desses vetores é regulado em nosso sistema jurídico. A análise será realizada com base na Constituição e na legislação pátria. Ainda no capítulo 1 analisamos o art.926 do CPC, o artigo sede em relação à uniformização de jurisprudência. Nesse ponto temos a conexão com o objeto deste trabalho. A possibilidade de obtenção de mais de uma interpretação relativa a um dispositivo normativo gera a possibilidade de decisões das mais variadas sobre uma mesma questão. É nesse contexto que a uniformização de jurisprudência se faz necessária.

No capítulo 2 analisaremos a relação existente entre as orientações decorrentes dos meios de uniformização de jurisprudência e a fundamentação das decisões judiciais. Iniciamos nossa análise com os oito sistemas típicos ideias de relevância formal propostas por Pierluigi Chiassoni. Analisaremos o art.927 do CPC procurando determinar como deve ser interpretado o termo “observar” constante no *caput* do dispositivo. Analisaremos também os incisos V e VI do § 1º do art.489 do CPC e a sua relação com o art.927 do CPC. Ainda nesse capítulo forneceremos nossa definição de precedentes tomando por base as disposições do CPC. Apresentaremos os conceitos de vinculação formal e vinculação empírica. Definiremos os conceitos de distinção e de superação. Analisaremos também aspectos relativos à publicidade das decisões judiciais, teses e enunciados de súmula, bem como a necessidade de se fazer uso do contraditório quando da decisão com base nessas orientações.

No capítulo 3 analisaremos meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal e os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação empírica existentes no sistema instituído pelo CPC. Conceituaremos de uniformização por meio de identidade absoluta e por meio de identidade essencial.

No capítulo 4 abordaremos questões relativas à estabilidade da jurisprudência e a evolução da sociedade. Primeiramente analisaremos algumas questões envolvendo às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Verificaremos como é tratada a questão da vinculação do Poder Legislativo e do STF às decisões que declaram a constitucionalidade de uma lei e aspectos relativos ao efeito vinculante das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Por fim analisaremos a polêmica em torno da extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei.

Ainda no capítulo 4 abordaremos aspectos que envolvem o processo de revisão de enunciados de súmula, teses e orientações firmadas na jurisprudência dos tribunais. Para tanto discorreremos a respeito dos requisitos necessários e o regramento que o CPC confere ao processo. Faremos considerações sobre o processo de revisão nas orientações com vinculação formal e empírica, revisão de orientações por meio da interpretação e dos entraves ao processo de revisão. Analisaremos também a relação da hierarquia dos tribunais com a revisão de orientação.

No capítulo 5 analisaremos o sistema de vinculação instituído pelo CPC tendo por base os oito sistemas típicos ideais propostos por Pierluigi Chiassoni.

1 OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ATIVIDADE DO JUIZ.

1.1 O juiz e o dever de decidir.

Um dos elementos norteadores da atividade jurisdicional é a vedação à negação da prestação jurisdicional (*non liquet*). Uma vez que um caso seja submetido ao juiz/judiciário, este terá que proferir uma decisão. Dessa forma, iniciado o processo, isto é, uma vez protocolada a petição inicial, surgirá a obrigação do Poder Judiciário se manifestar a respeito do pedido do autor.

Niklas Luhmann destaca ser essa uma característica que diferencia a função jurisdicional da função legislativa e dos negócios jurídicos (contratos) celebrados pelas pessoas. Nos dois últimos casos, não existe a obrigatoriedade de se chegar a uma “decisão”. O projeto de lei e o contrato não precisam ser concluídos. Nos dois casos não existe a compulsoriedade para que o processo chegue à sua conclusão.¹

Luhmann faz ainda outra observação que merece destaque. O juiz/judiciário deve, ao decidir, ser independente e vinculado aos textos legais. A atividade do juiz é norteadada pela obrigatoriedade de decidir, pela independência e pela vinculação aos textos legais.²

Tomando por base o exposto, verificamos que existe uma sistemática para a tomada de decisão pelo juiz. Em outros termos, existe um conjunto de regras decorrentes do sistema jurídico que norteiam a atuação de todos os membros do poder judiciário quando exercem a jurisdição.

Considerando o posicionamento de Niklas Luhmann e nosso sistema jurídico, são três os princípios norteadores da atuação do poder judiciário: o princípio da inafastabilidade da

¹ “It should be uncontested today that a ‘non liquet’ cannot be excluded simply on logical grounds. The world does not provide any guarantee for logical order and consistency of deductions. The prohibition of the denial of justice does not follow either from the fact that the binding force of statutes does not leave any other choice. For, as soon as there are problems of interpretation and application of statutes, a judge would be free to find ‘gaps in the law’ and to reject the need to make a decision. Hence there must be an institutional provision if the legal system is to be arranged as *universally* competent and *at the same time capable of making decisions*. This combinatorial problem of universality and a capacity for decision-making is expressed in the prohibition of the denial of justice appropriately, for the legal system, in the form of a norm. [...]”(LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Nova Iorque:Oxford.2008.p.286.) “Let us repeat: neither statutes nor contracts are the consequence of compulsory decision-making. The status of the validity of the legal system can be changed by choosing these forms - or not. In this respect, only courts are in an exceptional position. Laws or contracts may be forced to change for political or economic reasons, but these are pressures of a different kind and, when faced with them for legal reason. Only courts are in charge of managing the paradox of the system, however one may define it. Only courts have to transform indeterminacy into determinacy where necessary, only courts have to construct fictitiously the availability or, unavailability of principles, where necessary. Only courts are forced to decide and, consequently, to enjoy the privilege of being able to transform compulsion into freedom. No other legal institution commands a position of this kind.” (LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Nova Iorque:Oxford.2008.p.291-292.)

² LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Nova Iorque:Oxford.2008.p.299/300.

jurisdição (art.5º,XXXV da CF), o princípio da independência do juiz (arts.5º, XXXVII e LIII, 93, 95, 96 e 99 da CF) e o princípio da legalidade (art.5º, II, da CF), que serão analisados nos tópicos a seguir.

1.2 O princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O referido princípio está positivado no art.5º, XXXV, da CF, tendo a seguinte redação, *in verbis*:

“[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O mesmo comando é reproduzido, quase que em sua literalidade, no art.3º do CPC: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Temos nesse comando um princípio basilar que norteia a atuação do poder judiciário. Uma vez que uma pretensão seja apresentada ao poder judiciário deverá ser analisada e decidida. A decisão deverá ser baseada no direito³. Esta pode ser favorável ou contrária a pretensão. Podendo até mesmo ser relativa à inexistência do direito de acionar o Poder Judiciário.^{4 5 6}

Trata-se de direito fundamental, mais precisamente de um direito individual decorrente da Constituição Federal. José Joaquim Gomes Canotilho destaca que é um direito que se concebe em duas dimensões: “[...] (1)um *direito de defesa* ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um *direito de proteção do particular através de tribunais* do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros (dever de proteção dos Estado e direito do particular a exigir essa proteção).”⁷

³ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003.p 498.

⁴ SCARPINELLA BUENO, Cassio. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. São Paulo: Saraiva. 2018.p.52.

⁵ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003.p 498.

⁶ “Se, como dito, houver extinção de plano do processo sem resolução do mérito, terá havido atividade jurisdicional e exercício do direito de ação (no plano constitucional), porém não terá havido pronunciamento sobre o mérito da causa, porque, sem embargo de garantido o acesso ao judiciário (direito constitucional de ação), o autor não terá reunido, no caso concreto, os requisitos necessários a que o mérito da ação (=pedido)pudesse ser apreciado. Mas de qualquer sorte, o exercício do direito de ação no plano constitucional terá ocorrido, pois terá sido o judiciário que decidiu que o autor não reunia condições para obter um pronunciamento de mérito.” (ARRUDA ALVIM, Eduardo; GRANADO, Daniel Willian, ARANHA FERREIRA, Eduardo. *Direito Processual Civil*.6ª Ed. São Paulo: Saraiva.2019.p.218.)

⁷ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003.p 496. (destaques do original).

Um ponto que merece destaque é o de que para que a jurisdição seja inafastável ela deve ser acessível. Em outros termos, só com acesso à jurisdição é que se pode falar em inafastabilidade. Daí a o inciso LXXIV do art.5º da CF, que preceitua que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A assistência é jurídica e integral, isto é, não se limita a eventual propositura da ação abarcando também a orientação jurídica e o auxílio extrajudicial.^{8 9} A Defensoria Pública exerce papel fundamental nesse sistema dado caber a ela a assistência jurídica dos hipossuficientes. Sua atuação é disciplinada nos arts.134 e 135 da CF, na Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 e nos arts.185 a 187 do CPC. Da mesma forma, o preceito, abarca o regime de justiça gratuita, procurando evitar que os custos decorrentes do processo consistam em óbice ao acesso e à prestação jurisdicional.¹⁰ A gratuidade da justiça está disciplinada nos arts.98 a 102 do CPC e na Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.

1.2.1. A Reserva de Jurisdição

Outro ponto a ser destacado é o que J.J. Gomes Canotilho chama de monopólio do juiz e monopólio dos tribunais.¹¹ O monopólio do juiz se dá nos casos em que ocorre o monopólio da primeira palavra (monopólio do juiz ou reserva absoluta de jurisdição). Tratam - se de situações em que o juiz tem a primeira e a última palavra sobre o direito aplicável. O monopólio dos tribunais se dá nos casos em que ocorre o monopólio da última palavra (monopólio dos tribunais ou reserva relativa de jurisdição). Nessas situações, o juiz tem a última palavra sobre medidas ou decisões de outros poderes ou autoridades públicas e no caso de conflitos entre particulares.¹² Colocando de outra forma, o monopólio do juiz se dará quando a

⁸ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT.2019.p.983. Comentário ao art.5º. Nota 135.

⁹ “O princípio vai além, contudo, do acesso à justiça no sentido ‘jurisdicional’ do termo, ao estabelecer como obrigação do estado não só a assistência *judiciária* integral e gratuita, mas, muito mais do que isto, assistência *jurídica* integral e gratuita. Isto quer significar, portanto, que também ‘fora’ do plano do processo, o Estado tem o dever de atuar em prol da conscientização jurídica da sociedade como um todo, levando em conta também os hipossuficientes, orientando-os com relação a seus direitos. Este é, com efeito, um passo decisivo para o desenvolvimento e fortalecimento do sentimento de cidadania de um povo. É fundamental que se saiba que se têm direitos até como pressuposto lógico e indispensável para pretender exercê-lo, se for o caso, inclusive jurisdicionalmente.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único.5ª Ed. (revista, ampliada e atualizada). São Paulo: Saraiva. 2018.p.61).

¹⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único.5ª Ed. (revista, ampliada e atualizada). São Paulo: Saraiva. 2018.p.61.

¹¹ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003.p 667-669.

¹² GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003.p 667-669.

questão tiver que ser submetida para apreciação diretamente nos tribunais, ao passo que o monopólio dos tribunais ocorre quando a questão poderá ser submetida a outro órgão que proferirá uma decisão sobre o litígio, sendo que, uma vez proferida a decisão final pode-se recorrer ao Poder Judiciário. Um Exemplo do segundo caso é o do direito desportivo, dado que só se poderá recorrer ao Poder Judiciário quando esgotadas as instâncias da justiça desportiva¹³. Exemplo do primeiro no caso é o da abertura de inventário judicial quando um dos interessados é incapaz.

Aspecto que merece atenção é o relativo à arbitragem. Seria correto se falar em reserva de arbitragem?¹⁴ Em outros termos, haveria uma situação em que a primeira ou a última palavra seria do tribunal arbitral? O CPC no § 1º do art.3º preceitua que “é permitida a arbitragem, na forma da lei”. A lei em questão é a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a Lei da Arbitragem, merecendo referência os artigos 851 a 853 do Código Civil que tratam do compromisso.

A arbitragem, bem como a jurisdição estatal, consiste em uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. Decorre de um negócio jurídico no qual as partes acordam que um árbitro ou órgão colegiado solucione o conflito, não havendo interferência estatal. A decisão proferida por esse órgão terá a mesma força de uma sentença.¹⁵ É pela convenção de arbitragem (art.3º da Lei de arbitragem) que as partes acordam em submeter um conflito à arbitragem. Esta é gênero de qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Os artigos 3º a 12 da lei de Arbitragem disciplina ambos os institutos. O art.4º da Lei de Arbitragem define a cláusula compromissória: “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Vemos pela leitura do referido artigo que se trata de um negócio jurídico assinado antes do surgimento do conflito, dessa forma, tem caráter preventivo. O Art. 9º da Lei de Arbitragem define o compromisso arbitral: “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais

¹³ O § 1º do art.217 CF, ao preceituar que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei” não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição, dado que, uma vez esgotadas as instâncias da justiça desportiva poder-se-á recorrer ao poder judiciário. temos aqui um caso de reserva de tribunal.

¹⁴ O termo é utilizado por J.J.Gomes Canotilho (GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003.p 671).

¹⁵ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas*. 7ª Ed.São Paulo: RT.2018.p.126.

pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. É utilizado quando o conflito já está deflagrado, e por opção das partes, é direcionado para a jurisdição arbitral¹⁶.

O art.1º da Lei de Arbitragem estabelece quais conflitos podem ser solucionados por meio de Arbitragem. São eles: litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Podem fazer uso da Arbitragem às pessoas capazes de contratar e a administração pública direta e indireta. Com base no exposto verificamos que não se trata de uma violação à regra da inafastabilidade da jurisdição, dado que as partes têm a faculdade de optar por solucionar seu conflito por meio da Arbitragem. Como bem destaca Arruda Alvim o caráter célere e informal da Arbitragem amplia o acesso à justiça¹⁷. Ademais, o julgador será escolhido considerando o conhecimento específico sobre a matéria, experiência, idade, conduta, entre outros aspectos.¹⁸ As partes podem ainda escolher o procedimento que considerarem mais adequado para a solução do litígio.

O art. 18 da Lei de Arbitragem preceitua que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Da mesma forma merece atenção a disposição do art.31 da mesma lei que preceitua que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. Francisco José Cahali esclarece que o Árbitro é juiz de fato e de direito sendo privado unicamente dos poderes de *coertio* (“o poder do Estado de sujeitar o objeto do litígio e as partes às determinações de acordo com as normas legais”) e *executio* (“representa o poder de executar ou fazer executar a decisão promovendo, se for o caso, transformações no mundo empírico para efetivar o comando contido na decisão, como, por exemplo, expropriando bens para o pagamento da dívida”).¹⁹ Daí decorre que a sentença

¹⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas*. 7ª Ed. São Paulo: RT.2018.p. 166.

¹⁷ “A perspectiva de utilização da arbitragem, por seu caráter célere e informal, antes de reduzir , amplia o espectro do acesso à justiça, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. E, sendo este (o acesso à justiça) uma das maiores preocupações com a processualística dos dias atuais – dentro de cuja ideia é necessário que haja uma resposta aos que precisam resolver conflitos -, parece-nos que o foco na finalidade da jurisdição, resolução de conflitos e aplicação do direito, se deve sobrepor à titularidade para exercê-la – que, em princípio, e na visão tradicional, seria do Estado, exclusivamente. (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*.18ª Ed. São Paulo: RT.2019.246.)

¹⁸ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas*. 7ª Ed.São Paulo: RT.2018.p.126.

¹⁹ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas*. 7ª Ed.São Paulo: RT.2018.p.137.

condenatória constitui título executivo judicial (art.31 da Lei de Arbitragem c/c art.515,VII do CPC), o que implica que a execução deverá ser promovida na jurisdição estatal^{20 21}.

Merece atenção o comando do art.8º da Lei de Arbitragem “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Ainda no caput do art.8º temos disposição relativa à autonomia da clausula compromissória em relação ao contrato, o que implica que a nulidade da clausula não implica a do contrato e vice-versa.²²

Na hipótese do art.7º da lei de Arbitragem, temos situação em que verificamos a reserva de juiz. O referido dispositivo preceitua que “existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”. Trata-se de situação em que não existe acordo prévio sobre como se dará a instituição da arbitragem e se verifica a resistência de uma das partes em instituí-la²³. Nessa situação, não havendo composição, será o juiz estatal que decidirá a respeito

²⁰ “O que se contém no julgamento torna-se obrigatório e vinculante às partes, impondo a submissão ao comando contido na decisão. Apesar de sua efetivação, conforme o caso, se buscar perante o judiciário, a obrigatoriedade existe às partes; apenas se transfere a execução da obrigação descumprida.” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas*. 7ª Ed.São Paulo: RT.2018.p.137).

²¹ “A disciplina da Arbitragem sofre algumas limitações comparativamente à do processo judicial, em especial quanto à largueza da substitutividade. Apesar de ter função adjudicatória, o árbitro limita-se a estabelecer as providências coercitivas(v.g. multa adjudicatória, comparecimento de testemunhas sob pena de condução coercitiva etc.) ao cumprimento de suas decisões, mas a realização prática de tais providências em casos de descumprimento demanda, invariavelmente, a atuação judicial. Em suma, o árbitro possui poderes para aplicar o direito ao caso concreto, mas, não, para praticar atos executivos que se destinem ao cumprimento forçado da sentença arbitral. (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*.18ª Ed. São Paulo: RT.2019.248-249).

²² Francisco José Cahali esclarece esse ponto: “Assim, quando se estabelece a cláusula arbitral relativa a um contrato, na verdade criam-se duas relações jurídicas: o negócio contratado e a arbitragem, esta última independente, porém restrita à vontade das partes em submeter aquela primeira à tutela jurisdicional. Com características e exigências próprias, o objeto do contrato principal (por exemplo, a franquia, a compra e venda, a prestação de serviço etc.) será analisado e cumprido. Se houver algum vício ou irregularidade, de acordo com a sua gravidade, o contrato pode ser invalidado. Porém, perfeita a cláusula compromissória, esta permanece integra, como resultado do desejo dos contratantes em submeter o conflito, inclusive com relação aos defeitos do contrato, ao juízo arbitral. Desta forma, quem irá avaliar e decidir sobre a validade do contrato (quanto ao seu objeto principal) é o árbitro, tal qual preconizado no parágrafo único deste art.8º em exame. Pode acontecer, por exemplo, de exigir a lei forma própria ao objeto principal do contrato, como escritura pública (para a transferência de direitos reais imobiliários) porém contratam as partes por instrumento particular, com cláusula compromissória. Neste contexto, o vício de forma quanto á compra e venda não vulneram a disposição arbitral, e caberá ao árbitro o julgamento quanto à invalidade do contrato. E o contrário também é possível: afastar-se do juízo arbitral pela indisponibilidade do objeto ou por qualquer outro vício na cláusula, mas, pelas circunstâncias, após ser declinada a jurisdição arbitral, chega-se ao reconhecimento, agora judicial, da validade do negócio jurídico principal (por exemplo, quando se trata de arbitragem em contrato de consumo sem observância da forma prescrita em lei). (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas*. 7ª Ed.São Paulo: RT.2018.p.189-190).

²³ Francisco José Cahali esclarece que essa cláusula compromissória é denominada de cláusula vazia, por prever a arbitragem para a solução do conflito mas não tratar da forma de instauração da arbitragem. (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas*. 7ª Ed.São Paulo: RT.2018.p.173).

da instituição do procedimento arbitral.²⁴ Merece destaque que nessa situação a discussão gira em torno da instituição da arbitragem e não do mérito, o que não afasta a reserva de arbitragem quanto ao mérito da causa. A cláusula compromissória, mesmo que defeituosa, por si só, estabelece a reserva de arbitragem.

Uma vez que a convenção de arbitragem é concluída, fica estabelecida a reserva de arbitragem que está condicionada aos limites impostos pela lei de Arbitragem e pela vontade das partes.

1.2.2 Condicionamento.

A existência de requisitos para que se recorra ao Poder Judiciário não viola, por si só, o princípio da inafastabilidade da jurisdição. A existência das condições da ação, pressupostos processuais, prazos para a propositura da ação e a forma dos atos processuais são requisitos legítimos a serem observados para se recorrer ao Poder Judiciário, isto é, para o exercício do direito de ação.²⁵

A existência de requisitos condicionantes para o acesso à justiça não violam o princípio da inafastabilidade da jurisdição, desde que não se trate de requisitos abusivos, desnecessários.²⁶ J.J. Gomes Canotilho esclarece que o direito ao processo implica em:

²⁴ Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT.2019. p. 983. Comentário ao art.5º. Nota.38.

²⁶ GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina,2003. p. 498-499.

“(1) proibição de requisitos processuais desnecessários ou desviados de um sentido conforme ao direito fundamental de acesso aos tribunais; (2) a exigência da fixação legal prévia dos requisitos e pressupostos processuais dos requisitos e ações; (3) a sanção de irregularidades processuais como exigência do direito à tutela jurisdicional.”²⁷

Dentre os requisitos mencionados, merece destaque o terceiro. Este trata da possibilidade de sanar irregularidades processuais. Tal requisito está presente em uma série de artigos do CPC. Como exemplo destacamos os 277 e 282 que tratam da possibilidade de se aproveitar atos praticados com vício de forma e de repetição e ratificação de atos nulos, e o parágrafo único do art.932 que trata da intimação obrigatória para a sanção do vício ou complementação da documentação exigível nas hipóteses em que o relator verificar que se trata de recurso inadmissível. A possibilidade de sanção permite, aumentar a chance, do processo terminar por meio de uma decisão de mérito.

Ressaltamos que a observância dos requisitos não implica na obtenção de decisão favorável, de procedência. A procedência pode ser parcial ou mesmo decisão não favorável ao autor, caso de improcedência.

1.2.3 A obrigatoriedade de decidir e seus deveres anexos.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição está concretizado em outros dois dispositivos legais. São eles: o art.4º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e o art.140 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o CPC. O art.4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro preceitua que:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O art.140 do CPC preceitua que:

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.
Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

²⁷ GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 499.

Temos nos dois dispositivos comando dirigido ao magistrado vedando a negativa de prestação jurisdicional no caso em que se deparar com uma lacuna. Os dois dispositivos deixam clara a obrigatoriedade de manifestação do judiciário em relação aos casos a ele submetidos. Ambos os dispositivos veiculam a vedação ao *non liquet*²⁸.

O art.4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro apresenta a forma como essas lacunas serão preenchidas, isto é, por meio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito nessa ordem.²⁹

A existência de lacunas não tem aptidão para impedir que o judiciário se manifeste a respeito da pretensão de quem o provoca. Se assim não fosse a jurisdição não atingiria seu objetivo principal que consiste na pacificação de conflitos.³⁰

Ponto que merece atenção é o da mudança do paradigma adotado CPC 2015. Houve a migração do paradigma baseado na lei para o paradigma do ordenamento e da norma jurídica. O art.8º do CPC faz referência à aplicação do ordenamento jurídico pelo magistrado, o que é refletido no art.140 do CPC. Aplicar o ordenamento é muito mais do que aplicar a lei, terminologia utilizada pela lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Trata-se da aplicação de todo o ordenamento, e não só da Lei, mas também dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico. Em nosso sentir pensar em aplicação do ordenamento permite minimizar a ocorrência de lacunas ou obscuridade, dado que o ordenamento é aplicado como um todo. Da mesma forma houve modificação do referencial para a norma jurídica, o que pode ser observado no inciso V do art.966 do CPC que veicula a possibilidade de propositura de ação rescisória contra decisão de mérito que violar norma jurídica, ante o disposto no inciso V do art.485 do CPC de 1973 que preceituava o cabimento da rescisória contra sentença de mérito que violasse literal disposição de lei.

Daí decorre a importância ainda maior da fundamentação da decisão judicial (art.93, IX, da CF e § 1º do art.489 do CPC), por meio da qual, será demonstrada a aplicação do direito ao caso concreto. É por meio dela que se fundamentará o preenchimento das lacunas e o esclarecimento das obscuridades existentes no ordenamento. Da mesma forma é por meio dela que será demonstrada a correta aplicação do ordenamento jurídico no caso analisado.

²⁸ “*NON LIQUET*”. Não esclarecido. Fórmula latina a indicar que o magistrado pode deixar de se pronunciar por entender que a causa não estava provada. Hoje pelo princípio de que o juiz não pode denegar justiça, o *non liquet* conduz à absolvição do acusado por falta de provas ou a improcedência da demanda cível.” (SILVA, De Plácido e; SLAIBI FILHO, Nagib (atualizador); CARVALHO, Gláucia (atualizador). Vocabulário Jurídico. 28ª Ed. Rio de Janeiro: 2010. 1492 páginas

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado. 17ª Ed. São Paulo: RT. 2018. p. 696. comentário ao art. 140. n. 2.

³⁰ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado. 17ª Ed. São Paulo: RT. 2018. p. 1276. comentário ao art. 3º. n. 14

Existem dois princípios diretamente relacionados a obrigatoriedade da prestação jurisdicional. São eles o princípio da inércia da jurisdição e o princípio dispositivo. Ambos estão positivados no art.2º do CPC, que preceitua que: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins de Conceição e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello destacam que o princípio dispositivo e o princípio da inércia da jurisdição são duas faces da mesma moeda dado que cabe as partes a iniciativa para provocar a jurisdição, movendo a ação. Dessa forma, cabe às partes a escolha da causa de pedir e do pedido, o que limita a cognição do juiz.³¹ A regra é a de que o juiz deve sempre aguardar a iniciativa da parte.³² A exceção a essa regra se dá quando inexistente quem possa dar início ao processo, como no caso de herança jacente (art.738 do CPC), arrecadação de bens do ausente (art.744 do CPC)³³ e no de restauração dos autos (art.712 do CPC)³⁴. O impulso oficial faz com que o processo chegue ao fim³⁵, sendo dever do juiz dar impulso ao processo uma vez que seja iniciado.³⁶ “[...] Há contudo, atos que devem ser praticados pelas partes ou que exigem sua provocação. Nestes casos, se a parte não der andamento ao processo praticando ato cuja iniciativa lhe competia, ocorre a contumácia, que, se for do autor, pode ensejar a extinção do processo sem resolução do mérito [...]”.³⁷ Tem por fundamento o interesse público.³⁸

Note-se que não existe um prazo para que o processo chegue ao fim, isto é, para que a prestação jurisdicional seja prestada. As peculiaridades de cada caso é que definirão sua duração. Processos mais complexos terão uma duração mais elevada ao passo que processos com menor grau de complexidade terão duração mais curta.³⁹ É no caso concreto, com base em

³¹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.p.62 .

³² NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT.2018.p.696. Comentário ao art.2º. n. 2.

³³ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT.2018.p.696. comentário ao art.2º. n. 2.

³⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed. São Paulo: RT.2019.243.

³⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.p.62.

³⁶ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed. São Paulo: RT.2019.244.

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT.2018.p.696. Comentário ao art.2º. n. 3.

³⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.p.62

³⁹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único.5ª Ed.(revista, ampliada e atualizada). São Paulo: Saraiva. 2018.p.62.

critérios objetivos, que se definirá se a duração do processo foi ou não razoável.⁴⁰ A duração razoável do processo não implica que o processo se desenvolva de forma célere sem a observância das garantias decorrentes do princípio do devido processo legal.^{41,42} A duração razoável do processo deve ser concretizada atendo-se aos princípios que norteiam o processo.⁴³

O princípio da duração razoável do processo está previsto no inciso LXXVIII do art.5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o qual preceitua que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” e concretizado no art.4º do CPC que possui a seguinte redação: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. O Inciso II do art.139 do CPC preceitua que é incumbência do juiz velar pela duração razoável do processo.

O art.4º do CPC esclarece o conteúdo do princípio da duração razoável do processo. Este não se restringe a decisão de mérito, mas, principalmente, a satisfação integral e efetiva do direito decorrente da decisão mérito, com “[...]à adoção de meios adequados e efetivos à realização prática do direito pleiteado[...]”⁴⁴. O resultado da tutela jurisdicional não se restringe

⁴⁰ Nelson Nery Junior apresenta critérios objetivos para aferir se o processo teve duração razoável: “Esses critérios objetivos são: a) a natureza do processo e complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atividade e o comportamentos das autoridades judiciárias e administrativas competentes; d) fixação legal dos prazos para a prática dos atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e à ampla defesa.” (NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*.13ª Ed. São Paulo: RT.2018.p.372).

⁴¹ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*.18ª Ed. São Paulo: RT.2019.252.

⁴² “Não há qualquer sorte, como querer compreender o inciso LXVIII do art.5º da CF como sinônimo de celeridade. O que deve ser relevado nele, a despeito do texto constitucional, é verificar como ‘economizar’ a atividade jurisdicional no sentido da redução desta atividade, redução do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez. O que o princípio quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e que os métodos empregados por ela sejam racionalizados, otimizados, tornados mais eficientes (o que aliás vai ao encontro da organização de toda a atividade estatal, consoante se extrai do *caput* do art.37 da CF e do ‘princípio da eficiência’ lá previsto expressamente), sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. Por isso mesmo, não há por que recusar referir-se a essa faceta do dispositivo constitucional em exame como ‘princípio da eficiência da atividade jurisdicional’. Até porque eventual celeridade não pode comprometer outras garantias do processo - contraditório, ampla defesa, publicidade e motivação, apenas para citar algumas bem marcantes – e que demandam, por suas próprias características, tempo necessário para concretizarem-se. Tampouco pode comprometer a organização judiciária também imposta desde o modelo constitucional.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único.5ª Ed. (revista, ampliada e atualizada). São Paulo: Saraiva. 2018.p.62).

⁴³ “Se, numa demonstração de retórica jurídica, se podia dizer que ‘no processo o tempo é algo mais do que ouro: é justiça’, com muito maior razão se pode afirmar que a justiça tem de ser feita da forma mais rápida o possível, sempre observados os preceitos constitucionais que devem ser agregados ao princípio da celeridade e razoável duração do processo, como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural (administrativo e judicial) etc.” (NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*.13ª Ed. São Paulo: RT.2018.p.372).

⁴⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*.18ª Ed. São Paulo: RT.2019.251.

ao âmbito do processo, mas deve alcançar o plano material, sendo este o fim último que deve ser perseguido.⁴⁵ Faz parte do conteúdo do princípio da inafastabilidade da jurisdição como salientam Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins de Conceição e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello:

“Durante muito tempo, se entendeu que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional dizia respeito ao direito que tinha o autor à obtenção de sentença de mérito. Hoje, se concebe o princípio da inafastabilidade como sendo o direito não só a sentença de mérito, mas à providência prática que corresponde à efetiva satisfação do autor, como por exemplo, o pagamento, a reconstrução do muro derrubado, a obtenção quanto à realização da veiculação da propaganda enganosa etc. realmente será concretizado o princípio se a razoável duração do processo levar em conta não só o tempo até a sentença, mas a duração integral do caminho a ser percorrido pelo autor até que obtenha integralmente a satisfação de seu direito.”⁴⁶

Como reflexo da duração razoável do processo, sempre que possível, surge o dever de incentivo para que as partes cheguem a uma solução consensual do conflito. Originalmente a matéria era regulada pela Resolução nº 125/2010 do CNJ⁴⁷, sendo que, o CPC⁴⁸ instituiu a utilização e o incentivo dos meios alternativos de solução de conflitos de forma sistematizada em seus dispositivos. A esse respeito Arruda Alvim esclarece que:

“É decorrência do aumento da complexidade da sociedade um correspondente aumento de litigiosidade, em especial no contexto constitucional brasileiro em

⁴⁵“O princípio da efetividade do processo nesse sentido – e diferentemente dos demais -, volta-se mais especificamente aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo. É inócuo falar em ‘processo justo’ ou em ‘processo devido’, dando-se a falsa impressão de que aqueles atributos tendem a se esgotar com a tão observância da correção do meio de produzir a decisão jurisdicional apta a veicular a tutela jurisdicional. O ‘justo’ e o ‘devido’, com efeito, vão além do *reconhecimento* jurisdicional do direito). Cassio Scarpinella destaca em sua obra que a efetividade deve ser do direito e não do processo. Dessa forma fala em efetividade do direito pelo e no processo : “É essa a razão pela qual me parece mais adequado propor, para substituir a tradicional expressão ‘efetividade do processo’, outra, que coloque ênfase onde ela deve ser posta: *efetividade do direito pelo e no processo*.[...]” (Destques do original). (SCARPINELLA BUENO, Cassio, *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 5ª Ed. (revista, ampliada e atualizada). São Paulo: Saraiva. 2018.p.63).

⁴⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.p.66/67.

⁴⁷ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery fazem observação sobre a resolução 125/10 do CNJ, a qual institui a Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos de Interesses: “Instituída pelo CNJ, por meio da Res. CNJ 125/10, tem intenção de assegurar a todos a solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. O CNJ, por meio dessa resolução, assume o compromisso de promover ações de incentivo á autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação. E normatiza a realização de cursos de capacitação e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores. (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT.2018.p.696. comentário ao art.3º. n.22).

⁴⁸ O CPC 73 tinha previsão a respeito da conciliação no art.331. tratava de uma audiência preliminar que seria designada quando estivessem envolvidos direitos que admitiam transação. A audiência poderia ser dispensada se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a conciliação o juiz poderia desde logo sanear o processo e ordenar a produção de prova. Essa possibilidade de dispensa acabava por esvaziar o propósito da referida audiência que a critério do juiz poderia ser dispensada.

que é franqueado a todos o acesso à justiça (art.5º, XXXV). Quer dizer, uma consequência de a jurisdição ser inafastável é a situação em que não se pode negar apreciação judicial de todo e qualquer conflito de interesses. Não obstante, é saudável ao próprio sistema processual incentivar que sejam criados ambientes não conflitivos de resolução de disputas, os chamados métodos de *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Trata-se de técnicas que levam à pacificação sem a utilização por inteiro da jurisdição estatal.”⁴⁹

O comando do § 2º do art.3º do CPC preceitua que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. O § 3º do mesmo dispositivo preceitua ainda que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. O Inciso V do art.139 preceitua incumbir ao juiz “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.” O art.334 traz previsão relativa à realização de audiência de conciliação e mediação que só não será realizada se autor e réu se manifestarem de forma contrária ou não se admitir a autocomposição conforme preceitua o § 4º do referido artigo.

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 disciplina a mediação entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Preceitua em seu art.3º que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação” e o § 2º do mesmo dispositivo preceitua que “o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”. Verificamos que não é toda espécie de direito que pode ser objeto de mediação. Os arts.165 a 175 do CPC veiculam dispositivos relativos aos conciliadores e mediadores que passam a ser considerados auxiliares da justiça.

A conciliação e a mediação, pressupõe a intervenção de um terceiro. Na conciliação, o conciliador atua procurando demonstrar as vantagens de um acordo. Faz propostas visando a realização do acordo. Exerce influência no convencimento das partes envolvidas.⁵⁰ A mediação tem por pressuposto um conflito mais intenso e prolongado. Na mediação tem-se em conta a perspectiva de futura convivência entre as partes. O mediador não faz propostas e não toma decisões⁵¹. Procura aproximar as partes para que elas consigam chegar

⁴⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed. São Paulo: RT.2019.249. (destaques do original)

⁵⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5ª Ed. (revista e atualizada de acordo com a Lei 13.129/2015 – Reforma da Lei de Arbitragem - , com a Lei 13.140/2015 – Marco Legal da Mediação e com o Novo CPC). São Paulo: RT.2015.p.46.

⁵¹ O parágrafo único do art.1º da Lei de Mediação apresenta a definição legal de mediação: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

ao consenso.⁵² “[...]Na mediação o foco está no conflito e não na solução. Na conciliação percebe-se o contrário: o foco é a solução, e não o conflito. [...]”⁵³

1.3 A independência do Juiz.

Neste item iremos analisar os princípios que norteiam a atuação do juiz e do judiciário em relação a independência. Serão três os aspectos abordados. A independência pessoal do juiz (art. 95 da CF), a independência do judiciário (arts. 93, 96 e 99 da CF) e a imparcialidade (parágrafo único do art.95 e incisos XXXVII e LIII do art.5º todos da CF).

1.3.1 Independência pessoal juiz.

A Constituição Federal fornece garantias para que os juízes possam exercer sua função com independência. Essas garantias estão previstas no art.95 da CF consistindo na: vitaliciedade, na inamovibilidade e na irredutibilidade de vencimentos. Trata-se de dispositivo de extrema importância dado que, como esclarecem Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, no Estado Democrático de Direito, a independência judicial é mais importante para a eficácia dos direitos fundamentais do que o próprio catálogo de direitos fundamentais contido nas Constituições.⁵⁴

Se o juiz, e de forma mais ampla, o judiciário, não for independente não haverá garantia de que os direitos fundamentais serão aplicados aos casos concretos submetidos ao judiciário, o que compromete a própria existência dessa categoria de direitos.⁵⁵

⁵² CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5ª Ed. (revista e atualizada de acordo com a Lei 13.129/2015 – Reforma da Lei de Arbitragem - , com a Lei 13.140/2015 – Marco Legal da Mediação e com o Novo CPC). São Paulo: RT.2015.p.47/48.

⁵³ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5ª Ed. (revista e atualizada). São Paulo: RT.2015.p.47.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luis. Comentário ao art.95 IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.p.1429.

⁵⁵ J.J. Gomes Canotilho esclarece que a independência se dá de quatro formas. A independência pessoal dos juízes é garantida pela autonomia no exercício da jurisdição. A existência de órgãos de disciplina e de tribunais de hierarquia diferente não pode exercer influência no exercício da função pelos juízes. Neste aspecto está incluída a inamovibilidade. A Independência coletiva, que confere autonomia a judicatura como ordem ou corporação. A independência funcional pela qual o juiz está submetido apenas à lei. A Independência Externa que trata da independência dos juízes a órgãos e entidades que não pertencem ao poder judiciário, pressupõe que a organização do poder judiciário seja garantida por reserva de lei e a Independência Interna que tem relação com a independência que se relaciona com a independência em relação a órgãos e entidades pertencentes ao Poder Judiciário. (CANOTILHO. J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed Coimbra: Almedina, 2003.p.663-664).

O inciso I do art.95 da CF trata da vitaliciedade. José Afonso da Silva esclarece que a vitaliciedade diz “[...]respeito à nomeação do titular ao cargo para o qual fora nomeado, por concurso ou por acesso de advogados ou membros do MP aos tribunais[...]”⁵⁶. Não se trata de um privilégio, mas de condição para o exercício da função.⁵⁷ Por meio dessa garantia o juiz só perderá o cargo por meio de sentença judicial transitada em julgado. A exceção a essa regra se dá no primeiro grau, onde a vitaliciedade só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado.

O inciso II do art.95 da CF trata da inamovibilidade. José Afonso da Silva define a inamovibilidade como “[...] à permanência do juiz no cargo para o qual foi nomeado, não podendo o tribunal e menos ainda o governo designar-lhe outro lugar, onde deve exercer suas funções[...]”⁵⁸. Garante que o juiz não seja removido do cargo *ex officio*.⁵⁹ A inamovibilidade impede a realização de manobras para afastar o magistrado da análise de determinado caso⁶⁰. O que poderia ocorrer por meio de promoções. A garantia da inamovibilidade permite ao magistrado recusar a promoção indesejada.^{61 62}

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.38ª Ed. (revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.84, de 2.12.2014) . São Paulo: Malheiros.2015.p.597.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.38ª Ed. (revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.84, de 2.12.2014) . São Paulo: Malheiros.2015.p.597.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.38ª Ed. (revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.84, de 2.12.2014) . São Paulo: Malheiros.2015.p.597.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luis. Comentário ao art.95 *IN*:GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina.2018.p.1429.

⁶⁰ FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*.14ª Ed. São Paulo: Saraiva.2019.p.1151.

⁶¹ Os incisos II e III do art.93 que tratam dos critérios a serem observados para a promoção do magistrado.”II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e prestação no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;III o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;”

⁶² “Em alguns Estados, é previsto um concurso para a promoção de juizes , a que se inscrevem os interessados , sem o que não serão promovidos por não ser de seu interesse; em outros Estados, contudo, promove-se quem preencha os requisitos, e aquele que não desejar a promoção manifesta sua recusa. O sistema de concursos evita esse constrangimento, se nenhum se apresentar, não haverá a promoção, que não pode ser forçada uma vez que o juiz é protegido pela garantia constitucional da inamovibilidade, que impede inclusive promoção não desejada. A lei complementar, prevista no art.93, poderá generalizar a toda a magistratura nacional o sistema de concursos e promoções, que não contraria norma constitucional, porque se limita apenas a formar uma lista de quem quer ser

A segunda parte do inciso II do art.95, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, traz a exceção a essa regra. Trata-se do disposto no inciso VIII do art.93, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019. Caso da remoção ou disponibilidade do magistrado por interesse público, que só se dará por meio de decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa. O inciso VIII - A do art. 93, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, veicula hipótese que não viola a garantia constitucional da inamovibilidade. Trata-se da remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância desde que atenda, no que couber, ao disposto nas alíneas *a, b, c e e* do inciso II do mesmo art.93 da CF.⁶³

O inciso III do art.95, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, trata da irredutibilidade de subsídio. Trata-se de vedação a redutibilidade dos subsídios dos magistrados que será fixado por lei específica (art.37,X). O subsídio dos magistrados não poderá exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art.37,XI). No âmbito da justiça estadual o subsídio dos desembargadores dos tribunais de justiça não poderá ser superior à 95% do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art.37,XI). O subsídio dos magistrados está sujeito ao imposto de renda (150, II, 153, III, e 153, § 2º, I da CF). A incidência do imposto de renda não viola a garantia constitucional da irredutibilidade de subsídios.

1.3.2 Independência do judiciário.

A independência do judiciário, como um todo, tem por base as disposições dos arts.93, 96 e 99 da CF. O art. 96 trata da autonomia administrativa do judiciário ao passo que o 99 trata da autonomia administrativa e financeira.

O art.96 da CF preceitua matérias que são de competência privativa a órgãos do Poder Judiciário. José Afonso da Silva esclarece que a competência privativa decorre da classificação das competências constitucionais em função da sua extensão, isto é, “[...] quanto à participação de uma ou mais entidades na esfera da normatividade ou da realização material.

promovido por merecimento.”(SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.38ª Ed. (revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.84, de 2.12.2014) . São Paulo: Malheiros, 2015.p.591).

⁶³ a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;c) aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento; [...] e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]”.⁶⁴ O ilustre constitucionalista esclarece que a competência privativa tem como característica a enumeração como própria de uma entidade, com a possibilidade, no entanto, de delegação (art.22 e seu parágrafo único)⁶⁵ e de competência suplementar (art.24 e seus parágrafos).^{66 6768}

Nesse momento uma observação se faz necessária. O parágrafo único do art.22, utilizado para exemplificar a delegação, faz referência a necessidade de lei complementar para delegação de competência. Os parágrafos do art.24 disciplinam como se dará a suplementaridade entre União, Estados e Municípios. Merece atenção que nos dois casos a possibilidade de delegação e a suplementaridade estão expressas nos parágrafos de ambos os artigos, o que não ocorre no art.96. José Afonso da Silva esclarece que a Constituição Federal não é rigorosamente técnica neste assunto, dando como exemplo os arts.51⁶⁹ e 52⁷⁰ que

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.38ª Ed. (revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.84, de 2.12.2014) . São Paulo: Malheiros,2015.p.485.

⁶⁵ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.38ª Ed. (revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.84, de 2.12.2014) . São Paulo: Malheiros, 2015.p.485..

⁶⁷ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

⁶⁸ José Afonso da Silva esclarece como se dá a classificação das competências em função da sua extensão:“[...] (a)exclusiva quando é atribuída a uma entidade com exclusão das demais (art.21); (b) privativa , quando enumerada como própria de uma entidade, com a possibilidade, no entanto, de delegação (art.22 e seu parágrafo único) e de competência suplementar (art.24 e seus parágrafos); a diferença entre exclusiva e privativa está nisso, aquela não admite suplementaridade nem delegação; (c) comum, cumulativa ou paralela, reputadas expressões sinônimas, que significa a faculdade de legislar, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente (art.23); (d) concorrente, cujo conceito compreende dois elementos: (d.1)possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa; (d.2) primazia da União no que tange às normas gerais (art.24 e seus parágrafos); (e) suplementar, que é correlativa da competência concorrente, e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art.24, § § 1º a 4º).” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.38ª Ed. (revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.84, de 2.12.2014) . São Paulo: Malheiros.2015.p.485).

⁶⁹ Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa; III - elaborar seu regimento interno; IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; V - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

⁷⁰ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos

veiculam matérias de competência exclusiva da Câmara e do Senado, com a designação de competências privativas. Nos dois casos a competência é indelegável. Analisando os incisos do art.96, verificamos grande similitude quanto a natureza das matérias constantes nos três artigos. Note-se que os incisos I e II tratam de questões relativas à organização do Poder Judiciário e o inciso III trata de questões relativas ao julgamento dos magistrados. Dessa forma, concluímos que a competência não é privativa, mas sim, exclusiva⁷¹.

O inciso I do art.96 permite aos tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correcional respectiva, prover os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição, propor a criação de novas varas judiciárias, prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, os cargos necessários à administração da Justiça⁷², exceto os de confiança assim definidos em lei, e conceder licença,

nesta Constituição ;b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do banco central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar; IV - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente; V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato; XII - elaborar seu regimento interno; XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; XIV - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII. XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

⁷¹ José Afonso da Silva esclarece que: “A diferença que se faz entre competência *exclusiva* e competência *privativa* é que aquela é indelegável e esta é delegável. Então, quando se quer atribuir competência própria a uma entidade ou a um órgão com possibilidade de delegação de tudo ou de parte, declara-se que compete privativamente e ele a matéria indicada. Assim, no art.22 se deu competência privativa (não exclusiva) à União para legislar sobre:[...], porque seu parágrafo único faculta a lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. No art.49, é indicada a competência *exclusiva* do Congresso Nacional. O art.84 arrola a matéria de competência *privativa* do Presidente da República, porque o seu parágrafo único permite delegar algumas atribuições ali arroladas. Mas a constituição não é rigorosamente técnica neste assunto. Veja-se, por exemplo, que os arts. 51 e 52 traz matérias de competência exclusiva, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mas diz que se trata de competência privativa. Não é deste último tipo porque são atribuições indelegáveis.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.38ª Ed. (revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.84, de 2.12.2014). São Paulo: Malheiros.2015.p.484. Nota de rodapé n.5).

⁷² O artigo em comento faz referência a observância do parágrafo único do art.169, o qual foi revogado.

férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

O art.93, *caput*, preceitua que Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os enumerados nos incisos do próprio artigo. A referida Lei Complementar ainda não foi editada, fazendo seu papel a Lei Complementar n. 35/79, a lei Orgânica da Magistratura - LOMAN.

O inciso II do art.96 confere a iniciativa ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça para propor ao Poder Legislativo respectivo⁷³: a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; a criação ou extinção dos tribunais inferiores e a alteração da organização e da divisão judiciárias.

Note-se que são os próprios tribunais que julgarão seus membros por infrações cometidas (art.96,III⁷⁴; art.102,II,b e c⁷⁵; 105,I,a⁷⁶ e 108,I,a⁷⁷ todos da CF). Verifica-se aqui o foro especial por prerrogativa de função aos membros do poder judiciário.⁷⁸

O art.99 veicula comando que permite aos tribunais a elaboração de suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na Lei de

⁷³ Observado o disposto no art.169 da CF que trata da despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁷⁴ Art. 96. Compete privativamente: [...] III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

⁷⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe [...] I - processar e julgar, originariamente:[...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

⁷⁶ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

⁷⁷ Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: I - processar e julgar, originariamente: a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; [...]

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luis. Comentário ao art.96 IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva: Almedina.2018.p.1432.

Diretrizes Orçamentárias (art.165,II). A proposta será encaminhada, ouvidos os outros tribunais interessados: no âmbito da União, pelos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores e no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, em ambos os casos, com a aprovação dos respectivos tribunais (Incisos I e II do § 2º do art.99) ⁷⁹.

1.2.3 Imparcialidade.

O princípio da imparcialidade não está expresso na CF. O fato de não existir previsão expressa na constituição não implica que o referido princípio não existe em nosso ordenamento. Como destacamos no início deste trabalho, o juiz é independente e vinculado a lei. Uma vez que autor e réu se manifestem, o juiz decidirá unicamente com base na lei. Quando o juiz não é imparcial, a lei não será o único vetor que guiará sua decisão. A relação de parentesco com uma das partes, o interesse no resultado, a inimizade ou amizade com uma das partes, entre outros motivos, pode exercer influência na decisão do juiz.

São três os dispositivos constitucionais que veiculam preceitos relativos à imparcialidade do juiz: o parágrafo único do art.95, que veicula as vedações àqueles que exercem o cargo de magistrado e os incisos XXXVII e LIII do art.5º todos da CF, o primeiro preceituando que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e o segundo preceituando “que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Os dois incisos do art.5º concretizam o princípio do juiz natural.

Nelson Nery Junior esclarece que o Princípio do Juiz Natural é tridimensional dele decorrendo três mandamentos: “[...] 1) não haverá juiz ou tribunal “ad hoc”, isto é, tribunal de exceção; 2) todos tem todos tem o direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial.”⁸⁰ Verificamos por essa abordagem que a imparcialidade decorre do Princípio do Juiz Natural.

⁷⁹ Caso uma ou mais propostas orçamentárias não seja encaminhada dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados na forma dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias (§ 3º do art.99). Se as propostas orçamentárias forem encaminhadas em desacordo com esses limites, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual (§ 4º do art.99). O § 5º do art.99 preceitua que “durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais”.

⁸⁰ NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 13ª Ed. São Paulo: RT.2018.p.166.

Cassio Scarpinella Bueno destaca que o sentido tradicional desse princípio veda a criação, “[...]a partir de um específico fato concreto, um órgão judiciário que tenha competência para julgar o caso[...]”.⁸¹ O juiz natural é aquele que tem a competência exclusiva para julgar o caso, excluindo todos os demais, evitando-se dessa forma manipulações indesejáveis.⁸²

A imparcialidade do juiz está diretamente relacionada à sua pessoa e ao fato do órgão jurisdicional estar pré-constituído ao caso que por ele será analisado⁸³. No que diz respeito à pré-constituição do órgão que irá julgar o caso, temos as regras relativas à competência. São essas regras, disciplinadas na CF, no CPC e em outros dispositivos normativos que indicarão qual o órgão do judiciário competente para analisar a causa.⁸⁴ Com base na Lei/Constituição é que será determinada a competência para o julgamento de uma causa, sendo vedado, aos órgãos administrativos dos tribunais determinarem a competência por meio de resoluções e provimentos dos tribunais, salvo quando autorizados por lei⁸⁵.

Note-se, como bem salienta Nelson Nery Junior, é direito da parte ter seu caso analisado pelo Juiz Natural⁸⁶, sendo que, antes de “[...] afirmadas e confirmadas a competência e a imparcialidade do juiz para julgar determinada causa, não pode o magistrado ingressar no exame de questões processuais ou de mérito, sob pena de violar-se a garantia constitucional do juiz natural[...]”⁸⁷. Araken de Assis destaca que a garantia do juiz natural envolve considerações de ordem subjetiva, em função do direito da parte a ser julgado por juiz independente e imparcial.⁸⁸ Feitas estas considerações destaca que “[...] a pessoa do juiz (e não, o órgão

⁸¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 5ª Ed. (revista, ampliada e atualizada). São Paulo: Saraiva. 2018.p.56. (destaques do original)

⁸² COUTINHO, Jacinto. Comentário ao inciso LIII do art.5º IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2018.p.456.

⁸³ “Tribunal de exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a existência prévia do tribunal. Diz se que o tribunal é de exceção quando de encomenda, isto é, criado *ex post facto* (ou a *posteriori*), para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém , tudo acertado previamente. Enquanto o juiz natural é aquele previsto abstratamente , o juízo de exceção é aquele designado para atuar no caso concreto ou individual.” (NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 13ª Ed. São Paulo: RT. 2018.p.167).

⁸⁴ Nelson Nery Junior esclarece que no âmbito do processo civil, o Princípio do Juiz Natural só se aplica às hipóteses de competência absoluta: “É importante salientar que o princípio do juiz natural, como mandamento constitucional, aplica-se, no processo civil, somente às hipóteses de competência absoluta, já que preceito de ordem pública. Assim, não se pode admitir a existência de mais de um juiz natural, como corretamente decidiu a corte constitucional italiana. A competência cumulativa ou alternativa somente é compatível com os critérios privatísticos de sua fixação, isto é, em se tratando de competência relativa”. (NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 13ª Ed. São Paulo: RT. 2018.p.169).

⁸⁵ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos* . V.I 2ª Ed (revista e atualizada). São Paulo: RT. 2016.p.449.

⁸⁶ NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 13ª Ed. São Paulo: RT. 2018.p.173

⁸⁷ NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 13ª Ed. São Paulo: RT. 2018.p.172.

⁸⁸ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. V.I 2ª Ed (revista e atualizada). São Paulo: RT. 2016.p.450.

judiciário) submete-se às regras inerentes ao regime da imparcialidade (recusa do juiz impedido ou suspeito). Não poucos localizam a imparcialidade o fundamento do juiz natural[...].⁸⁹

Araken de Assis faz ainda uma observação, destaca que o direito ao juiz natural tem por escopo garantir o julgamento impessoal da parte. Ressalta que esta “[...] não é garantia absoluta, pois não oferece blindagem contra as inclinações ideológicas do homem e da mulher ocupantes do órgão criado por lei[...].”⁹⁰

O sistema jurídico traz mecanismos que procuram garantir ou ao menos minimizar a parcialidade do magistrado. Tais mecanismos consistem nas vedações previstas no parágrafo único do art.95 da CF e as disposições relativas ao impedimento (arts.144 e 146 do CPC) e da suspensão do juiz (art.145 do CPC).

Nos incisos do parágrafo único do art.95 da CF⁹¹ veiculam vedações àquele que exerce a função de magistrado. A esse respeito, José Afonso da Silva esclarece que as referidas vedações se referem a restrições formais aos juízes para que seja preservada a imparcialidade destes, destacando que na “[...] verdade, cuida-se aí, ainda, de proteger a sua independência e, conseqüentemente, do próprio Poder Judiciário[...].”⁹²

A primeira vedação consiste na de exercer outro cargo ou função salvo uma de magistério (inciso I)⁹³. O referido dispositivo estabelece rigidez em relação à remuneração do magistrado⁹⁴. Esta decorrerá basicamente dos seus proventos como magistrado, permitindo-se como exceção à regra o exercício de uma função de magistério. A Resolução nº 34 de

⁸⁹ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. V.I 2ª Ed (revista e atualizada). São Paulo: RT.2016.p.449.

⁹⁰ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. V.I 2ª Ed (revista e atualizada). São Paulo: RT.2016.p.451.

⁹¹ Parágrafo único. Aos juízes é vedado:
I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
III - dedicar-se à atividade político-partidária.
IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.38ª Ed. (revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.84, de 2.12.2014) . São Paulo: Malheiros.2015.p.598.

⁹³ Merece atenção o fato de que o exercício de cargo ou função de magistério enseja o impedimento do juiz quando se tratar de processo da instituição a que está vinculado, conforme se observa no inciso VII do art.144 do CPC, que possui a seguinte redação: Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: [...]“em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços”

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio. Comentário ao art.95 IN:GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina.2018.p.1429

24/04/2007 do CNJ disciplina como se dará o exercício da função de magistério prevista no inciso I do parágrafo único do art.95 da CF.⁹⁵

É ainda vedado ao magistrado receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo e auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei. Tais recebimentos, uma vez ocorridos, irão interferir na imparcialidade do magistrado, dado que podem torná-lo interessado na causa (incisos II e IV). O inciso III trata da vedação do exercício de atividade político-partidária pelo magistrado.

O inciso V, introduzido pela EC 45/2004 veda ao magistrado exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. Trata-se da instituição da quarentena no âmbito do poder judiciário visando evitar situações geradoras de suspeição quanto ao funcionamento do judiciário⁹⁶.

As vedações são relativas ao magistrado. Caso as situações nelas previstas fossem permitidas, uma vez que ocorressem em larga escala, ensejariam suspeição à instituição do Poder Judiciário como um todo.

⁹⁵ “O alcance da vedação foi tema da ADI – MC 3.126, ajuizada contra a Resolução n.336, do Conselho de Justiça Federal, que dispunha sobre o acúmulo do exercício da magistratura com a atividade de magistério, no âmbito da Justiça Federal, possibilitando ao magistrado apenas o exercício de ‘um único’ cargo de magistério, público ou particular. A referida resolução trazia, ainda, diversas restrições ao exercício, pelo magistrado, do magistério, como a exigência de compatibilidade de horário, salvo quando a docência fosse praticada em escolas de aperfeiçoamento da própria magistratura. Em apreciação cautelar, a maioria do Supremo Tribunal Federal entendeu que não violavam a Constituição as exigências quanto à compatibilidade de horário, mas a restrição quanto ao exercício de “um único” cargo de magistério era incompatível com o art.95, parágrafo único I, da Constituição, uma vez que a teleologia da norma constitucional é a de impedir o exercício da atividade de magistério que se revele incompatível com os afazeres da magistratura, razão pela qual cada caso deve ser analisado na sua concretude, para evitar distorções na própria dicção da norma constitucional. Com efeito, mediante a expressão ‘uma de magistério’ tem a Constituição o objetivo de impedir que a cumulação autorizada prejudique, em termos de horas efetivas destinadas ao magistério, o exercício do ofício de magistrado. Não cuida a norma do número de cargos ou funções de magistério que o magistrado poderá exercer. O que importa, de fato, é o tempo utilizado pelo magistrado para o exercício do magistério em face do tempo reservado à atividade judicante. Isso porque poderá ocorrer que o exercício de um único cargo ou função demande quarenta horas ou que o magistrado-docente, mesmo sendo titular de um único cargo de professor, ministre um número de aulas muito superior a outro que cumpra funções em diversos cursos. Na interpretação da norma constitucional, há que se levar em conta as variadas hipóteses de cargas horárias e regimes de trabalho contemplados pelas Faculdades e Universidades brasileiras. Nesse sentido, o acórdão bem explicita que, dessa forma, mesmo um único cargo poderia, dependendo das circunstâncias específicas, burlar as regra constitucional. Ressalte-se que, posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.34, 24 de abril de 2007, que, na sua motivação adota a interpretação dada a matéria pela Suprema Corte quando da apreciação da referida medida cautelar. (MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio. Comentário ao art.95 IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina.2018.p.1429).

⁹⁶ FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional.14ª Ed. São Paulo: Saraiva.2019.p.1153.

Os arts.144 e 147 do CPC, veiculam as hipóteses em que se verifica o impedimento do juiz, ao passo que o art.145 do CPC veicula em seus incisos as hipóteses que trata da suspeição. As situações que geram impedimento constituem hipóteses em que a imparcialidade do juiz está fortemente comprometida.

Verifica-se impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: quando interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha (art.144,I); de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão (144,II); quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive (144,III); quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive (144,IV); quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo (144,V); quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes (144,VI); em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços (144,VII); em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório (144,VIII); quando promover ação contra a parte ou seu advogado (144,IX) e quando 2 (dois) ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, o primeiro que conhecer do processo impede que o outro nele atue, caso em que o segundo se escusará, remetendo os autos ao seu substituto legal (art.147).

O impedimento é um vício mais grave. O vício por si só, impede que o juiz analise a causa. A imparcialidade do juiz é pressuposto processual de validade do processo.⁹⁷ Dessa forma, os casos de impedimento podem ser alegados a qualquer tempo^{98 99}. O vício é tão grave que constitui hipótese para a propositura de ação rescisória (art.966,II do CPC)¹⁰⁰. Note-se que

⁹⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.311-312.

⁹⁸ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...]IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; [...] § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado. [...]

⁹⁹ É preferível que o vício seja suscitado no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento do fato, conforme preceitua o art.146 do CPC.

¹⁰⁰ ROQUE, André Vasconcelos. Comentários ao art. 145 do CPC. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p.475

no impedimento existe presunção absoluta da parcialidade do magistrado, o que enseja que a prova do vício se faça de forma objetiva¹⁰¹. Assim, por exemplo, preceitua o inciso V do art.144 que está impedido o juiz “quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo”. A prova do fato só poderá ser feita por meio de documentação que comprove que o juiz é sócio ou membro de direção/administração de pessoa jurídica. As causas que geram impedimento estão enumeradas de forma taxativa.¹⁰²

As situações que geram suspeição são consideradas menos graves no que diz respeito ao comprometimento da imparcialidade do juiz. É considerado suspeito o juiz: se amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados(art145,I); que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio (art.145,II); quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive (art.145,III) e se interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes(art.145,IV).

Tratam-se de vícios de natureza subjetiva, que podem comprometer (ainda que de forma involuntária) a capacidade de o magistrado analisar o caso com isenção. Devem ser obrigatoriamente arguidas no prazo de 15 dias, a contar do conhecimento do fato que origina a suspeição, como previsto no art.146 do CPC. Caso o vício não seja suscitado nesse período, será convalidado.¹⁰³ Tratam-se de situações em que a parcialidade é relativa, isto é, pode ser afastada com prova em contrária.¹⁰⁴ Ao contrário do impedimento, não se trata de pressuposto processual de validade.¹⁰⁵ Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres destacam que o rol disposto nos incisos do art.145

¹⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT,2018,p.2057. Comentário ao art.144. notas 3 e 4.

¹⁰² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P. 312.

¹⁰³ ROQUE, André Vasconcelos. Comentários ao art. 145 do CPC. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p.475

¹⁰⁴ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT,2018,p.2057. comentário ao art.144. notas 2 e 3.

¹⁰⁵ “Cumpre, porém, ressaltarmos que o pressuposto processual da imparcialidade só não estará presente se o juiz for *impedido*. A distinção entre os dois institutos é importante, porque, enquanto a suspeição se assenta em vício que é resolvido ou é sanado no desenvolvimento do processo, o impedimento não se convalida endoprocessualmente, dando oportunidade, inclusive, à ação rescisória, caso a decisão de mérito proferida por juiz impedido transite em julgado (art.966,II, do CPC/2015).” (destaques do original) (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*.18ª Ed. São Paulo: RT, 2019.p.204).

do CPC não é taxativo. Ressaltam que “[...] mostra-se difícil, senão impossível, ao legislador antever todas as possibilidades de vínculos subjetivos que possam colocar em risco a equidistância que o julgador deve manter das partes[...]”¹⁰⁶. Chamam a atenção para o uso de conceitos vagos na elaboração das hipóteses de casos de suspeição, dando atenção especial ao inciso IV.¹⁰⁷ Só com a análise do caso concreto é que se poderá verificar o referido interesse.¹⁰⁸

Outro ponto a ser destacado é o de que caso o magistrado, por algum motivo (trabalho doutrinário, palestra,...), expresse sua opinião sobre um tema jurídico e posteriormente venha a julgar uma causa em que o mesmo tema seja veiculado, não incorrerá no vício de imparcialidade. Tal se dá por não se verificar pré - julgamento da causa.¹⁰⁹

O art.148 estende as causas de impedimento suspensão ao membro do Ministério Público, aos auxiliares da justiça (perito, intérprete, mediador e conciliador judicial) e aos demais sujeitos imparciais do processo¹¹⁰. Em nosso sentir, esse dispositivo generaliza o regramento relativo ao impedimento e suspensão para todo o Poder Judiciário, zelando pela imparcialidade de toda a estrutura na qual o juiz está inserido.

1.4 A vinculação a lei: o princípio da legalidade.

1.4.1 A lei.

O inciso II do art.5º da Constituição Federal, que preceitua que:

¹⁰⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. p.313.

¹⁰⁷ “O juiz que tem interesse na causa não pode julgá-la (*nemo iudex in causa sua*). O interesse referido no CPC /1973 135 V e no CPC 145 IV é o *próprio e direito*, isto é, interesse que possa transformá-lo em verdadeira parte processual, violando-se o princípio *nemo iudex in causa sua*, de modo que não haverá mais dúvida quanto a imparcialidade do juiz, mas sim presunção de que ele é parcial. O interesse direto do juiz na causa pode ser de natureza ‘econômica’ ou ‘jurídica stricto sensu’, que poderá existir, por exemplo, quando ‘a sentença a ser proferida possa ter repercussão jurídica ou de fato sobre sua relação substancial da qual o juiz seja parte. Como interesse *jurídico* podemos citar o caso do garante, do fiador, do coobrigado; com interesse *de fato*, a promessa feita ao juiz, sem forma juridicamente vinculante, de vender-lhe o bem objeto da ação.” (destaques do original) (NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*.13ª Ed. São Paulo: RT,2018.p.174-175).

¹⁰⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. p.312.

¹⁰⁹ NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*.13ª Ed. São Paulo: RT,2018.p.174.

¹¹⁰ “O inciso III do art. 148 se refere aos demais sujeitos imparciais do processo, aos quais as causas de impedimento e suspeição também se aplicam. O legislador nesse ponto foi cuidadoso, deixando uma válvula aberta para o caso de, além dos auxiliares já especificados no art.149, haver outros, previstos em leis esparsas, bem como surgirem, ao longo do tempo, outras atribuições de apoio ao juiz no desempenho da atividade jurisdicional. A todos será aplicável a disciplina acerca dos impedimentos e suspeição[...].” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.p.331).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

Este dispositivo consagra o princípio da legalidade. A consagração do princípio da legalidade na CF de 1988 decorre do princípio do Estado de Direito. Em outros termos, o estado brasileiro, ao adotar esse princípio em sua constituição, rege-se pelo direito. J.J. Gomes Canotilho esclarece o conteúdo desse princípio, *verbis*:

“(...) O **direito** compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir essa função ordenadora o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria instituições. Articulado medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, *medida material e forma* de vida colectiva (K.Hesse). Forma e conteúdo pressupõem-se reciprocamente como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da *justiça*, da efectivação de *valores* políticos, económicos, sociais e culturais; como *forma*, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais de modo a evitar acções e comportamentos arbitrários e irregulares de poderes públicos.[...]”¹¹¹

Canotilho esclarece ainda que o estado de direito é um estado constitucional, no qual a constituição é suprema (supremacia da constituição). Destaca que o estado de direito pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos, a qual confere medida e forma a ordem estatal e aos órgãos dos poderes públicos. Daí que os dispositivos constitucionais consistem numa ordenação normativa fundamental dotada de supremacia na qual o primado do direito do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.¹¹²

Decorre da supremacia constitucional que as leis devem ser elaboradas conforme o procedimento previsto na constituição e ter seu conteúdo em conformidade com a constituição (conformidade material). Da mesma forma todos os demais atos do estado devem estar em

¹¹¹ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003,p 243-244. (destaques do original)

¹¹² GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003,p 246.

conformidade com a constituição. Trata-se aqui de conformidade relativa a ação e a omissão, em função do não cumprimento do dever de legislar previsto na constituição.¹¹³

Feitas essas considerações podemos analisar no que consiste a lei que vincula os juízes. Eduardo Garcia de Enterria e Tomás – Ramón Fernández esclarecem que:

“[...] a Constituição, como norma básica do ordenamento, precede à Lei na ordem hierárquica e vincula positivamente seu conteúdo. A liberdade de agir do legislador encontra aqui seu limite: a Lei não pode contradizer os preceitos e princípios constitucionais, sob pena de invalidez (inconstitucionalidade).”¹¹⁴

Gilmar Mendes e André Rufino do Vale ressaltam ainda um outro aspecto da lei. Trata-se do viés democrático do conceito de lei, a qual é originada por um órgão de representação popular tendo por base o processo legislativo estabelecido na constituição, sendo expressão da autodeterminação cidadã e do autogoverno da sociedade.¹¹⁵

Vemos que a lei é a norma escrita superior entre todas, mas inferior a constituição, não podendo contradizer os princípios constitucionais. Eduardo Garcia de Enterria e Tomás – Ramón Fernández esclarecem essa relação de forma lapidar:

“[...] a Lei (dentro do sistema constitucional) é a norma escrita superior dentre todas (no marco da Constituição, que, como pudemos ver no capítulo anterior, é *norma normarum*, com supremacia geral e absoluta), a qual por isso prevalece diante de qualquer outra fonte normativa e à qual nenhuma pode resistir, como “expressão da vontade popular”, nos termos do preâmbulo da Constituição.”¹¹⁶

Todos os atos normativos decorrentes dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo (outros atos que não a lei); da administração e dos particulares estão submetidos à autoridade da lei. Em outros termos, nenhum desses atos pode contrariar a lei e muito menos a

¹¹³ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003,p 246.

¹¹⁴ ENTERRIA, Eduardo García de.; FERNÁNDEZ; Tomás – Ramón. Curso de Direito Administrativo. Vol.I.16ª Ed. São Paulo: RT.2015.p.139.

¹¹⁵ “O termo ‘lei’ não pode deixar de ser também entendido em seu sentido formal, como a norma produzida pelo órgão competente (parlamento) e segundo o processo legislativo previstos na Constituição. Tem relevância, nesse âmbito, o viés democrático do conceito de lei, como ato originado de um órgão de representação popular (expressão da vontade coletiva ou de uma *volonté general*) legitimado democraticamente. A lei, segundo esse conceito democrático, é entendida como expressão da autodeterminação cidadã e do autogoverno da sociedade.” (MENDES, Gilmar Ferreira; RUFINO DO VALE, André. Comentário ao inciso II do art.5º *IN*:GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina.2018.p.253.).

¹¹⁶ ENTERRIA, Eduardo García de.; FERNÁNDEZ; Tomás – Ramón. Curso de Direito Administrativo. Vol.I.16ª Ed. São Paulo: RT.2015.p.129-130.

constituição. Da mesma forma, tanto a lei, quanto os demais atos normativos decorrentes do poder público, estão submetidos à constituição. A lei só deixará de ter autoridade se declarada inconstitucional ou se revogada.

Tendo por base que tanto as leis como os demais atos do estado devem estar em conformidade com a constituição, verificamos que quando o juiz decide, não pode fazê-lo com base, unicamente, na lei. Deve ter como parâmetro também a Constituição.

Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale esclarecem que o conceito de legalidade previsto no inciso II do art.5º faz referência ao ordenamento jurídico em sentido material, o termo lei é utilizado com a acepção de norma jurídica independentemente de sua forma.¹¹⁷ Pode-se falar um “Bloco de Legalidade ou Constitucionalidade”, que engloba tanto a lei como a constituição.^{118 119} No Bloco também estão incluídas as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis delegadas, as medidas provisórias¹²⁰ e os tratados internacionais¹²¹. Dessa forma, concluem que:

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; RUFINO DO VALE, André. Comentário ao inciso II do art.5º *IN:GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz* (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva: Almedina.2018.p. 253).

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; RUFINO DO VALE, André. Comentário ao inciso II do art.5º *IN:GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz* (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva: Almedina.2018.p.253-254.

¹¹⁹ “O primeiro significado do termo lei diz respeito, assim, à própria Constituição. É certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade estatal. Esses comandos normativos podem possuir a estrutura de regras ou princípios. No primeiro caso, a prescrição detalhada e fechada da conduta deontologicamente determinada estabelece uma estrita vinculação dos Poderes Públicos. Por exemplo, a regra da anterioridade tributária descrita pelo enunciado normativo do art.150,III, da Constituição. No caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa certas margens de ‘livre deliberação’ (*freie Ermessen*) aos Poderes do Estado. Assim ocorre quando a Constituição, em seu art.37, determina a obediência, pela Administração Pública, à moralidade e à impessoalidade.” (destaques do original) (MENDES, Gilmar Ferreira; RUFINO DO VALE, André. Comentário ao inciso II do art.5º *IN:GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz* (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva: Almedina.2018.p.254).

¹²⁰ “Nesse bloco de legalidade estão incluídos igualmente as emendas constitucionais (art.60), as leis complementares, as leis delegadas (art.68) e as medidas provisórias (art.62), estas como atos equiparados à lei em sentido formal. São os atos normativos igualmente dotados de *força de lei* (*Gesetzeskraft*), ou seja do poder de inovar originariamente na ordem jurídica. [...] Na ordem jurídica brasileira, os decretos e regulamentos não possuem valor normativo primário, de forma que têm função meramente regulamentar da lei. Assim pode-se afirmar que no sistema constitucional brasileiro não são admitidos os regulamentos e decretos ditos autônomos ou independentes, mas apenas os de caráter executivo(art.84,IV) e os de natureza organizatória (art.84,IV), os quais possuem função normativa secundária ou subordinada à lei.(...)” (MENDES, Gilmar Ferreira; RUFINO DO VALE, André. Comentário ao inciso II do art.5º *IN:GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz* (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva; Almedina.2018.p. 254.). (destaque do original).

¹²¹ Também os tratados internacionais ratificados pelo Brasil constituem atos equiparados à lei em sentido formal, igualmente dotados de força de lei, com especial relevância para os tratados de direitos humanos, os quais, com status de *supralegalidade*, situam-se na ordem jurídica num patamar entre a lei e a Constituição, tal como fixado na recente jurisprudência do Supremo Tribunal! Dessa forma, possuem os tratados internacionais de direitos humanos efeito *revogador* da legislação interna anterior que com eles seja incompatível, assim como um efeito *paralisador* ou *impeditivo* da eficácia das leis contrárias posteriores. O princípio da legalidade, nesse sentido, converte-se em princípio da legalidade comunitária (Canotilho), englobando as normas jurídicas de direito internacional aplicáveis na ordem jurídica interna. MENDES, Gilmar Ferreira; RUFINO DO VALE, André.

“Quando a Constituição, em seu art.5º,II, prescreve que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, por ‘lei’, pode-se entender o *conjunto do ordenamento jurídico* (em sentido material), cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecida na própria constituição e nas normas jurídicas dela derivadas, cujo conteúdo seja inovador no ordenamento (*Rechtsgesetze*). O princípio da legalidade, dessa forma, converteu-se em *princípio da constitucionalidade* (Canotilho), subordinando toda atividade estatal e privada à *força normativa da Constituição*.”¹²²

O termo lei constante no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal deve ser entendido como ordenamento jurídico, abarcando a Constituição, as leis, emendas à constituição, leis delegadas, leis complementares, medidas provisórias e tratados internacionais.

Como verificamos no item 1.2.3 houve uma mudança de paradigma, antes baseado na lei (CPC 73), para a norma jurídica e o ordenamento jurídico. O art.8º do CPC é outro exemplo dessa mudança de paradigma:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.¹²³

O juiz deverá aplicar o ordenamento jurídico¹²⁴, devendo observar entre outros parâmetros a legalidade. Constatamos que para o legislador, existe diferença entre ordenamento

Comentário ao inciso II do art.5º IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva; Almedina.2018.p. 254.). (destaque do original).

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira; RUFINO DO VALE, André. Comentário ao inciso II do art.5º IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina.2018.p.253.(grifos no original).

¹²³ A referência ao ordenamento jurídico não se limita ao art.8º. consta dos arts.18 e 140, o art.176 faz referência a ordem jurídica e o art.966,V a norma jurídica. Os artigos mencionados serão reproduzidos a seguir: Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial. Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis. Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar manifestamente norma jurídica; [...]

¹²⁴ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem o que se deve entender por aplicação do ordenamento jurídico: “A regra incide na aplicação, pelo juiz, de todo o ordenamento jurídico brasileiro, onde

jurídico e legalidade. É importante lembrar que a lei ou ato normativo que viole a constituição é inconstitucional e, em nosso sistema compete ao juiz o controle difuso de constitucionalidade, o que enseja a não aplicação de leis e atos normativos que violem a constituição.¹²⁵

O juiz irá aplicar o ordenamento jurídico tendo na lei como ponto de partida¹²⁶ para a construção do raciocínio do juiz ao decidir um caso concreto.

Verificamos dessa forma que a lei, **utilizada neste trabalho como sinônimo de ordenamento**, é uma razão de exclusão (*exclusionary reason*)¹²⁷. Trata-se de uma razão para

estão contidos os princípios gerais do direito, a lei, a súmula vinculante do STF, a jurisprudência dos tribunais, a analogia e os costumes. O magistrado deverá buscar a aplicação do direito observando os fins sociais e o bem comum, aliado aos princípios constitucionais mencionados no dispositivo comentado.” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT.2018.p.231.) Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres apresentam esclarecimentos sobre o tema: “A legalidade há de ser compreendida à luz dos padrões dos nossos dias. Há muitas décadas se vem considerando o entendimento no sentido de que o juiz não está vinculado à lei, em sua literalidade. O juiz está vinculado ao sistema jurídico, que é composto de normas, interpretadas pela jurisprudência, à luz da doutrina. Estes elementos (a jurisprudência e a doutrina) funcionam como “filtros” em relação ao texto da lei. É o resultado deste “filtro” que o juiz está vinculado. Assim, pode-se imaginar ou enxergar o direito na figura de um tripé: lei, doutrina e jurisprudência.” (destaques no original) ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.p.72.).

¹²⁵ “[...]Quando o art.8º alude a ‘princípio da legalidade’, está-se a exigir, em verdade, que o juiz julgue em conformidade com o Direito, com o ordenamento jurídico, com o sistema normativo aplicável ao caso, devendo realizar o controle de constitucionalidade e não aplicar a lei inconstitucional. [...]”. (CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Art.8º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p.50). “Importa acentuar a despeito do silêncio do art.8º, que cabe ao magistrado, sempre e invariavelmente, também contrastar a constitucionalidade das leis, formal e substancialmente, para atender o disposto no art.1º, o que, no âmbito dos tribunais, por imposição do art.97 da CF, deve ser observado no procedimento regulado pelos arts.948 a 951 do CPC de 2015”. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2019.p.116).

¹²⁶ “Vivendo numa sociedade juridicamente organizada, o jurista sabe que há critérios gerais, direitos comuns, configurados em normas chamadas leis, estabelecidas conforme a constituição do país. Nesse contexto, ele invoca um primeiro princípio geral para iniciar seu raciocínio: o princípio da legalidade. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ele pode ter dúvidas quanto à legitimidade da ordem jurídica em que vive. Pode, por exemplo, segundo um juízo subjetivo, considerar aquela ordem como autoritária, antidemocrática. Para seus objetivos, porém é preciso encontrar um ponto inegável de partida, que possa ser generalizado. Até – se, pois, ao princípio. E busca nas leis do país uma regra que lhe seja conveniente.” (SAMPAIO FERRAZ JR., Tercio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas. 2017.p.67).

¹²⁷ A terminologia é utilizada por Joseph Raz no livro *Practical Reasons and Norms* (RAZ, Joseph. *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press). Uma pessoa ao decidir tem uma gama grande de razões para tomar sua decisão. Por exemplo as razões *p* e *q*. Pode ocorrer de a razão *p* ser uma razão mais forte para ele decidir. Essas seriam razões de primeira ordem. A razão de segunda ordem é uma razão para decidir ou não com base em uma (ou mais) razão(ões) de primeira ordem. No caso uma razão de segunda ordem é uma razão para agir ou deixar de agir em função de uma razão de primeira ordem. Quando a razão de segunda ordem tem por efeito que não se aja por meio de determinada razão esta será uma razão de exclusão (*exclusionary reason*). Merece atenção que não se trata de um conflito entre razões de primeira ordem, como ocorre com as razões *p* e *q*, no qual a razão com maior força prevalece. A razão de exclusão (*exclusionary reason*), por ser uma razão de segunda ordem, sempre prevalece sobre razões de primeira ordem. Uma lei (norma) pode ser uma razão de exclusão (*exclusionary reason*) ou mesmo uma razão de exclusão e uma razão de primeira ordem. Caso em que sua conduta nela prescrita deverá ser seguida e ao mesmo tempo as demais condutas possíveis excluídas. (RAZ, Joseph. *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press. p. 35-48 e 73-84).

excluir outras razões para a prática de um ato. Pode também a lei ser uma razão de exclusão e ao mesmo tempo uma razão de primeira ordem. Da mesma forma que afasta outras formas de agir/decidir, impõe uma forma de agir/decidir.

Sendo o juiz/ Poder Judiciário vinculados ao ordenamento, estão vinculados tanto às regras de direito material, quanto á regras de direito processual. A lei disciplina não só o direito aplicado pelo juiz, mas todo o processo que desembocará na decisão judicial, na qual a lei será aplicada. Da mesma forma é a constituição e a lei que determinam que a jurisdição é inafastável, bem como determinam e dão os contornos da independência do juiz. Dessa forma os princípios constitucionais e dispositivos legais relativos ao processo como o do devido processo legal (art.5º, LIV), contraditório (art.5º, LV e art.9º e 10º do CPC), inafastabilidade da jurisdição (art.5º, XXXV), fundamentação das decisões judiciais (art.93, IX e § 1º do art.489 do CPC), para exemplificar, guiarão a atividade do juiz. O ordenamento estabelece as regras do sistema, isto é, as regras que norteiam a atuação dos particulares, dos magistrados e demais agentes públicos.

Problema que surge é o da indeterminação dos termos utilizados nos textos legais. Termos vagos, ambíguos incertos são utilizados nos textos legais, o que torna a aplicação do texto legal extremamente complexa. Isso fica potencializado com o desenvolvimento de novas técnicas legislativas como às cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

1.4.2 As novas técnicas legislativas.

Vamos tratar nesse item das novas técnicas de redação das leis, mais precisamente dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais.

As mudanças na forma de redação das leis ocorreram a partir da segunda metade do século XX. De forma pontual foram adotadas técnicas legislativas que dão a característica de concreção e individualidade às leis.¹²⁸ Dentre as novas técnicas de redação utilizadas, destacamos o uso de cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.¹²⁹

¹²⁸“Assim, irrompem na linguagem legislativa indicações de valores, princípios, diretrizes sociais, programas e resultados considerados desejáveis para o bem comum e a utilidade social, bem como empregam-se terminologias científicas, econômicas, sociais compatíveis com os problemas da idade contemporânea. Passam a ser formuladas nos códigos civis e nas leis especiais, disposições normativas que fogem àquele padrão enucleado na definição, a mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação pontual e pormenorizada de suas consequências.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 2ª Ed. São Paulo: Saravia. 2018. p.132).

¹²⁹ “Essas são as normas abertas, ou, vagas, ou, ainda, enunciados elásticos, porosos ou dúcteis, gênero que abrange várias espécies normativas caracterizadas pela ausência, na hipótese legal, de uma prefiguração descritiva ou especificativa, bem como é singularizada pelo emprego em seu enunciado de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, e dotados, geralmente, de cunho valorativo. Dentre as normas abertas aninham-se os

Karl English define o conceito indeterminado como “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos.”¹³⁰ Destaca ainda que os conceitos absolutamente determinados são raros no direito, sendo os conceitos numérico exemplo dessa modalidade.¹³¹

Antônio Manuel da Rocha e Menezes Direito esclarece que o conceito é indeterminado quando:

“[...]não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento: polissemia quando tenha vários sentidos, vaguidade quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa, ambiguidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira, porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do termo se deva encontrar e esvaziamento quando falte qualquer sentido útil.”¹³²

Os conceitos indeterminados são expressões linguísticas cujo referencial semântico não é tão nítido não dizendo respeito à objetos fácil, imediatamente e prontamente identificáveis no mundo dos fatos.^{133 134} Em função de suas características permitem que o futuro também seja regulado pelo dispositivo normativo.¹³⁵

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas destacam que:

“Os conceitos, de um modo geral, mesmo os conceitos determinados podem ser vistos como algo que tem uma estrutura interna. Um círculo de certeza de tamanho pequeno, um círculo maior que este, que seria a zona de “penumbra”

princípios normativos, os conceitos indeterminados, as diretivas (<<normas objetivo>>) e as cláusulas gerais.” MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 2ª Ed. São Paulo: Saravia. 2018. p.132.

¹³⁰ ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2008. p.208.

¹³¹ ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2008. p.208.

¹³² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. 11ª Reimpressão. Coimbra: Almedina. 2015. p.1177

¹³³ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT. 2019. p.206.

¹³⁴ Às vezes, a lei se serve de conceitos precisos (por exemplo=um ano) e, por outras vezes, de conceitos que linguisticamente têm sido chamados de conceitos vagos ou indeterminados (por exemplo = união estável, bom pai de família , interesse público etc.) esses conceitos aparecem, aliás, na formulação de princípios e de cláusulas gerais.” (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT. 2019. p. 206.).

¹³⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT. 2019. p.207.

(*Begriffshot*), e um ainda maior, que seria uma outra zona de certeza, agora negativa.”¹³⁶ ¹³⁷

Questão que surge é a relativa à aplicação do conceito jurídico indeterminado. Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas esclarecem que é mais difícil o controle do acerto e desacerto de decisões judiciais baseadas em conceitos jurídicos indeterminados. Ressaltam que o uso de um conceito jurídico indeterminado por um período de tempo razoavelmente longo pode fazer com que o mesmo deixe de ser vago ou que apresente diminuição no seu grau de indeterminação.¹³⁸ Exemplificam a questão com o conceito de família, que com o passar do tempo, passou a ser conceituado de forma mais ampla:

“Em razão das várias formas de se conceber a estrutura familiar, os tribunais têm reconhecido que as uniões heteroafetivas, homoafetivas, união estável, biparentais, monoparentais, bem como pessoas solteiras (separadas ou viúva)s estão abrangidas pelo conceito de família[...].”¹³⁹

Vemos no caso da família, que a constante aplicação do conceito a realidades diversas, deu concretização ao termo, fazendo com que não ficasse restrito ao conceito tradicional de família. No caso, com as mudanças decorrentes da evolução da sociedade, as quais tiveram implicações na evolução do conceito de família, foi possível que a nova conceituação de família fosse abarcada pela legislação. As decisões dos tribunais reconhecendo

¹³⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT.2019.p.209. Karl Engisch, lastreado nos ensinamentos de Philip Heck, explica esse fenômeno com base em dois conceitos: o de núcleo conceitual e o de halo conceitual. Quando temos uma noção clara do conteúdo e da extensão do conceito estamos no núcleo conceitual, sendo que, quando as dúvidas começam, começa o halo conceitual (ENGISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico.10. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2008.p.209). Genaro R. Carrió, ao discorrer sobre a vaguidade, apresenta um exemplo que em nosso entender ilustra bem a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados: “Respecto de todas ellas vale la siguiente metáfora esclarecedora. Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediana zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo en que vivimos y a nosotros mismos llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión”.(CARRIÓ, Genaro R. *Notas Sobre y Lenguaje*.5ª Ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot.2001.p.33-34).

¹³⁷ “[...] Pode-se falar, deste modo, em graus de indeterminação, consoante a impressividade de elementos dados ao intérprete para realizar a concretização, em função da realidade conceitual que se lhe depare. Em princípio, a indeterminação adveniente de polissemia, ambiguidade ou porosidade será menor do que na vaguidade, atingindo um grau máximo nos conceitos vazios: na realidade, ela relativiza-se, nas aplicações diversas, consoante as referências disponíveis.” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*.11ª Reimpressão. Coimbra: Almedina. 2015.p.1180).

¹³⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT.2019.p.210.

¹³⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT.2019.p.212.

como família novas estruturas sociais, deram concretude ao termo e ao mesmo tempo fizeram com que termo abarcasse as novas situações decorrentes da evolução da sociedade. No futuro outras situações podem surgir e podem ser enquadradas no conceito de família expandindo ainda mais o seu alcance. É pertinente ressaltar que a conceituação do conceito de família tem repercussões amplas no ordenamento. Como exemplo destacamos a conceituação da união estável. Note-se que “o objetivo de constituição de família” é essencial para a caracterização da união estável. Sem este objetivo, mesmo que satisfeitas os outros requisitos previstos no art.1723 do Código Civil, não será reconhecida essa forma de união. Com o alargamento do conceito de família, reflexamente ocorre o alargamento das situações que configuram a união estável.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas esclarecem que a interpretação do conceito vago se dá num esquema subsuntivo não clássico. Ressaltam que “[...] quanto menos precisos os parâmetros indicadores de qual deva ser a decisão para aquele caso concreto, menos visível se torna o processo de subsunção”.¹⁴⁰

Barbosa Moreira, destaca que no ato de aplicação, se abre ao aplicador certa margem de liberdade, dado que algo de subjetivo sempre haverá na operação de concretização. Ressalta que não se trata de discricionariedade, dado que esta localiza-se no campo dos efeitos. Frisa que quando se trata de discricionariedade, a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de atuar ou de abster-se, e, no caso de atuar, o poder de escolha dentro de certos limites a providência a ser adotada em função da conveniência e da oportunidade. O conceito jurídico indeterminado, por outro lado, se situa no campo dos fatos. Em comum os dois fenômenos têm a necessidade de prudência do aplicador na aplicação da norma.^{141 142}

A liberdade do aplicador em definir se o fato objeto da análise se enquadra no dispositivo normativo, termina quando é definido seu enquadramento ou não, o que afasta a existência de discricionariedade nos casos em que está envolvido um conceito jurídico indeterminado.

¹⁴⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT.2019.p.215.

¹⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Regras da Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados*. In. *Temas de Direito Processual Civil - 2ª Série*. São Paulo:Saraiva.1988.p.65-66.

¹⁴²“Os conceitos indeterminados integram a descrição do ‘fato’ ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da consequência é que fica entregue a decisão do aplicador.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Regras da Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados*. In. *Temas de Direito Processual Civil.- 2ª Série*. São Paulo:Saraiva.1988.p.66.)

Para exemplificar o que foi dito faremos a análise do art.1723 do Código Civil. O referido artigo preceitua que:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521 ; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Vemos pelo dispositivo que para que a união estável seja reconhecida como entidade familiar, deve atender a determinados requisitos:

- (a) convivência pública;
- (b) contínua;
- (c) duradoura;
- (d) e estabelecida com o objetivo de constituição de família
- (e) não ocorrência dos impedimentos do art.1521, não se aplicando a incidência do inciso VI¹⁴³ no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Note-se que os conceitos jurídicos indeterminados estão no antecedente do texto, ao passo que uma vez caracterizados será reconhecida a união estável. Não se verifica a discricionariedade do magistrado para a tomada da decisão. Basta que os requisitos sejam satisfeitos. O único requisito que não constitui conceito jurídico indeterminado é o relativo aos impedimentos. Todos os demais deverão ser analisados com base no caso concreto. É o caso concreto que determinará se os requisitos estão ou não satisfeitos. A convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família não se caracterizará da mesma forma em todos os casos.¹⁴⁴ É através do fato que será reconhecido o direito. E o fato

¹⁴³ Veda o casamento de pessoas casadas.

¹⁴⁴ RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POS MORTEM. ENTIDADE FAMILIAR QUE SE CARACTERIZA PELA CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA, DURADOURA E COM OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA (ANIMUS FAMILIAE). DOIS MESES DE RELACIONAMENTO, SENDO DUAS SEMANAS DE COABITAÇÃO. TEMPO INSUFICIENTE PARA SE DEMONSTRAR A ESTABILIDADE NECESSÁRIA PARA RECONHECIMENTO DA UNIÃO DE FATO.

1. O Código Civil definiu a união estável como entidade familiar entre o homem e a mulher, "configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (art. 1.723).

2. Em relação à exigência de estabilidade para configuração da união estável, apesar de não haver previsão de um prazo mínimo, exige a norma que a convivência seja duradoura, em período suficiente a demonstrar a intenção de constituir família, permitindo que se dividam alegrias e tristezas, que se compartilhem dificuldades e projetos de vida, sendo necessário um tempo razoável de relacionamento.

3. Na hipótese, o relacionamento do casal teve um tempo muito exíguo de duração - apenas dois meses de namoro, sendo duas semanas em coabitação -, que não permite a configuração da estabilidade necessária para o reconhecimento da união estável. Esta nasce de um ato-fato jurídico: a convivência duradoura com intuito de

não é único. Terá peculiaridades que variam de caso a caso. A técnica legislativa baseada em conceitos indeterminados permite a adaptabilidade do dispositivo a infinidade de casos que podem surgir. As mudanças do modo de vida podem fazer com que a caracterização desses requisitos seja verificada de forma distinta ao longo do tempo. Trata-se de técnica legislativa que permite que a realidade seja “abraçada” pelo texto normativo.

constituir família. Portanto, não há falar em comunhão de vidas entre duas pessoas, no sentido material e imaterial, numa relação de apenas duas semanas.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1761887/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 24/09/2019).

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE PATRIMÔNIO. JUNTADA DE DOCUMENTO EM GRAU RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO, COMO NA HIPÓTESE. REQUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS.

POSSIBILIDADE. INDISCUTIBILIDADE SOBRE A EXISTÊNCIA E MODO DE OCORRÊNCIA DOS FATOS, INCLUSIVE SOB A PERSPECTIVA DAS PARTES.

CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. PRESENÇA CUMULATIVA DOS REQUISITOS DE CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTINUIDADE, DURABILIDADE E INTENÇÃO DE ESTABELECER FAMÍLIA A PARTIR DE DETERMINADO LAPSO TEMPORAL. DATA GRAVADA NAS ALIANÇAS. INSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE DA CONVIVÊNCIA E DE PROVA DA SIMBOLOGIA DAS ALIANÇAS. DATA DE NASCIMENTO DO FILHO. INSUFICIÊNCIA. PROVA SUFICIENTE DE COABITAÇÃO EM MOMENTO ANTERIOR, INCLUSIVE AO TEMPO DA DESCOBERTA DA GRAVIDEZ, COM EXAME ENDEREÇADO À RESIDÊNCIA DO CASAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. DESSEMELHANÇA FÁTICA.

1- Ação distribuída em 11/03/2013. Recurso especial interposto em 11/03/2016 e atribuídos à Relatora em 20/09/2016.

2- O propósito recursal consiste em definir se a prova documental produzida apenas em grau recursal pode ser considerada na definição da data de início da união estável e, ainda, definir o exato momento no tempo em que se configurou a união estável havida entre as partes.

3- A regra segundo a qual somente se admite a juntada de documentos novos em momentos posteriores à petição inicial ou à contestação deve ser flexibilizada em atenção ao princípio da verdade real, devendo ser observado, contudo, o princípio do contraditório, efetivamente exercido pela parte na hipótese. Precedente.

4- É admissível a requalificação jurídica dos fatos quando as decisões judiciais de mérito descrevem, de forma suficiente e harmônica, a existência e o modo pelo qual ocorreram, aspectos sobre os quais, inclusive, inexiste controvérsia até mesmo entre as próprias partes. Não incidência da Súmula 7/STJ.

5- Embora a identificação do momento preciso em que se configura a união estável, deve se examinar a presença cumulativa dos requisitos de convivência pública (união não oculta da sociedade), de continuidade (ausência de interrupções), de durabilidade e a presença do objetivo de estabelecer família, nas perspectivas subjetiva (tratamento familiar entre os próprios companheiros) e objetiva (reconhecimento social acerca da existência do ente familiar).

6- Na hipótese, deve ser afastada a data gravada nas alianças do casal - 25/08/2002 - como termo inicial da união estável, eis que ausente o requisito da convivência pública e diante da ausência de prova da específica simbologia representada pelas referidas alianças, como também deve ser afastada a data de nascimento do filho primogênito - 18/06/2004 - como termo inicial da convivência, eis que produzida prova suficiente de que os requisitos configuradores da união estável estavam presentes em momento anterior.

7- Os elementos de prova colhidos nos graus de jurisdição, interpretados à luz das máximas de experiência e da observação do modo pelo qual os fatos normalmente se desenvolvem, somada a existência de coabitação entre as partes desde Fevereiro de 2003, mantida ao tempo da descoberta da gravidez, ocorrida em 24/10/2003, do primeiro filho do casal, permitem estabelecer essa data como o momento temporal em que a união estável havida entre as partes ficou plenamente configurada.

8- A dessemelhança fática entre o acórdão recorrido e os acórdãos tidos como paradigmáticos impede o conhecimento do recurso especial pela divergência jurisprudencial.

9- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

(REsp 1678437/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 24/08/2018)

Uma vez que o conceito seja aplicado no caso concreto o controle dessa aplicação se dará em função da fundamentação da decisão. O CPC no inciso II do § 1º do art.489 preceitua que não se considerará fundamentada a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”. Sem a devida fundamentação não será possível efetuar o controle da decisão, o que dará margem a arbitrariedade.¹⁴⁵

Karl Engisch esclarece que o conceito de cláusula geral se contrapõe ao conceito de norma casuística. As cláusulas gerais são definidas como “[...] uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.”¹⁴⁶ A norma casuística, por outro lado, consiste “[...] na configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria.”¹⁴⁷

Fornece exemplos para ilustrar suas definições. No caso da hipótese legal casuística trata do §224 do Código Penal alemão. Este preceitua que: Se uma ofensa corporal voluntária “tem como consequência para a vítima a perda dum membro importante do corpo, da visão de um ou de ambos os olhos, da audição ou da capacidade de procriar, ou se a mesma vítima fica duradoura e consideravelmente desfigurada, deve o agente ser condenado a prisão de 1 a 5 anos.”¹⁴⁸ Neste dispositivo os elementos constitutivos da hipótese legal vem descritos de forma discriminada.

No caso da clausula geral, apresenta o §260, primeira parte do Projecto de 1930, que preceitua que: “Se a vítima é gravemente prejudicada no seu corpo ou na sua saúde....”.¹⁴⁹ Nessa hipótese são fornecidos os contornos dos casos que se enquadrariam na hipótese. Não há como no exemplo anterior uma descrição minuciosa das circunstâncias em que a hipótese será satisfeita, mas apenas uma descrição geral que abarca uma grande quantidade de casos, muitos dos quais não previstos pelo legislador.

¹⁴⁵ Antônio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro faz observação a respeito da utilização dos conceitos indeterminados e da argumentação: “Na concretização de conceitos indefinidos, a retórica ganha um interesse particular. Uma vez que só uma decisão do intérprete aplicador a pode levar a cabo, os factores que modelem a sua vontade apresentam-se como argumentos. A não arbitrariedade da solução cifra-se, nesta perspectiva, na autoridade diferente revestida pelos tópicos a considerar, a qual, objectivamente insuflada pelo Direito, permite, através da fundamentação, o controlo das decisões.” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*.11ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.p.1181.).

¹⁴⁶ ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídica*.10.Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.p.229.

¹⁴⁷ ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídica*.10.Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.p.228.

¹⁴⁸ ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídica*.10.Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.p.228.

¹⁴⁹ ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídica*.10.Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.p.229.

Os arts.79¹⁵⁰ e 80¹⁵¹ do CPC tratam de situação em se verifica norma casuística. Trata-se do art.80 que estabelece as situações em que o litigante atua com má-fé. O art.79 traz em sua redação o termo “má-fé”, conceito vago, indeterminado. Note-se que a má-fé deveria ser aferida no caso concreto. Isto é, deveria ser analisada em cada caso concreto a ser decidido, decorrendo das circunstâncias fáticas a sua efetivação. O art.80 enumera em seus incisos o rol de situações em que o litigante terá agido de má-fé. Temos no art.80 do CPC exemplos de norma casuística. A vaguidade do termo má-fé empregado no art.79 foi desfeita com o rol casuístico do art.80. O art.81 prevê multa para aquele que agir de má-fé. Por se tratar de regra que restringe direitos, nos parece que o rol do art.80 é taxativo¹⁵², não excluindo outras hipóteses de litigância de má-fé previstas em lei.¹⁵³

O art.422¹⁵⁴ do Código Civil, por outro lado, faz referência à boa-fé e não específica no que consiste a boa-fé. No que consistiria guardar a probidade e a boa-fé? Essa resposta será obtida com base em casos concretos. O referido dispositivo veicula deveres anexos que devem ser observados pelas partes envolvidas¹⁵⁵. Uma série de situações caracteriza a guarda da

¹⁵⁰ Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

¹⁵¹ Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

¹⁵² “As hipóteses de caracterização objetiva de litigância de má-fé estão arroladas em numerus clausus, taxativamente na norma ora comentada não comportando ampliação.” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT, 2018.p.496. Comentário ao art.80. Nota nº 5).

¹⁵³ O parágrafo único do art.100, o art.142, o § 3º do art.536, os §§ 10 e 11 do art.701 são outros dispositivos previstos no CPC que remetem à litigância de má-fé.

¹⁵⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁵⁵ Anderson Schreiber faz esclarecimentos a respeito dos deveres anexos decorrentes da Boa-fé: “[...]Na função associada ao artigo em comento, a boa-fé objetiva apresenta-se como fonte criadora de deveres anexos à prestação principal, impondo às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato, como o dever de informação, o dever de segurança, o dever de sigilo, o dever de colaboração para o integral cumprimento dos fins contratuais, e assim por diante. Esses deveres *anexos* – também chamados de *acessórios*, *laterais*, *instrumentais* ou *tutelares* – variam de acordo com cada relação jurídica concreta da qual decorram. Por isso mesmo tais deveres independem da vontade das partes, incidindo *quando* e *na medida* em que imponham os parâmetros de mútua lealdade e confiança. Todos esses papéis desempenhados pela boa-fé não se limitam, como poderia fazer crer a redação do art.422, à ‘conclusão’ (*rectius* celebração) do contrato e sua ‘execução’. De um lado, impõe-se que as partes se comportem de modo leal mesmo antes da conclusão do contrato, desde a chamada fase de tratativas, sendo certo que a violação da boa-fé objetiva durante as negociações preliminares pode dar ensejo à *responsabilidade civil pré-contratual*. De outro lado, o exaurimento da execução do contrato, por força do termo final de seu prazo de vigência ou de qualquer outra razão, não exime os contratantes de seguirem observando a boa-fé objetiva, abstando-se, em especial, de qualquer ato que possa frustrar a *posteriori* os efeitos esperados do contrato – hipótese em que a vinculação à boa-fé objetiva deflagra a chamada *responsabilidade pós-contratual* ou *post factum finitum* [...]” (destaques do original) (SCHREIBER, Anderson. Comentário art.422 *IN*: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio; DELGADO, Mário Luiz (coordenadores). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.p.247).

probidade e da boa-fé, bem como a não observância desse preceito. São inúmeras as situações e da mesma forma são imprevisíveis. A mudança de aspectos relativos às partes envolvidas e ao objeto do contrato exercerão influência nessa definição. O fato de a parte ser analfabeta, idosa, inexperiente, produtora do objeto, etc. terão influência na caracterização da guarda ou não da probidade e da boa-fé entre os contratantes. Ademais a caracterização da probidade e da boa-fé variará conforme o momento histórico a ser analisado.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas esclarecem que a cláusula geral “[...] é representativa de uma visão que se deve ter de todo o ‘subsistema’ que lhe diz respeito. O sentido que se dá às normas postas que dizem respeito, por exemplo, à propriedade deve privilegiar a perspectiva de sua função social. Nesta medida, ela incide como se fosse um princípio.”¹⁵⁶ Indica um direito aberto e flexível e que abrange a realidade atual e a que está por vir.¹⁵⁷ Tem esta vocação mais ampla do que as normas com conceito jurídico indeterminado em sua formulação em função de serem compostas, em sua formulação verbal, de conceitos vagos ou indeterminados e por encamparem princípios.”¹⁵⁸

Ressaltam a importância da existência de um consenso em relação ao significado e ao alcance das cláusulas, destacando que:

“As cláusulas gerais, em nosso entender, deve ser dado um sentido normativo pelo intérprete, assim como ocorre, em ponto menor, com os conceitos vagos. Com a maior amplitude, procura o magistrado o sentido de uma cláusula geral, com referência ao caso concreto, permitindo-se o recurso a elementos vindos da esfera social, econômica e moral, que são justamente, de certo modo, *juridicizados* pela cláusula geral.”^{159 160}

Frisam a necessidade de essa técnica legislativa ser mesclada com as técnicas tradicionais, justamente para se evitar um nível de incerteza muito elevado a ponto de não ser suportado. Ressaltam que a incerteza gerada pelas cláusulas gerais só será mitigada pela

¹⁵⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2019. p.220.

¹⁵⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2019. p.207.

¹⁵⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2019. p.219.

¹⁵⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2019. p.220.

¹⁶⁰ Esses elementos devem decorrer do consenso existente na sociedade e não da opinião pessoal do juiz. Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas falam em apreensão do *ethos* dominante. Seria esse *ethos* dominante composto por princípios, direitos fundamentais estando em consonância com os padrões internacionais. (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2019. p.110-114 e 154-156).

consolidação da jurisprudência sobre o tema. Acrescentam ainda a necessidade de se estabelecer um consenso sobre o significado dessas cláusulas, dada a necessidade de respeito ao princípio da legalidade.¹⁶¹

Da mesma forma como no caso dos conceitos jurídicos indeterminados “[...]as cláusulas gerais não contêm qualquer delegação de discricionariedade, pois que remetem para valorações objetivamente válidas[...]”¹⁶².

1.4.3 Os Princípios

Neste tópico analisaremos mais uma mudança ocorrida no direito e que exerce reflexos no conceito de lei. Para começar, vamos analisar a evolução do conceito de princípio ao longo da história. Para tanto vamos nos conduzir pela proposta evolutiva de Ricardo Marcondes Martins¹⁶³. São três as fases pela que passou esse conceito. Na primeira “[...] princípios eram os fundamentos de uma dada disciplina jurídica, seus aspectos mais importantes”¹⁶⁴. Mais relacionado como começo, início, do estudo de uma disciplina.

Na segunda fase a expressão adquire sentido técnico sendo os princípios:

“[...] determinados enunciados do direito positivo, dotados de extraordinária importância para o entendimento de todo o sistema, diante da alta carga valorativa a eles atribuída. Têm conteúdo normativo, pois fazem parte do todo o sistema jurídico, são diretrizes ou vetores de interpretação de todas as normas jurídicas extraídas do sistema, mas não são normas jurídicas autônomas, não possuem a estrutura lógica(H→C) própria das normas jurídicas.”¹⁶⁵

É nessa fase que se situa a famosa definição de princípio utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello em seu Curso de Direito Administrativo:

“Cumpre, pois, inicialmente indicar em que sentido estamos a tomar o termo princípio, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciamos a acepção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos: ‘Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre

¹⁶¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2019.p.219-220.

¹⁶² ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10.Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2008.p.229.

¹⁶³ MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros,2010.p.15.

¹⁶⁴ MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros,2010.p.15.

¹⁶⁵ MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros,2010.p.15.

diferentes normas, compondo - lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência dela, exatamente porquê define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.’ Eis porque: violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra’.”¹⁶⁶

Na segunda fase o princípio é um vetor de interpretação das normas jurídicas, é o que ordena, torna o conjunto de normas um sistema. Não se presta assim a disciplinar a conduta. Presta-se a permitir a avaliação ou possibilitar a compreensão das normas. O princípio não é norma. Para produzir efeitos no mundo fenomênico deve passar por uma prévia elaboração por meio de normas jurídicas.¹⁶⁷

Na terceira fase, os princípios jurídicos, passam a ter a estrutura lógica de normas jurídicas. Dessa forma tanto os princípios quanto as regras jurídicas são normas que positivam um valor sendo possível sua aplicação direta no mundo fenomênico.¹⁶⁸ Os modelos propostos por Robert Alexy e Ronald Dworkin se enquadram nessa fase. As normas são gênero do qual regras e princípios são espécies.^{169 170171}

¹⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Criação de secretarias municipais*. RDP 15-284/286, 1971 *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.54.

¹⁶⁷ MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p.25-26.

¹⁶⁸ MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p.15 e 26.

¹⁶⁹ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1160.

¹⁷⁰ “Deve-se, porém, ter presente o seguinte: a terceira fase não consistia na superação da segunda. Ambas se somaram. Quer dizer: o conceito de princípio da terceira fase não substituiu o conceito de princípio da segunda. Surgiu uma desastrosa ambiguidade na Ciência do Direito: princípio é o nome do mandamento nuclear do sistema e também é o nome do mandado de otimização, é o nome do enunciado lógico e é o nome de uma espécie de norma jurídica. Essa lição deve ser enfatizada: incide em lamentável equívoco quem considera que a segunda fase foi superada. Abdicar do segundo conceito de princípio seria abdicar da estrutura sistêmica do direito e, pois, condenar à morte a Ciência Jurídica. [...]”. (MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p.27.)

¹⁷¹ J.J. Gomes Canotilho esclarece como se dá a diferença entre princípios e regras: “Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das **regras jurídicas**. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à «lógica do tudo ou nada»), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais

J.J.Gomes Canotilho destaca que os princípios possuem um grau de abstração elevado, são vagos e indeterminados, tem papel fundamental e estruturante no ordenamento jurídico, são “[...] «standards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de «justiça» (Dworkin) ou na «ideia de direito» (Larenz)[...]” e são fundamentos das regras.¹⁷² São dotados de elevada vaguidade e não necessariamente precisam estar positivados para existirem¹⁷³.

Os princípios em função da sua elevada vaguidade semântica necessitam de densificação para sua aplicação no ordenamento. Exemplo dessa densificação pode ser observada com os direitos fundamentais, que consistem na densificação dos Direitos Humanos da ordem internacional. Da mesma forma, tem densificação e concretização no Código Civil no que diz respeito aos direitos da personalidade (art.11 a 21), entre outros dispositivos da CF e da legislação.¹⁷⁴ ¹⁷⁵ A densificação e a concretização atingem a plenitude quando esses preceitos são aplicados ao caso concreto. Especial atenção deve ser conferida à previsão do § 1º do art.5º da CF que preceitua a aplicação imediata das normas e garantias fundamentais, o que, permite, a aplicação direta de princípios que veiculam direitos e garantias fundamentais.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em seus comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro esclarecem que quando um princípio geral, é

nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objeto de ponderação e de harmonização, pois eles contém, apenas «exigências» ou «standards» que, em «primeira linha» (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contém «fixações normativas» *definitivas*, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação. valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas). (GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina, 2003.p 1161-1162).

¹⁷² GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003.p 1160-1161.

¹⁷³ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2019.p.87.

¹⁷⁴ Aderimos a proposta da pirâmide semântica de J.J.Gomes Canotilho. Ressaltamos que a referida pirâmide é constituída unicamente com normas constitucionais, ao passo que em nosso modelo admitimos a concretização dos princípios até o caso concreto. Trata-se de uma pirâmide normativa que toma por base a vaguidade semântica. No topo da pirâmide estão os princípios constitucionais com maior vaguidade semântica, ao passo que na base estão as regras com menor vaguidade. A pirâmide possui quatro degraus, sendo os três de nível mais elevado formados por princípios. Os de grau mais baixo são a concretização dos de grau mais elevado, sendo as regras constitucionais a concretização dos princípios que estão no degrau mais baixo. (GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina.2003. p 1174-1175).

¹⁷⁵ “[...]Assim, a expressão *direitos humanos* é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto do modo como cada Estado nacional regula a matéria. *Direitos fundamentais*, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar ‘direitos positivados numa constituição de um determinado Estado’. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão *direitos da personalidade* é empregada na alusão dos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.” (desataques do original) (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*.3ª Ed (revista e atualizada). São Paulo: Atlas, 2014.p.13).

incluído no direito positivo do país, deixa de ser princípio e passa a ser uma cláusula geral.¹⁷⁶ Entendemos que essa afirmação pode ser estendida aos princípios de todas as espécies. Notamos dessa forma uma relação entre as cláusulas gerais e os princípios. Da mesma forma podemos relacionar os princípios com os conceitos jurídicos indeterminados, dado que os princípios são dotados de vaguidade semântica, o que se dá pela utilização de conceitos vagos. Igualdade, segurança jurídica, proteção a confiança, são termos utilizados para nomear princípios e que não definem de pronto o seu significado. É na aplicação do princípio, no caso concreto, que essa vaguidade será eliminada em função da concretização e densificação do princípio.

Os princípios, bem como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados funcionam como poros para que o direito se adapte à realidade que muda a todo o momento. A dignidade humana será entendida de forma distinta em função do momento histórico em que vivemos. O mesmo se aplica à família, boa-fé e a outros conceitos vagos utilizados em cláusulas gerais e princípios. O texto será o mesmo, mas a situação por ele regradada será distinta em relação ao momento histórico em que o mesmo foi redigido.

1.4.4 O caso concreto, a igualdade perante a lei e a uniformização de jurisprudência.

O art.5º em seu *caput* veicula o seguinte preceito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

O início do dispositivo preceitua que “todos são iguais perante a lei”. É o princípio da legalidade que qualifica e dá identidade própria ao Estado de Direito¹⁷⁷. O texto ora analisado nos mostra que o princípio da legalidade tem relação direta com o princípio da

¹⁷⁶ “[...] quando se inclui determinado princípio geral no direito positivo do país (Constituição, leis, etc.), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como *cláusula geral*. Assim, as várias classificações que a doutrina tem compreendido nessa difícil problemática (princípios positivados e não positivados, norma-princípio etc.), passam por caminhos mais tortuosos para chegar-se a solução parecida: o princípio positivado, ou norma-princípio, não é regra de interpretação, mas norma jurídica. Mais técnico e menos confuso dizer-se que se torna cláusula geral, que tem conteúdo normativo e é fonte criadora de direitos e de obrigações.” (NERY Junior, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Leis Constitucionais: comentadas e anotadas*. São Paulo: RT, 2019.p,1337. Comentário ao art.nº 4º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras. Nota nº 1).

¹⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.p.103.

igualdade. A lei é uma e igual para todos e dessa forma regula as ações dos indivíduos da mesma forma. Pessoas que se situem na mesma situação terão seus atos regidos da mesma forma.

Ocorre que o uso das novas técnicas legislativas, somada ao caráter normativo dos princípios, de aspectos envolvendo a redação das leis¹⁷⁸ e da interpretação das leis, comprometem esse aspecto do princípio da legalidade. De um mesmo texto será possível obter várias soluções corretas no momento da aplicação.

Hans Kelsen esclarece isso ao tratar da interpretação em seu livro “Teoria Pura do Direito”. Kelsen analisa como se dá o processo de interpretação e aplicação dos atos normativos destacando que de um mesmo texto é possível extrair uma multiplicidade de interpretações corretas, as quais estão situadas dentro de uma moldura. A totalidade das interpretações situadas dentro dessa moldura teriam igual valor, apesar de uma única se concretizar na aplicação do direito. Dessa forma, dizer que uma sentença está em conformidade com a lei implicaria afirmar que a interpretação nela veiculada está dentro da moldura.¹⁷⁹

Refletindo sobre esta questão, mais precisamente no processo decisório do juiz, verificamos a possibilidade de decisões distintas para casos que veiculem questões jurídicas iguais e que possuam similitude fática. Dada a multiplicidade de possibilidades de interpretações podemos ter uma multiplicidade de possibilidades de soluções para casos concretos similares. Em termos de decisão judicial, implica na chamada dispersão jurisprudencial, numa jurisprudência disforme.

Em função dessa situação, o CPC atual, concedeu maior importância às técnicas de uniformização de jurisprudência, bem como construiu um padrão decisório baseado nessas técnicas.

O caput do art.926 é o dispositivo sede dessa sistemática. O referido dispositivo preceitua que:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

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

¹⁷⁸ Por mais preciso que seja o texto, sempre haverá margem para ambiguidade, incerteza e vaguidade das palavras nele utilizadas. Reiteramos o exemplo anteriormente destacado que faz uso do termo família. No passado era um conceito preciso. No momento atual tornou-se um termo vago. Vaguidade que não decorre da intenção do legislador.

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p.390-391.

Temos nesse dispositivo comando que preceitua que a jurisprudência deve ser uniformizada pelos tribunais, que devem mantê-la estável integra e coerente, e editar enunciados de súmula correspondentes à sua jurisprudência dominante.

Primeiramente temos um dever de uniformização¹⁸⁰¹⁸¹, consiste no dever de os tribunais manterem num mesmo contexto histórico uma jurisprudência uniforme, isto é, que sirva de orientação para que se saiba como o tribunal está decidindo a respeito do mesmo tema. A jurisprudência uniforme servirá de orientação para que as decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário sejam proferidas no mesmo sentido. Dessa forma, serve de baliza para que questões iguais veiculadas em casos similares sejam tratadas da mesma forma.

O dever de estabilidade¹⁸² consiste em “[...] que linhas de decisões constantes e uniformes a respeito de determinadas matérias não podem ser simplesmente abandonadas ou modificadas arbitrariamente ou discricionariamente[...]”¹⁸³. O magistrado não pode decidir ignorando a orientação decorrente da jurisprudência do tribunal. Note-se que a estabilidade não implica em imutabilidade, fato que pode ser observado nos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 927 que fazem referência a alteração/modificação de orientações que uniformizam a jurisprudência de um tribunal.¹⁸⁴ Para que a jurisprudência seja uniforme, deverá ser estável¹⁸⁵, devendo ser alterada só quando se verificar motivo que justifique a alteração.¹⁸⁶ Colocando de outra forma, a

¹⁸⁰ FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. *Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de uniformização e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2019. p.65.

¹⁸¹ Faremos uso da terminologia elaborada por Fábio Victor da Fonte Monnerat no que diz respeito ao comando do *caput* do art.926 do CPC. Para o autor temos quatro deveres previstos no *caput* do art.926: o dever de uniformização, o dever de estabilidade, o dever de coerência e o dever de integridade.

¹⁸² FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. *Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de uniformização e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2019. p.92.

¹⁸³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2016. p.429.

¹⁸⁴ “A forma pela qual o CPC 926 determina que a jurisprudência deve ser mantida estável pode dar, à primeira e apressada leitura, a impressão de que a jurisprudência não poderá ser alterada, pois deverá ser mantida estável. Evidentemente, o sentido da estabilidade pretendido pela lei é o de que a jurisprudência uniforme não deverá ser alterada sem propósito – ou, ao menos, se espera que seja este, pois não se pode pensar em entendimentos que não sejam passíveis de alteração, tendo em vista as transformações sociais e econômicas inerentes à sociedade moderna – o que demonstra, consequentemente, as necessárias coerência e integridade do entendimento jurisprudencial.” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT, 2018. p.2047. Comentário ao art.926. Nota nº 4.).

¹⁸⁵ “O que ocorre, de rigor, é que a *estabilidade pressupõe uniformização*, portanto o art.926 do Código deve ser compreendido em sequência, ou seja, *uma vez uniformizada a jurisprudência, o entendimento uniforme deve ser preservado dali em diante*.”¹⁸⁵ (destaques no original) (FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. *Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de uniformização e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2019. 93.)

¹⁸⁶ “[...] Devem procurar **não alterar** a sua **jurisprudência**, **salvo** quando se estiver frente à **duas hipóteses**: (a) quando o entendimento modificado for reconhecidamente **errado**; (b) quando **alterações** ocorridas no **plano da sociedade** – culturais portanto – exigem que se dê a lei **interpretação diferente** daquela que se tinha dado até então. Portanto, e essa exigência é pressuposto da manutenção da forma sistemática do direito, a jurisprudência dos tribunais do país deve ser uniforme, firme e estável. [...]” (destaques do original) (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. p.1456/1457).

estabilidade implica que a jurisprudência não pode ser alterada a todo o momento sem que exista um motivo que justifique essa alteração.

O dever de integridade¹⁸⁷ consiste no dever do tribunal de decidir tendo em vista todo o ordenamento jurídico. Da mesma forma, os tribunais devem ajustar suas orientações às orientações dos tribunais superiores e ainda as rever quando houver alteração significativa nas orientações desses tribunais.¹⁸⁸ O mesmo se aplica quando houver alteração de lei/ordenamento que exerça influência na jurisprudência dos tribunais. Dessa forma, por exemplo, se o tribunal tem orientação consolidada na jurisprudência sobre determinada questão e ocorre modificação no texto de lei, a orientação dominante na jurisprudência deverá ser revista. O mesmo se aplica aos enunciados de súmula, às teses oriundas de IRDR e recursos repetitivos e as orientações decorrentes de outros meios de uniformização de jurisprudência.

A coerência consiste em que as decisões sejam proferidas tomando por base decisões de casos similares que tratem da mesma questão.¹⁸⁹ Dessa forma, casos análogos devem ser decididos da mesma forma.^{190 191}

¹⁸⁷ FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. *Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de uniformização e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 103.

¹⁸⁸ “A par dos princípios constitucionais integrantes de nosso ordenamento, a jurisprudência dos órgãos de superior hierarquia, sobretudo dos tribunais superiores, deve ser tida como norteadora da formação da jurisprudência dos órgãos inferiores, em especial, tribunais de segundo grau que devem sempre pautar a atuação destes, sob pena de quebra da integridade e ofensa a esse dever estruturante do sistema processual.[...] Por isso, em função do dever de integridade, os tribunais de justiça e regionais federais, ao editarem enunciados de súmula e julgarem incidentes de assunção de competência e de demandas repetitivas, devem observar e respeitar a jurisprudência, os enunciados de súmula e precedentes qualificados do STF e STJ, não fazendo nenhum sentido sistemático a hipótese contrária, isto é, os tribunais de 2º grau de jurisdição editarem súmulas ou precedentes qualificados, com a potencialidade de se tornarem vinculantes, em desacordo com o entendimento consagrado pelos tribunais superiores.[...] Pela mesma razão, o precedente formado em recurso especial ou extraordinário repetitivos e a edição de enunciados de súmula pelo STJ ou STF, em questão infraconstitucional e constitucional, respectivamente, constituem modificação jurídica suficiente que obriga os tribunais de 2ª instância e órgãos recursais de juizados especiais a reverem seus precedentes qualificados e súmulas em sentido diverso, nos termos do art. 986 do CPC.” (FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. *Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de uniformização e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 103).

¹⁸⁹ FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. *Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de uniformização e aplicação*. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 106.

¹⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2016. p. 434.

¹⁹¹ “Assim, haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a *integridade* do direito a partir da *força normativa* da Constituição. Coerência e integridade são elementos de igualdade. No caso específico da decisão judicial, isso significa: os diversos casos terão a igual consideração. Analiticamente: a) Coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas do caso deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas do caso deve guardar com os elementos normativos que o direito impõe ao seu desdobramento; b) *integridade* exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, numa perspectiva de ajuste de substância. De algum modo, a integridade refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, construindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, vale dizer, coloca efetivos freios às atitudes solipsistas – voluntaristas. A igualdade política exige que coerência e integridade sejam faces da mesma moeda.” (STRECK, Lenio. Art. 926. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1215.)

A observância dos deveres de estabilidade, integridade e coerência por parte dos magistrados será controlada por meio da fundamentação das decisões judiciais. A observância dos deveres, bem como a devida fundamentação consistem em uma forma eficaz de evitar decisões arbitrárias.

Os parágrafos do art.926 fazem referência à edição de enunciados de súmula (§1º). Preceituam que na edição desses enunciados os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (§ 2º).

A súmula consiste em um conjunto de enunciados que expressa a jurisprudência de um tribunal. Surgiu em função da dificuldade dos ministros do STF em memorizar a jurisprudência dominante do próprio tribunal.¹⁹² Trata-se de um meio de uniformização de jurisprudência que é aplicado quando a jurisprudência do tribunal tem tendência consolidada. Uma vez que a tendência se consolida é dever do tribunal editar o enunciado de súmula. Note-se que nas situações em que se verificar dispersão jurisprudencial a edição de enunciados de súmula não se presta. Em situações como essa existem outros meios de uniformização mais apropriados como por exemplo o IAC, o IRDR e os recursos repetitivos.¹⁹³ Exceção à regra é a súmula vinculante do STF prevista no art.103-A da CF e regulamentada pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Esta tem como pressuposto a controvérsia atual entre órgãos

¹⁹² Victor Nunes leal destaca que a súmula surgiu em função da dificuldade dos ministros do STF de saberem qual era a jurisprudência dominante relativa a determinado assunto: 64. Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu - e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual - da dificuldade, para os ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente da Corte. Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento. 65. Daí surgiu a ideia da Súmula, que os colegas mais experientes - em especial os companheiros da Comissão de Jurisprudência, Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves - tanto estimularam. E se logrou, rápido, o assentimento da Presidência e dos demais ministros. Por isso, mais de uma vez, em conversas particulares, tenho mencionado que a Súmula é subproduto da minha falta de memória, pois fui eu afinal o relator, não só da respectiva emenda regimental, como dos seus primeiros 370 enunciados. Esse trabalho estendeu-se até às minúcias da apresentação gráfica da edição oficial, sempre com o apoio dos colegas de Comissão, já que nos reuníamos, facilmente, pelo telefone. (LEAL NUNES, Victor. *Passado e Futuro da Súmula do STF*. Revista de Direito Administrativo, 1981.n.145).

¹⁹³ “Ocorre que há (ou pelo menos pode haver) matérias em relação às quais não existe – nem jamais existiu – qualquer divergência entre os órgãos de um tribunal, não obstante seja suscitada com bastante frequência. Pois tais matérias, na sistemática do CPC 2015, jamais serão objeto de assunção de competência ou do incidente de resolução de demandas repetitivas (e, por conseguinte, dificilmente poderiam ser objeto de recursos excepcionais repetitivos). Resulta de que nessas matérias sobre as quais não chega a surgir qualquer divergência em um tribunal não há, no sistema do CPC 2015, como se formar um precedente formalmente vinculante. Isso amplia a importância de os tribunais sumularem a sua jurisprudência dominante, dado que os enunciados de súmula ainda que não tenham eficácia vinculante, são padrões decisórios relevantes, os quais devem ser observados pelos órgãos jurisdicionais que integram o próprio tribunal, assim como pelos juízos que a ele inferiores[...]” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Súmula da Jurisprudência Dominante, Superação e Modulação de Efeitos no Novo Código De Processo Civil*. In NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; GONZAGA JAYME, Fernando. *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2017.p.91).

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

O enunciado de súmula é uma das formas de se uniformizar a jurisprudência. O art.926 veicula o dever de uniformização e em paralelo uma das formas de se uniformizar a jurisprudência do tribunal.

O princípio da legalidade que norteia a atuação do juiz e do jurisdicionado não garante que casos similares tenham soluções iguais. Em cada caso, as partes desenvolvem a argumentação jurídica em contraditório. Ocorre que a argumentação varia de parte para parte e de caso para caso. Isso não garante que as decisões de casos similares seguirão a mesma orientação.

Procurando combater a dispersão jurisprudencial o CPC instituiu um sistema decisório baseado em orientações decorrentes de meios de uniformização de jurisprudência formalmente vinculantes. Esses meios têm sua força vinculante decorrente de dispositivos do CPC, isto é, do princípio da legalidade. Por outro lado, existem meios de uniformização previstos no CPC que não vinculam tendo por base o texto da lei. Este vinculam em função de razões substantivas e consubstanciam a chamada vinculação empírica (*de facto*).¹⁹⁴ Da mesma forma, existem dispositivos do código que fazem referência às duas espécies de orientações, instituindo um sistema decisório. Nos próximos capítulos analisaremos essa sistemática de vinculação. Iniciaremos por meio da sistemática instituída para a fundamentação das decisões judiciais que levam em conta essas orientações. Prosseguiremos analisando os dispositivos do CPC que tratam da vinculação instituída por meio de lei e dos meios de uniformização que se enquadram na categoria de vinculação empírica (*de facto*). A seguir abordaremos aspectos gerais da sistemática instituída pelo CPC no que diz respeito a alteração das orientações.

¹⁹⁴ PECZENICK, Aleksander, *The Binding Force of Precedent*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S; GOODHART, Arthur L.. (coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routledge, 2016.

2 A TRAVA ARGUMENTATIVA: VINCULAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO.

2.1 Os oito sistemas típicos de relevância formal.

A fundamentação é meio de controle das decisões judiciais. Por meio da fundamentação é possível analisar a decisão, concordar ou discordar e no segundo caso questionar a decisão por meio de recurso. A fundamentação permite a aferição do motivo da decisão ser aquela e ao mesmo tempo fornece elementos para a elaboração de recurso ante a decisão.

A fundamentação das decisões judiciais está expressamente prevista no art.93,IX da CF com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004¹⁹⁵, e mesmo que assim não fosse seria decorrência natural do princípio do Estado de Direito, dado que é por meio da fundamentação que podemos controlar se a decisão está em conformidade com a constituição. Consiste em regra do sistema e dessa forma sua obrigatoriedade não pode ser afastada por disposição legal. A nulidade é a pena aplicável à decisão não fundamentada.

A fundamentação das decisões judiciais e os meios de uniformização de jurisprudência são institutos intimamente ligados. Os meios de uniformização de jurisprudência são utilizados na fundamentação das decisões judiciais e da mesma forma é por meio da fundamentação das decisões que é possível verificar a aplicação correta da orientação decorrente dos meios de uniformização. Apresentaremos a seguir duas classificações que relacionam a fundamentação das decisões judiciais e a aplicação de precedentes.

A primeira foi elaborada pelo grupo autointitulado *Biefeld Kreis* – (O Círculo de Biefeld – Professor Aulis Aarnio, Professor Robert Alexy, Professor Zenon Bankowski, Professor John J. Barceló, Professor Gunnar Bergholtz, Professor Ralf Dreier, Professor Svein Eng, Professor Ernesto Garzón-Valdez, Professor Christophe Grzegorzczak, Professor Francisco J. Laporta, Professor Massimo La Torre, Professor D. Neil MacCormick, Dr. Geoffrey Marshall, Professor Alfonso Ruiz Miguel, Professor Lech Morawski, Professor Enrico Pattaro, Professor Alexander Peczenik, Professor Robert S. Summers, Professor Michelle Taruffo, Professor Michel Troper e Professor Marek Zirk-Sadowski). Trata-se de uma obra de direito comparado em que são estudados os meios de uniformização de jurisprudência em um conjunto

¹⁹⁵ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:[...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]

de sistemas jurídicos. A obra toma por base um questionário¹⁹⁶ elaborado pelos membros do grupo e neste questionário é apresentada uma classificação a respeito da vinculação dos meios de uniformização de jurisprudência. Dentre os artigos publicados na obra coletiva um trata especificamente da vinculação dos precedentes. Trata-se do artigo intitulado “*The Binding Force of Precedent*”¹⁹⁷, de autoria de Aleksander Peczenik. Destacamos que na classificação e no artigo o termo precedente é utilizado em sentido amplo abarcando uma infinidade de meios de uniformização de jurisprudência encontrados nos sistemas estudados. É considerada a classificação mais sofisticada. Vamos a seguir apresentar a classificação proposta pelo grupo¹⁹⁸.

Na classificação é realizada a divisão em quatro categorias: vinculação (*bindingness*), força (*force*), suporte adicional (*further support*) e ilustração (*illustrativeness*).

1) Vinculação formal (*formal bindingness*): um julgamento que não respeite a vinculação de um precedente é contrário ao direito (*not lawfull*) e conseqüentemente será reformado em sede recursal. Nessa categoria deve-se distinguir:

(a) Vinculação formal (*formal bindingness*) não sujeita ao *overruling*:

- i. Vinculação estrita (*strictly binding*) - deve ser (*must*) aplicada em todo o caso;
- ii. Vinculação derrotável (*defeasibly binding*) – deve ser (*must*) aplicado em todo caso a não ser que existam exceções (as exceções podem, ou não, ser definidas).

(b) Vinculação formal (*formal bindingness*) (com ou sem exceções) que é sujeita ao *overruling* ou *modification*.

2) Não formalmente vinculante mas com força (*not formally binding but having force*) um julgamento que não respeita a força de um precedente, mesmo estando em conformidade com o direito (*lawfull*), é sujeito a críticas nesse ponto e está sujeito a reforma nesse ponto. Nessa categoria deve-se distinguir:

¹⁹⁶ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S; GOODHART, Arthur L..(coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routlege, 2016.p.554-556.

¹⁹⁷ PECZENICK, Aleksander, *The Binding Force of Precedent*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S; GOODHART, Arthur L.. (coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routlege, 2016..p.461-479.

¹⁹⁸ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S; GOODHART, Arthur L.. (coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routlege, 2016.p..554-556.

- (a) Força derrotável (*defeasibly force*) - deve ser (*should*) aplicada a não ser que surjam exceções (as exceções podem, ou não, ser definidas);
- (b) Força superável (*outweighable force*) - deve ser (*should*) aplicável a não ser que razões contrárias impeçam.

3) Não formalmente vinculante e não possuindo força, mas oferecendo suporte adicional (*Not formally binding and not having force but providing further support*): um julgamento em que não seja mencionado o precedente está em conformidade com o direito e ainda pode ser justificado, mas não tão bem justificado se o precedente fosse utilizado, como por exemplo para demonstrar que a decisão se harmoniza com o precedente.

4) Mera ilustração ou outro valor.¹⁹⁹

Analisando a classificação verificamos a existência de sete espécies de vinculação.

¹⁹⁹ A seguir apresentamos a classificação em Inglês, língua utilizada na obra em que foi publicado:

1. We may usefully differentiate bindingness, force, further support and illustrativeness or other value of a precedente as follows:

(1) *Formal bindingness*: a judgment not respecting a precedent's bindingness is not lawfull and so is subject to reversal on appeal.

Distinguish:

- a) formal bindingness not subject to overruling: (i) 'strictly binding' – must be applied in every case, (ii) defeasibly binding – must be applied in every case unless exceptions apply (exceptions may be well defined or not);
- b) formal bindingness (with or without exceptions) that is subject to overruling or modification.

(2) *Not formally binding but having force*: a judgement not respecting a precedent's force, though lawfull, is subject to criticism on this ground, and may be subject to reversal on this ground.

Distinguish:

- a) defeasible force – should be applied unless exceptions come into play (exceptions may or may not be well defined);
- b) outweighable force – should be applied unless countervailing reasons apply.

(3) *Not formally binding and not having force (as defined in (2)) but providing further support*: a judgment lacking this is still lawfull and may still be justified, but not as well justified as it would be if the precedent were invoked, for example, to show that the decision being reached harmonizes with the precedent.

(4) *Mere illustrativeness or other value*.

Pierluigi Chiassoni critica a classificação. Duas são suas críticas. A primeira se refere à segunda espécie de precedentes, isto é, “não formalmente vinculante mas com força” (*not formally binding but having force*). Para Chiassoni esse é o problema mais grave da classificação. Chama a atenção para o uso indevido da linguagem utilizada que seria mais adequada para os precedentes com vinculação formal.²⁰⁰ Da mesma forma no item 2,*b*, quando faz uso do verbo *should*, o que para o autor, talvez, não indique uma distinção clara entre “vinculação formal” e a “não formalmente vinculante mas com força”, que o autor chama de “*de facto persuasive force*”. Em outros termos, da dimensão normativa que depende do direito positivo e da dimensão empírica das práticas jurídicas, a depender da tradição e da cultura jurídica.²⁰¹

A segunda decorre das exceções à aplicação do precedente. No sistema proposto pelo *Biefeld Kreis* as duas formas de exceção para a não aplicação do precedente, a que consiste numa lista aberta de exceções à aplicação do precedente e a que possui uma lista fechada, são tratados de forma conjunta (1,*a*,ii e 2,*a*). Entende que deveriam ser tratados de forma separada.²⁰²

Com base em suas observações fornece oito sistemas ideais de relevância formal²⁰³. São oito sistemas que relacionam precedentes (do *Common Law*) e fundamentação das decisões judiciais. A classificação proposta toma por base gradações que se formam com base na obrigação do juiz de se manifestar sobre os precedentes.

Para esclarecer a importância da vinculação dos meios de uniformização com a fundamentação das decisões judiciais faremos uso desses sistemas. O primeiro consiste no grupo de sistemas de relevância proibida (*Prohibited – relevance systems*)²⁰⁴. Nessa categoria é vedada qualquer tipo de relevância a precedentes judiciais. A análise se dá de duas formas: a que se situa fora dos casos concretos analisados, a relevância prática externa (*external practical*

²⁰⁰ A crítica refere-se ao ponto destacado: Não formalmente vinculante mas com força (*not formally binding but having force*) um julgamento que não respeito a força de um precedente, mesmo estando em conformidade com o direito (*lawfull*), é sujeito a críticas nesse ponto **e está sujeito a reforma nesse ponto**.

²⁰¹ CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.28.

²⁰² CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.32.

²⁰³ CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.29-33.

²⁰⁴ CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.29-30.

relevance) e a que se situa dentro desses casos, a relevância prática interna (*internal practical relevance*).

No que diz respeito a relevância prática externa é proibida qualquer referência a precedentes judiciais e de argumentos utilizados em decisões judiciais (*judicial opinions*). Em função disso, qualquer forma de publicação relativa a precedentes em qualquer meio é proibida.

- a) Um magistrado decidirá o caso a ele submetido sem referência a outras decisões judiciais;
- b) O magistrado não poderá ainda conversar com outros magistrados sobre o caso.

No que diz respeito à relevância prática interna o órgão que julgará o recurso não poderá ter conhecimento sobre a decisão tomada pelo juiz singular. Nesses casos, a decisão será fundamentada e será mantida em segredo, sendo lida somente no caso de alguma acusação sobre suborno ao juiz para decidir o caso de determinada forma.

Esse sistema é caracterizado por uma arbitrariedade total da decisão judicial.²⁰⁵ Temos aqui um sistema em que as decisões serão proferidas unicamente com base na lei e doutrina e, como já destacamos no capítulo anterior, nada garante que juízes decidam a mesma questão da mesma forma, quando veiculada em casos distintos.

O segundo sistema a ser analisado é o sistema de relevância argumentativa muito fraca (*very-weak-argumentative-relevance system*)²⁰⁶. Nesse sistema a doutrina do direito positivo da relevância externa contém duas prescrições:

- a) Os juízes agem bem quando procuram e mencionam precedentes relevantes em suas decisões;
- b) Os juízes agem bem em se orientar pelos precedentes relevantes de forma a promover os valores da certeza, previsibilidade e da proteção das expectativas das pessoas.

²⁰⁵ CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.30.

²⁰⁶ CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.30.

São duas recomendações. Um julgamento que não as adote estará em conformidade com a lei (*lawfull*) e será válido.

O terceiro sistema é o sistema de relevância argumentativa fraca (*weak-argumentative-relevance systems*)²⁰⁷. A doutrina da relevância externa desse sistema contém duas prescrições:

- a) Os juízes devem procurar e mencionar os precedentes relevantes em suas decisões;
- b) Os juízes agem bem ao se orientarem pelos precedentes relevantes de forma a promover os valores da certeza, previsibilidade e da proteção das expectativas das pessoas.

Nesse sistema a doutrina do precedente possui um comando que impõe um dever e uma recomendação. A violação do dever afeta a validade do julgamento. Este pode ser objeto de recurso e de reforma. O julgamento estará em conformidade com a lei (*lawfull*) e será válido se o dever for observado independentemente da observância ou não da recomendação no julgamento.²⁰⁸

Esse tipo de sistema é caracterizado por uma relevância *de iure* que é ao mesmo tempo argumentativa e fraca. A existência de um precedente, mesmo que conduza a um resultado distinto, deve ser mencionado. O juiz não precisa fornecer argumentos que justifiquem a não adoção do precedente para a decisão do caso. *Overruling* e *distinguishing* tácitos não violam o direito.²⁰⁹

²⁰⁷ CHIASSONI, .Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.31.

²⁰⁸ CHIASSONI, .Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.31.

²⁰⁹ CHIASSONI, .Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.31.

O quarto sistema é o sistema de relevância argumentativa forte (*strong-argumentative-relevance-system*)²¹⁰. A doutrina da relevância externa desse sistema contém as seguintes prescrições:

- a) Os juízes devem procurar e mencionar os precedentes relevantes em suas decisões;
- b) Os juízes devem se orientar pelos precedentes relevantes a não ser que possam fornecer razões “boas”, “serias”, “fortes”, “prevalecentes”, “superadoras” para fazer o *overruling* ou não aplicar a orientação do precedente.

Nesse sistema a doutrina do precedente contém dois deveres. A violação de um deles afeta a validade do julgamento o qual poderá ser objeto de recurso e de reforma. Nesse sistema os precedentes impõem um ônus argumentativo para a realização do *overruling* e para deixar seguir, isto é, não utilizar o precedente (*departure*).²¹¹

O quinto sistema é o sistema de força vinculante fraca (*weak-binding-force-system* ou *open-defeasibility*)²¹². A doutrina da relevância externa desse sistema contém as seguintes prescrições:

- a) Os juízes devem procurar e mencionar os precedentes relevantes em suas decisões;
- b) Os juízes devem adotar a orientação dos precedentes relevantes mesmo que forneçam razões “boas”, “serias”, “fortes”, “prevalecentes”, “superadoras” para fazer o *overruling* ou não aplicar a orientação do precedente;

²¹⁰ CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.31.

²¹¹ “*In the terms of the Biefeld Kreis, this system would be, roughly, a system characterized by softly binding precedents (or, perhaps, by outweighable persuasive force) . I prefer to conceptualize this ideal-type in terms of de iure strong-argumentative force of precedents. Precedents impose on judges who want to get rid off them (overrule them, depart for them) a burden of argumentation: they have to find reasons for presenting a different ratio decidendi as better, stronger, (more) correct than the old one.*” (destaques do original) (CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.31).

²¹² CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.31.

- c) Entretanto, os juízes podem deixar de aplicar o precedente relevante se o caso a ser julgado se enquadra numa exceção que pertence a uma lista aberta. O juiz do caso pode ele mesmo contribuir para completar a lista (a lista contém casos paradigmáticos vagamente redigidos, abertos a extensão analógica ou a *fortiori*)

Pierluigi Chiassoni esclarece que a relevância argumentativa tem relação com a possibilidade da realização do *overruling*, podendo ser tácito nas formas muito fraca e fraca e expresso na forma forte. A força vinculante (*binding force*) implica na impossibilidade de se fazer o *overruling*, tendo relação com o *distinguishing*.²¹³

O sexto sistema é o sistema da força vinculante forte (*strong-binding-force-system*)²¹⁴. A doutrina da relevância externa desse sistema contém as seguintes prescrições:

- a) Os juízes devem procurar e mencionar os precedentes relevantes em suas decisões.
- b) Os juízes devem adotar a orientação dos precedentes relevantes mesmo que forneçam razões “boas”, “serias”, “fortes”, “prevalentes”, “superadoras” para fazer o *overruling* ou o não aplicar a orientação do precedente.
- c) Entretanto, os juízes podem deixar de aplicar o precedente relevante se o caso a ser julgado se enquadrar numa exceção que pertence a uma lista fechada com uma relação precisamente redigida de exceções.

Nessa situação a exceção pertence a uma lista fechada, o que torna esse sistema mais forte, em termos de vinculação, do que o sistema de força vinculante fraca. Trata-se de exceção que não pode ser criada ou modificada (mas com os inevitáveis problemas decorrentes da vaguidade das expressões da linguagem ordinária).²¹⁵

²¹³ CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.32.

²¹⁴ CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.32.

²¹⁵ CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.32-33.

O sétimo sistema é o sistema da força vinculante muito forte (*very-strong-binding-force systems*)²¹⁶. A doutrina da relevância externa desse sistema contém as seguintes prescrições:

- a) Os juízes devem procurar e mencionar os precedentes relevantes em suas decisões.
- b) Os juízes devem adotar a orientação dos precedentes relevantes mesmo que forneçam razões “boas”, “serias”, “fortes”, “prevalecentes”, “superadoras” para fazer o *overruling* ou o não aplicar a orientação do precedente.
- c) Os juízes devem considerar e tratar os precedentes relevantes como não sujeitos exceção.

Verificamos que nesse sistema não existe a possibilidade de *overruling* e *distinguishing*.

O oitavo sistema a ser analisado é o sistema de discricionariedade relevante (*discretionary-relevance system*)²¹⁷. Esse sistema confere ao precedente uma relevância discricionária. Do ponto de vista da relevância externa dos precedentes, os juízes são livres para adotar qual postura considerarem mais adequada em relação aos precedentes. Dessa forma, o precedente pode ter vinculação forte, fraca, não ter vinculação, entre outras possibilidades.

Concordamos com as críticas de Pierluigi Chiassoni a respeito do sistema proposto pelo *Biefeld Kreis*. Consideramos os critérios utilizados pelos sistemas ideais típicos de relevância propostos por Pierluigi Chiassoni mais adequados para a análise da vinculação dos precedentes e para a análise que estamos propostos a realizar. O sistema proposto por Pierluigi Chiassoni tem por base prescrições que estabelecem como se dá a vinculação em cada sistema. É válido destacar que um dos critérios utilizado para classificar os sistemas é o de procurar e citar os precedentes na decisão. O outro é o de decidir conforme os precedentes. Há ainda um terceiro observado nos sistemas com vinculação que consiste na existência de exceções à

²¹⁶ CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.33.

²¹⁷ CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BISTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag, 2012.p.32.

aplicação do precedente. Os três critérios têm relação direta com a fundamentação das decisões judiciais.

Faremos uso desse sistema como base para analisar como se dá a vinculação em nosso sistema. Neste não trabalhamos com precedentes, ao menos não com a acepção utilizada no *Common Law*. O CPC faz uso do termo precedente em alguns artigos. Logo mais enfrentaremos essa questão e procuraremos definir no que consiste um precedente para o CPC.

Antes de fazer essa análise, é necessário verificar como se dá o sistema de vinculação dos meios de uniformização de jurisprudência no sistema instituído pelo CPC. Em nosso sentir, o artigo sede a esse respeito é o art.927, *caput*, incisos e § § 1º a 5º do CPC. O referido dispositivo, em seu *caput*, veicula comando aos magistrados para que observem os meios de uniformização de jurisprudência previstos em seus incisos.

Deixamos em aberto a seguinte questão: só os meios previstos nos incisos do art.927? Logo responderemos a essa questão. Ainda sobre o art.927, o parágrafo §1º faz referência ao sistema de fundamentação e contraditório, os §§2º a 4º tem relação com o processo de revisão e o § 5º faz referência à publicidade.

Analisaremos neste capítulo o *caput* do art.927 e os §§1º e 5º combinados com os incisos V e VI do §1º do art.489 do CPC. Esses dispositivos estabelecem o regime jurídico da fundamentação das decisões judiciais com o uso de orientações que uniformizam jurisprudência. Os §§2º, 3º e 4º serão abordados no capítulo 4 deste estudo.

2.2 Os juízes e os tribunais observarão.

Iniciaremos nossa análise pelo *caput* do art.927. O *caput* do dispositivo veicula comando que faz uso do termo “observarão”: “Os juízes e os tribunais observarão”. Muito se discute a respeito do sentido e alcance do termo “observarão”. A controvérsia é grande na doutrina. Há quem entenda que o dispositivo indica que os meios de uniformização nele elencados tem observância obrigatória em função do comando existente no *caput* do art.927.

Fabio Victor da Fonte Monnerat adere a essa corrente. Ressalta que o verbo observar constante no *caput* do art.927 é o mesmo utilizado no art.1º da CPC²¹⁸, que faz referência à observância das disposições do CPC. Daí concluir que a utilização do verbo no art.927 torna o conteúdo dos pronunciamentos nele arrolados de observância obrigatória.²¹⁹

²¹⁸ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código..

²¹⁹ “Nota-se que o verbo ‘observar’ é utilizado pelo CPC já no art.1º para se referir às suas próprias regras: ‘o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na

Dessa forma, conclui que são de obrigatória observância orientações decorrentes dos meios de uniformização arrolados no art.927 e que a vinculação decorre do próprio art.927.²²⁰

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade, por outro lado, entendem que para que os preceitos arrolados no art.927 vinculem devem possuir autorização constitucional. Dessa forma, somente as decisões proferidas em Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) (art.102, § 2º) e os enunciados de súmula vinculante (art.103-A) satisfazem esse requisito.²²¹ Como não existe disposição constitucional a respeito da obrigatoriedade da observância dos meios de uniformização constante nos incisos III a V (IRDR, IAC, recurso especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos, enunciados de súmula do STF e STJ e orientação do plenário ou do órgão especial) do dispositivo, sua observância não decorre do comando legal, mas da essência das decisões, isto é, pelo poder de convencimento que exercem sobre os juízes e os tribunais em segui-los.²²²

Cassio Scarpinella Bueno entende que a vinculação de determinadas decisões paradigmáticas por meio do CPC é inconstitucional²²³. Para ele é necessária autorização

Constituição da República Federativa do Brasil, *observando-se* as disposições deste Código'. Portanto, a determinação de se observar torna o conteúdo dos pronunciamentos arrolados no art.927 de obrigatória observância e aplicação, o que implica dizer que esses são, para o sistema do Código, os pronunciamentos que vinculam." (destaques do original) (FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. *Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de uniformização e aplicação*. São Paulo: Saraiva,2019.p.109).

²²⁰ "A premissa aqui estabelecida nos leva a duas forçosas conclusões que desde logo merecem ser fixadas: a) sem prejuízo da necessária manutenção da estabilidade, integridade e coerência da 'jurisprudência', a obrigatória observância está ligada, exclusivamente, a determinados tipos de pronunciamento, sendo tal dever associado a essas expressões *tipificadas* no rol do art.927 do CPC; b) a obrigatória observância decorre diretamente do art.927 do CPC (no que é reforçado por outros dispositivos, como os arts.927, § 3º, 985 e 1040, também do CPC), não estando ela associada a nenhuma norma estabelecidora de consequências decorrentes do não cumprimento. Estabelecer que o art.927 do CPC é o dispositivo que concentra e tipifica os pronunciamentos vinculantes ('a') é, de um lado, excluir a possibilidade de se atribuir a mesma eficácia a outros precedentes e pronunciamentos judiciais e, de outro, concluir que todos os pronunciamentos ali arrolados devem ser obedecidos, salvo superação ou distinção. Essa última afirmação justifica a segunda conclusão *supra* ('b') no sentido de que o dever de obrigatória observância decorre da previsão do tipo de pronunciamento no rol dos incisos do art.927 e da subordinação deste ao mesmo *caput* ('ao juízes e tribunais observarão') (FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. *Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de uniformização e aplicação*. São Paulo: Saraiva,2019.110).

²²¹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT,2018.p.2052. Comentário ao art.927. Notas nº 5 e 6. ("O CPC 927 confere aos preceitos arrolados nos incisos III a V natureza de *norma geral*, de lei, equiparando-os aos efeitos da súmula vinculante do STF, este sim com natureza jurídica de norma geral, na forma da CF 103-A. Como os preceitos enumerados no CPC 927 III a V – jurisprudência como lei – são inconstitucionais, juízes e tribunais podem fazer o controle concreto da constitucionalidade desses preceitos. O juiz de primeiro grau pode, sozinho, fazer o controle concreto contestado em face da Constituição. Entendendo pela inconstitucionalidade, pode deixar de *observar* o preceito inconstitucional e afastar sua incidência no caso concreto. Nos tribunais é possível fazer o controle da constitucionalidade, observada a *reserva de plenário* (CF 97 e STF – V 10). Reconhecida a inconstitucionalidade, o tribunal afasta a incidência do preceito enunciado no CPC 927 III a V para julgar a causa por outros fundamentos. [...]") (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT,2018.p.2052-2053. Comentário ao art.927. .Nota.6).

²²² NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT,2018.p.2052-2053. Comentário ao art.927. Notas nº5 a 7.

²²³ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva,2019.p.379-380.

constitucional. Chama a atenção para o preceito do art.8º da EC n.45/2004²²⁴ que trata da conversão de enunciados de súmula para enunciados de súmula vinculante. Pelo referido dispositivo será necessário a confirmação por 2/3 dos ministros do STF bem com publicação na imprensa oficial.²²⁵ Entende não haver razão para descartar a força persuasiva das orientações constantes nos incisos III a V do art.927.²²⁶

Alexandre de Freitas Câmara é do posicionamento de que a eficácia vinculante não decorre do caput do art.927 do CPC. Ressalta que o caput do art.927 preceitua que os juízes têm o **dever jurídico** de levar em conta os pronunciamentos e enunciados sumulares, elencados nos incisos do art.927, em suas decisões. Destaca que os enunciados de súmula e as decisões judiciais elencados nos incisos do art.927 que possuem efeito vinculante, o tem em função de outro texto normativo. Em não existindo algum outro texto normativo que preceitue eficácia vinculante, o pronunciamento ou enunciado sumular terá efeito persuasivo. Isso implica um maior ônus argumentativo no caso de magistrado se afastar destes.²²⁷ Para Câmara são vinculantes as decisões e enunciados sumulares constantes nos incisos I a III do art.927 e persuasivos as decisões e enunciados de súmula constantes nos incisos IV e V. Merece atenção que Câmara entende que as orientações firmadas em IAC, IRDR e recursos especial e

²²⁴ Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

²²⁵ Aliás, o art.8º da mencionada Emenda constitucional n.45/2004, completamente esquecido, é claro quanto ao ponto: para que as Súmulas do Supremo Tribunal Federal editadas antes daquela Emenda alcancem o *status* de ‘vinculantes’, elas precisam passar pelo *procedimento* imposto pelo art.103-A da Constituição Federal, com o elevado crivo de dois terços dos membros daquele Tribunal, que, querendo, deverão confrontar cada uma delas - são 736, as últimas delas editadas em 2003 – com as alterações experimentadas no direito brasileiro desde a sua edição, ‘confirmando-as’, como quer aquele dispositivo normativo, ou não. É o que, no plano infraconstitucional, impõe, pertinentemente, o art.5º da Lei n.11.417/2006, que regulamenta o precitado dispositivo constitucional. É correto afirmar, portanto, que não só o *processo* exigido por aquele diploma legislativo - com as considerações propostas pelo n.5, *infra*.- mas também o *quorum* estabelecido pela própria Constituição Federal para o reconhecimento e efeitos vinculantes àquelas Súmulas preexistentes é indispensável. Diferentemente do que sugerem muitos, nada há de automático nessa operação, que não decorre (e não pode decorrer) da mera vontade legislativa.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p.380.)

²²⁶ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p.382.

²²⁷ “A exigência, contida no caput do art.927, de que os órgãos jurisdicionais observarão o que ali está elencado indica, tão somente, a exigência de que tais decisões ou enunciados sumulares sejam levados em conta pelos juízes e tribunais em suas decisões. Em outras palavras, o art.927 cria, para os juízes e tribunais, um dever jurídico: o de levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do art.927. Daí não resulta, porém, qualquer eficácia vinculante. Esta, quando existente, resultará de outra norma, resultante da interpretação de outro dispositivo legal (e que atribua expressamente tal eficácia). Não existindo essa outra norma, atributiva de eficácia vinculante, e a decisão ou o enunciado sumular será meramente persuasivo, argumentativo (e, portanto, não vinculante), o que gerará, para juízes e tribunais – obrigados a observá-los em suas decisões – um ônus argumentativo: o de inserir, na que deles se afaste, uma fundamentação específica e adequada para tal afastamento, não sendo legítimo simplesmente que o juiz ou tribunal ignore aquele precedente ou enunciado sumular como se o mesmo não existisse.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.436).

extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos tem efeito vinculante, sendo este decorrente da lei e não da constituição.

Arruda Alvim entende que o comando emanado do caput do art.927 implica que os juízes e os tribunais deverão levar em consideração as decisões judiciais ou súmulas enumeradas nos incisos do art.927, sendo necessário somar a esse rol as decisões proferidas nos julgamentos dos recursos extraordinários no regime de repercussão geral. Ressalta que o afastamento da decisão judicial/enunciado de súmula ensejará um maior ônus argumentativo por parte do julgador.²²⁸ Entende ainda que os enunciados de súmula do STF e STJ e a orientação do plenário/órgão especial dos tribunais passam a ter normatividade equiparada à da súmula vinculante²²⁹.

Os posicionamentos mencionados denotam grande controvérsia a respeito do sentido atribuído ao termo “observarão”. Para aferir qual o sentido e o alcance do termo, será necessário adentrar no preceito do § 1º do art.927 que trata da fundamentação e do contraditório quando da decisão com base no art.927 do CPC.

2.3 O conceito de precedente.

O § 1º do art.927 traz preceito no sentido de ser observado o § 1º do art.489 do CPC que trata da fundamentação das decisões judiciais. Dois incisos do referido dispositivo fazem referência aos meios de uniformização de jurisprudência: o inciso V e o VI. Os incisos têm a seguinte redação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
[...]

²²⁸ “O CPC/2015 adota um critério *formal* de identificação das decisões de observância obrigatória. Não é o conteúdo das decisões que dá a elas sua normatividade elevada, mas sim a sua própria imperatividade. Assim, o art.927 prevê: ‘Os juízes e os tribunais *observarão*’ as decisões elencadas. Observar, como dito acima, deve ser entendido no sentido de ‘levarão em consideração’, pois, para seguir o entendimento do tribunal, o judiciário deve, ao menos, ter em conta a existência da jurisprudência. Afinal, distanciar-se do direito jurisprudencial requer que o julgador se desincumba de um ônus argumentativo específico. A distinção ou a superação do precedente apenas são possíveis mediante o exercício de um maior *ônus argumentativo* por parte do julgador, isso porque subsiste a presunção em favor do precedente. Uma decisão que não leva em conta, ou que não justifica o porquê de não seguir um precedente, não é fundamentada (art.489, § 1º, VI, do CPC/2015). (ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes.18ª Ed. São Paulo: RT, 2019.p.1495).

²²⁹ “Já os enunciados de súmula do STJ e do STF e a orientação do Plenário ou órgão especial dos tribunais dão com o CPC/2015 um verdadeiro salto de normatividade. Se durante a vigência do CPC/1973 a força dessas decisões era meramente persuasiva, com o Código de 2015 elas tendem a se equiparar à súmula vinculante, sob ótica de sua obrigatoriedade em relação aos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário. Seguir a orientação das súmulas e do órgão especial dos tribunais, de uma atitude sistematicamente desejada, passa a ser algo exigido por lei. Daí a elevada força da jurisprudência ser a grande novidade do código nesse particular (ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes.18ª Ed. São Paulo: RT, 2019.p.1496).

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
[...]

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

[...]

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

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

Um ponto a ser destacado nos dois incisos do § 1º do art.489 é a menção ao termo “precedente”. Para prosseguir com nosso estudo é necessário verificar no que consiste um precedente. No rol do art.927 e em outros dispositivos do CPC não encontramos um meio de uniformização de jurisprudência com essa denominação. Encontramos apenas referências esparsas ao termo precedente ao longo do CPC.

Antes de prosseguir iremos investigar no que consiste um precedente no âmbito da Teoria Geral do Direito, mais precisamente como idealizado na Inglaterra.

A metodologia de decisão judicial por meio de precedentes tem origem no *Common Law*. Na Inglaterra²³⁰, berço do *Common Law*, existem ramos inteiros do direito privado que são regulados por precedentes. Da mesma forma, existem ramos do direito que são regulados por estatutos, mas nos quais, a definição de questões relativas à interpretação se dá por meio de precedentes. Nos ramos regulados pelos precedentes, esses fazem as vezes da lei/estatutos.²³¹

O primeiro aspecto a ser destacado é o de que o precedente decorre de uma decisão judicial transitada em julgado. Trata-se de uma decisão judicial passada que é utilizada para decidir um caso concreto no momento presente. Consiste em uma regra universalizável que pode ser aplicada em um caso futuro por meio de analogia com base na identidade entre os casos²³². Aspecto que merece destaque é que uma decisão judicial não nasce um precedente. Ela torna-se precedente quando invocada para a decisão de um caso futuro. É o juiz do caso futuro que seleciona o caso já julgado que será utilizado em sua decisão. Dessa forma é a utilização no caso futuro que torna uma decisão judicial um precedente.²³³ A utilização dessa

²³⁰ Faremos uso dos sistema Inglês para esclarecer como funciona a utilização dos precedentes.

²³¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4a Ed. Oxford: Claredon Press,2004.p.4.

²³² TARRUFO, Michele. *Precedente y Jurisprudencia* in: TARRUFO, Michele. *Páginas sobre Justicia Civil*. Madrid: Marcial Pons,2009.p.559

²³³ “A precedent is simply any prior decision of any court that bears a legally significant analogy to the case now before the court . If the prior decision is of a superior court in the same hierarchy, it will be a binding precedent that must be followed unless it can be distinguished on some point of significant fact or law.[...]There is however another usage, almost as a significant, according to which ‘a precedent’ in the narrower sense is only a relevant

técnica de decisão se dá por meio da análise dos fatos dos casos. Se os fatos dos dois casos forem similares (iguais) as decisões também deverão ser iguais.²³⁴ Um detalhe que merece menção é o de que só às decisões judiciais proferidas por tribunais tem aptidão para tornarem-se precedentes.

Para que o magistrado possa procurar os casos que fará uso²³⁵, deverá existir um banco de dados onde esses casos ficarão armazenados. Nessa sistemática decisória, é de extrema importância a existência de bancos de dados. São eles que permitem que a metodologia decisória seja implementada. Permitem da mesma forma que casos muito antigos sejam utilizados para decidir casos atuais.^{236 237}

O princípio que norteia esse sistema decisório é o *stare decisis*. Os precedentes oriundos de uma corte não se limitam a persuadir os órgãos jurisdicionais, eles vinculam esses órgãos.²³⁸ Se o magistrado verificar que existe um precedente que se enquadra ao caso que está decidindo será obrigado a decidir conforme esse precedente.

A vinculação pode se dar de duas formas. Pode ser horizontal, isto é, no âmbito do mesmo tribunal. Uma vez que o precedente é firmado deve ser seguido por todo o tribunal. Pode ser ainda vertical tendo por base hierarquia das cortes. Na vinculação vertical os precedentes das cortes superiores na hierarquia vinculam as cortes inferiores na tomada de decisão. O precedente de uma corte em nível mais elevado na hierarquia vincula todas as cortes que lhe sejam hierarquicamente subordinadas. No direito inglês verifica-se vinculação horizontal na *Court of Appeal*²³⁹ e vinculação vertical na *Court of Appeal* e na *Supreme Court*.²⁴⁰ A vinculação horizontal na *Court of Appeal* decorre de precedente firmado no caso *Young v. Bristol Aeroplane*. Por meio desse precedente a corte ficou vinculada aos seus próprios precedentes e aos precedentes de cortes mais antigas.²⁴¹ No caso da *Supreme Court*, órgão

case that is binding, and only that part of the case or opinion that actually binds. What that implies is that, once something is acknowledged to be a precedent, it has to be followed.” (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHAL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S; GOODHART, Arthur L.. (coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routledge, 2016.p.323).

²³⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4a Ed. Oxford: Claredon Press, 2004.p.43.

²³⁵ Na prática são os advogados das partes envolvidas que devem apresentar os casos que consideram ou não precedentes aptos a serem utilizados para a decisão do caso. Devem fundamentar o motivo da aplicação ou não do precedente ao caso sob julgamento. O magistrado fará sua busca com base nesses casos. (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHAL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S; GOODHART, Arthur L.. (coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routledge, 2016.).

²³⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4a Ed. Oxford: Claredon Press, 2004.p.4.

²³⁷ DUXBURY. Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge, 2008.p.53-60.

²³⁸ DUXBURY. Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge, 2008.p.12

²³⁹ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4a Ed. Oxford: Claredon Press, 2004.p.108.

²⁴⁰ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4a Ed. Oxford: Claredon Press, 2004.p.102.

²⁴¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4a Ed. Oxford: Claredon Press, 2004.p.108.

superior na hierarquia do judiciário da Inglaterra, a vinculação a seus próprios precedentes se deu por meio dos precedentes firmados em *Beamish v. Beamish* e *London Tramways v. London County Council*.²⁴²

Antes de prosseguir, um esclarecimento se faz necessário. Esses dois precedentes foram firmados pela *House of Lords*. A *House of Lords* exercia a função de legislar e de julgar casos como órgão superior na hierarquia do judiciário. Em 2009 a *Supreme Court* passou a exercer a função de julgar.²⁴³

Em 1966 a *House of Lords* editou o *Practice Statement Act*, pelo qual reconheceu a importância da vinculação aos precedentes, reconhecendo também que uma aderência muito rígida pode levar a injustiças e impedir a evolução do direito. A partir daí, a *House of Lords* deixou de estar vinculada aos seus próprios precedentes. Apesar disso, poucas foram as situações em que a *House of Lords* e posteriormente a *Supreme Court* deixaram de seguir seus próprios precedentes.^{244 245} O *Practice Statement Act* acabou com a vinculação horizontal na *House of Lords/Supreme Court*.

Outro aspecto a ser destacado é o de que nem tudo o que é dito na decisão vincula. Só vincula o que fizer parte da *ratio decidendi*. Existe grande polêmica a respeito da definição e da forma de obtenção da *ratio decidendi* de um precedente²⁴⁶. Mas é possível se afirmar uma coisa com certeza. A *ratio decidendi* refere-se a questões de direito. Isso porque só se originam precedentes de casos em que existe controvérsia sobre a questão de direito. Somente esses casos são publicados.²⁴⁷ O que não vincula num precedente é chamado de *obiter dictum*. Tratam-se de expressões, opiniões, ditados e outros termos utilizadas pelos magistrados no julgamento não relacionadas com a decisão do caso.

Como salientamos, casos iguais devem ser decididos de forma igual. Isso só não ocorrerá se existir uma “boa razão”²⁴⁸. São duas as situações em que a força obrigatória de um precedente cede, isto é, nessas situações a *ratio decidendi* do precedente não será utilizada para decidir o caso sob análise. Trata-se do *distinguishing* e do *overruling*. O *distinguishing* se dá

²⁴² CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4a Ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p.102.

²⁴³ The SUPREME COURT - Appellate Committee of The House of Lords. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/about/appellate-committee.html> . Acesso em 10 jun. .2020.

²⁴⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4a Ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p.104.

²⁴⁵ TARRUFO, Michele. *Precedente y Jurisprudencia* in: TARRUFO, Michele. *Páginas sobre Justicia Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p.565.

²⁴⁶ Por não se tratar do objeto desse trabalho não iremos nos aprofundar nesse assunto. O tópico é tratado com profundidade nas obras *Precedent in English Law* (CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4a Ed. Oxford: Clarendon Press, 2004) e *The Nature and Authority of Precedent* (DUXBURY. Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge, 2008).

²⁴⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4a Ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p.40.

²⁴⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4a Ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p.43.

quando existe alguma diferença fática entre o precedente e o caso analisado e por essa razão o precedente não será aplicado. Neil Duxbury esclarece que consiste em demonstrar a diferença factual entre o caso anterior e o atual. Trata-se basicamente em diferenciar a *ratio decidendi* do *obiter dictum*.²⁴⁹

Um exemplo irá ajudar a esclarecer o *distinguishing*. Faremos uso do exemplo apresentado por Rupert Cross e J.W.Harris²⁵⁰. Trata-se do caso *Donoghue v. Stevenson*. Uma mulher e sua amiga foram a um café e uma delas pediu uma garrafa de *ginger beer* e um sorvete. Esta derramou parte da bebida sobre o sorvete e consumiu parte do sorvete. Logo após, sua amiga derramou o restante da bebida. Juntamente com a bebida que saiu da garrafa havia um caracol morto e em decomposição. Como a garrafa tinha uma tonalidade escura e opaca não era possível averiguar o que havia dentro e dessa forma não foi possível identificar o animal em decomposição. A mulher então processou a fabricante de *ginger beer* alegando que contraiu uma doença grave e pediu compensação. Alegava que a fabricante foi negligente ao permitir que a bebida fosse vendida naquela situação. A questão de direito consistia na existência de um dever de cuidado do fabricante em relação ao consumidor final. A doutrina predominante, firmada no *case law* a época era a de esse dever não existir, e que dessa forma não caberia a ação de responsabilização civil por parte do consumidor final. A discussão acabou chegando a *House of Lords* que entendeu de forma contrária permitindo que a consumidora obtenha a reparação por parte do fabricante. Dessa forma houve o *overruling* do entendimento doutrinário anteriormente firmado.

Lord Atkins, ao se pronunciar no julgamento do caso, fez referência a decisão como sendo aplicável aos fabricantes de produtos em geral.²⁵¹ Surge a questão de se a colocação de Lord Atkins integrou ou não a *ratio decidendi* do precedente. Em outros termos, se o precedente era aplicável apenas aos casos envolvendo bebidas ou a todas as relações de consumo.

Passados alguns anos argumentou-se em *Grant v. The Australian Knitting Mills*²⁵² que a doutrina do caso *Donoghue v. Stevenson* se limitava a casos em que estava envolvidos bebida, situação em que somente o consumidor teria tido contato com o produto após sua fabricação²⁵³. O caso fazia referência a uma pessoa que contraiu dermatite por ter adquirido uma calça em que havia excesso de produto químico. A calça foi adquirida de uma loja, isto é,

²⁴⁹ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge, 2008.p.113.

²⁵⁰ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.p.31-32.

²⁵¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.p.44.

²⁵² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.p.192-193.

²⁵³ Em outros termos, antes de a garrafa de *ginger beer* ter sido aberta, ninguém além do fabricante teve contato com a bebida que se encontrava na garrafa.

não foi adquirida diretamente do fabricante. As calças foram adquiridas pelo lojista em pacotes de seis unidades. Este abriu os pacotes e arrumou as calças na prateleira. Os fatos de ambos os casos não são iguais²⁵⁴. Dado que a bebida foi aberta pelo consumidor final, o que não ocorreu com as calças, seria o caso de aplicar o precedente firmado em *Donoghue v. Stevenson* ao caso *Grant v. The Australian Knitting Mills*?

Verificamos aqui a complexidade do sistema de tomada de decisão por meio de precedentes. A identidade dos casos não precisa ser absoluta, pode se dar na essência. Quando um *case of first impression*, um caso inédito decidido pela primeira vez, é decidido este o é tendo por base fatos que foram considerados relevantes, em função dos quais é formulada a *ratio decidendi* do caso. Um juiz quando decidir um caso semelhante irá analisar o precedente e encontrar a *ratio decidendi*. Note-se que para se encontrar a *ratio decidendi* da decisão será necessária a análise dos fatos considerados relevantes. Essa análise será efetuada pelo juiz do caso subsequente com base no que foi dito quando da decisão do precedente. No exemplo citado deve-se analisar se na discussão travada no julgamento do caso *Donoghue v. Stevenson* pela *House of Lords* entendeu-se que a questão tratada referia-se apenas aos casos em que se verifica o consumo de bebidas ou ao consumo de produtos em geral e se possui relevância o fato do vendedor ter manuseado o produto antes da venda ao consumidor final. O que verificamos é que numa situação como essa, em função da diferença entre os casos, dois são os caminhos a seguir. Ou o precedente firmado em *Donoghue v. Stevenson* será aplicado ao caso *Grant v. The Australian Knitting Mills* ou não será aplicado e nesse caso será realizado o *distinguishing* do caso. Da mesma forma, pode-se constatar que outro precedente é aplicável ao caso.

Quanto a decisão do caso *Grant v. The Australian Knitting Mills*, foi aplicado o precedente de *Donoghue v. Stevenson*. As diferenças fáticas apresentadas, como o fato de a embalagem que continha as calças ter sido aberta por vendedores da loja e o fato de se tratar de vestuário e não de bebida, não foram considerados essenciais, isto é, não foram consideradas como abarcadas pela *ratio decidendi* do precedente. Em função disso houve a utilização do precedente firmado em *Donoghue v. Stevenson*, e consequentemente, a utilização de sua *ratio decidendi* para decidir o caso *Grant v. The Australian Knitting Mills*. Os dois casos foram considerados iguais e dessa forma decididos da mesma forma.²⁵⁵ O precedente firmado em

²⁵⁴ No caso *Grant v. The Australian Knitting Mills* verificamos uma diferença relativa aos fatos não verificada em *Donoghue v. Stevenson*. Neste a garrafa de *ginger beer* foi aberta pela consumidora no ato do consumo. O vendedor não teve contato com o produto. Naquele as calças estavam embaladas em pacotes de seis. A loja abriu o pacote e colocou as calças para venda. Temos assim que o vendedor teve contato com o produto antes de sua venda. Se esse fato for considerado relevante no caso haverá margem para a realização do *distinguishing* e a não utilização do precedente firmado em *Donoghue v. Stevenson* no caso *Grant v. The Australian Knitting Mills*.

²⁵⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.p.47-43.

Donoghue v. Stevenson não está restrito aos fabricantes de bebida, mas aos fabricantes de produtos em geral.

O exemplo mencionado deixa claro que a fundamentação da decisão é de extrema importância para que um caso já decidido seja tomado como um precedente. É justamente a fundamentação da decisão que permite se aferir quais os fatos foram considerados relevantes no julgamento da causa e a consequente extração da *ratio decidendi* utilizada para decidir o caso.²⁵⁶ Outro ponto que merece destaque é o de que a identidade entre os fatos dos dois casos não precisa ser absoluta, isto é, todos os aspectos dos casos não precisam necessariamente ser iguais.²⁵⁷

Quanto ao *overruling*, consiste na revogação do precedente. Mudanças na sociedade podem tornar um precedente defasado/ desatualizado ou errado e dessa forma torna-se necessário retirá-lo do sistema. Quando um precedente sofre o *overruling*, sua *ratio decidendi* deixa de vincular. Quando discorremos sobre vinculação horizontal e vertical esclarecemos que a *Court of Appeal* estava vinculada aos precedentes da *Supreme Court* e aos seus próprios precedentes. O mesmo não se aplicava a *Supreme Court* em relação aos seus próprios precedentes em função do *Practice Statement* act. A não vinculação da *Supreme Court* aos seus próprios precedentes implica que ela pode fazer o *overruling* de seus próprios precedentes.

Para que o *overruling* ocorra devem ser respeitados certos requisitos. Primeiramente o precedente que irá sofrer *overruling* deverá ser extremamente similar ao caso sob análise. A questão legal em ambos os casos deve ser a mesma, sendo que o caso precedente deve ter solucionado essa questão.²⁵⁸

O *overruling* pode se dar de forma expressa ou tácita. Será expresso quando a corte se manifestar expressamente sobre o precedente revogado. Será tácita quando essa referência não se verificar. No caso do sistema inglês somente a *Supreme Court* pode revogar seus próprios precedentes e os da *Court of Appeal*. Esta, por outro lado, não pode revogar seus próprios precedentes.

Vemos pelo exposto que o precedente consiste numa decisão judicial relativa a um caso concreto, proferida por um tribunal, transitada em julgado, que seja armazenada e tornada

²⁵⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.p.47-48.

²⁵⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Precedentes e evolução do direito*. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

²⁵⁸ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHAL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S; GOODHART, Arthur L.. (coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routledge, 2016.p.323

pública, que trate de questão de direito, que seja fundamentada a ponto de ser possível extrair uma *ratio decidendi*, cujos fatos não precisam ter identidade absoluta com o caso a ser decidido e que seja invocada (posteriormente) por magistrado para decidir um caso da mesma forma.

Feitas essas considerações iremos analisar como a doutrina nacional entende o termo precedente constante nos artigos do CPC.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas entendem que os precedentes judiciais estão no inciso III do art.927 do CPC. Dessa forma seriam precedentes os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Acrescentam a esse rol o recurso extraordinário avulso, em função do disposto art.1030,I,a do CPC, com redação dada pela Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. Esclarecem que essa inclusão deve ser feita por interpretação sistemática.²⁵⁹ Esclarecem ainda que súmulas não são decisões judiciais e que decisões em controle concentrado de constitucionalidade não são precedentes.²⁶⁰ Vemos assim que para os autores os precedentes são decisões judiciais decorrentes de um caso concreto. Outro ponto destacado é o de que os precedentes proferidos nessas situações já nascem precedentes, isto é, nascem obrigatórios sendo paradigmas para as decisões posteriores²⁶¹.

Arruda Alvim entende que são “[...] “precedentes” (decisões formalmente de observação obrigatória) apenas os pronunciamentos que se enquadrem no rol do art.927 do CPC/2015 e as decisões proferidas no julgamento de recursos extraordinários no regime de repercussão geral.”²⁶² Deixa claro que o termo precedente utilizado em nosso direito nacional, com raiz no *Civil Law*, não se assemelha ao utilizado no *Common Law*: “[...] não se pode dizer que as técnicas brasileiras são próximas ou se assemelham, a um sistema de *precedentes*, em especial pela raiz histórica muito diversa relacionada a uma e outra tradição jurídica[...]”²⁶³.

Alexandre de Freitas Câmara faz uso do conceito de padrões decisórios que consistem num gênero cuja espécie é enunciado de súmula e precedente. Define o precedente como “[...] um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Dito de outro

²⁵⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT,2019.539-540.

²⁶⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT,2019.p.275 e 539.

²⁶¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT,2019.p.274.

²⁶² ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*.18ª Ed. São Paulo: RT,2019.p.1498.

²⁶³ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*.18ª Ed. São Paulo: RT,2019.p.1497.

modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um *precedente*.²⁶⁴

Em seu entendimento são precedentes vinculantes as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Ressalta que precedentes são decisões judiciais excluindo os enunciados de súmula vinculante dessa classificação. Mais adiante esclarece que os incisos IV e V do art.927 veiculam os chamados precedentes persuasivos. Nesses incisos estão arrolados os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais a que os magistrados estiverem vinculados.²⁶⁵ Nos chama a atenção o autor afirmar que os enunciados de súmula vinculante não são precedentes, mas incluir os enunciados de súmula do STF e STJ na categoria de precedentes persuasivos²⁶⁶. O que diferencia os padrões decisórios vinculantes dos não vinculantes é o processo de formação que conta a “[...]amplitude do contraditório diferenciado, capaz de assegurar uma participação qualificada em sua formação.²⁶⁷

Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria entendem que o art.927 estabelece um rol de precedentes obrigatórios que se distinguem entre si em função do procedimento de formação. Para os autores as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art.927,I), o precedente cuja *ratio decidendi* foi enunciado de súmula (art.927, II e IV)²⁶⁸, casos repetitivos e assunção de competência (art.928 combinados com

²⁶⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Atlas,2020. p.419.

²⁶⁵“Assim, no caso de se ter estabelecido um precedente vinculante (art. 927, I e III, já que o inciso II faz alusão a enunciados de súmula vinculante e, perdoe-se a insistência, súmula não é precedente), caberá ao juiz do processo posterior identificar os fundamentos determinantes do precedente e, demonstrando que o novo caso se ajusta àqueles fundamentos, aplicá-los, julgando com base neles o caso que lhe foi submetido para apreciação (ou, ao contrário, demonstrando que o novo caso não se ajusta àqueles fundamentos determinantes, por serem outras as circunstâncias fáticas, promover a distinção entre os casos e negar aplicação ao precedente). A mesma técnica deverá ser empregada quando se trate de enunciado de súmula vinculante (art. 927, II).De outro lado, no caso de se ter precedente não vinculante (art. 927, IV e V), caberá ao juiz responsável pelo julgamento do novo caso, de qualquer maneira, dialogar com o precedente, apontando seus fundamentos determinantes e indicando de forma específica as razões pelas quais não os aplica (já que, neste caso, não há vinculação, mas existe um ônus argumentativo que exige uma fundamentação específica para justificar a decisão divergente).E tudo isso, insista-se, com respeito às exigências de contraditório prévio e de fundamentação analítica (art. 927, § 1o).”(CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Atlas,2020. p.435).

²⁶⁶ Em sua obra “Levando os Padrões Decisórios a Sério” o autor frisa que os enunciados de simula vinculante não são acórdãos e não são precedentes. (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense,2018.- destaques para as páginas.182 e 220.).

²⁶⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense,2018.p.183.

²⁶⁸ “[...] Observar tais enunciados é observar a *ratio decidendi* dos precedentes que os originaram – fala-se em observância do enunciado apenas por opção pela brevidade e pela facilitação do discurso.” (DIDIER JR., Fredie;

art.927,III) e as decisões oriundas do plenário ou órgão especial dos tribunais (art.927,V) são precedentes. Entendem que o rol do art.927 não é taxativo, abarcando os enunciados de súmula de tribunais que não os superiores e destacando que estes enunciados também são vinculantes relativamente ao próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados.²⁶⁹

Rennan Faria Krüger Thamay entende que são precedentes os meios de uniformização de jurisprudências listados no art.927. Dessa forma são precedentes: as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial a que juízes e tribunais estiverem vinculados.²⁷⁰

Verificamos nos posicionamentos analisados três linhas a respeito do que seria um precedente. As orientações decorrentes dos meios de uniformização de jurisprudência arrolados nos incisos do art.927 havendo quem entenda que o rol não é taxativo e que a ele devem ser acrescentadas os enunciados de súmula dos Tribunais Regionais Federais e de Justiça ou o recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral. Outra corrente entende que, salvo os enunciados de súmula vinculante, todas demais as orientações decorrentes dos meios de uniformização de jurisprudência arrolados no art.927 são precedentes. Há também os que entendem que são precedentes vinculantes as orientações decorrentes dos meios de uniformização de jurisprudência arrolados no inciso III do art.927 e as orientações decorrentes do recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral.

Merece atenção que nenhuma das orientações decorrentes dos meios de uniformização de jurisprudência arrolados nos incisos do art.927 se aproxima do conceito de precedentes que encontramos no âmbito da Teoria Geral do Direito. Nossa primeira constatação é a de que no sistema brasileiro não existem precedentes como os originalmente concebidos pela Teoria Geral do Direito. Vamos agora analisar em que situação o termo precedente é utilizado no CPC.

SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória V.II.12ª* ed. Salvador: Juspodium, 2017.p.530).

²⁶⁹ DIDIER JR., Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória V.II.12ª* ed. Salvador: Juspodium,2017.526-532.

²⁷⁰ THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Manual de Direito Processual Civil.2ª* Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.410.

O termo precedente é mencionado 4 vezes no CPC. A primeira oportunidade em que o termo aparece é nos dois incisos ora analisados V e VI do parágrafo único do art.489 do CPC, já mencionados no início desse tópico.

Analisando os incisos V e VI do § 1º do art.489 do CPC, constatamos que o inciso V faz referência a precedente e enunciado de súmula e que o inciso VI faz referência a enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente. Tendo isso constatamos que precedente, jurisprudência e enunciado de súmula são institutos distintos.

A segunda aparição se dá no § 2º do art.926 que possui a seguinte redação:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

[...]

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos **precedentes** que motivaram sua criação. (destaques não constantes do original)

Verificamos aqui o termo precedente referindo-se aos acórdãos que deram origem a um enunciado de súmula. Acórdãos, frisamos, referentes a julgamentos de casos concretos, dado que o enunciado de súmula consiste no verbete representativo da jurisprudência de um tribunal relativamente à determinada questão.

A terceira aparição está no § 5º do art.927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus **precedentes**, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (destaques não constantes do original)

O texto ora analisado não nos fornece muitos elementos para se averiguar no que consiste um precedente. Tanto os enunciados de súmula, acórdãos oriundos de casos concretos ou de controle concentrado de constitucionalidade tem publicidade em nosso ordenamento.

Na versão originária do CPC, isto é, antes da vigência da Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, que alterou alguns dispositivos do código, mais dois dispositivos faziam uso do termo precedente.

O primeiro é o inciso IV do art.988, que disciplina a reclamação:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

IV - garantir a observância de enunciado de **súmula vinculante** e de **precedente** proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. (destaques não constantes do original)

A redação atual do inciso IV do art.988 tem a seguinte redação:

IV – garantir a observância de **acórdão** proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (destaques não constantes no original)

Na redação originária do dispositivo o termo precedente referia-se a precedente oriundo de julgamento de casos repetitivos e incidente de assunção de competência. O art.928 do CPC preceitua as decisões proferidas em IRDR e recursos especiais e extraordinários julgados no regime de recursos repetitivos são abrangidos pelo termo casos repetitivos. Esses precedentes são acórdãos. A nova redação do dispositivo substituiu o termo precedente por acórdão sem que o sentido do comando fosse alterado.

O § 5º do art.988 em seu inciso II faz referência aos recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos. O referido dispositivo não é originário do CPC e também foi incluído pela Lei nº 13.256, de 2016.

§ 5º É inadmissível a reclamação: [...]

II – proposta para garantir a observância de **acórdão** de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (destaques não constantes do original)

Verificamos que o inciso II do § 5º do art.988 também fez uso do termo acórdão, deixando de usar o termo precedente.

Nesse contexto destacamos que os inciso II do § 5º e o inciso IV ambos do art.988 do CPC, em sua redação originária, faziam referência a precedentes ao se referir aos acórdãos proferidos em IAC e casos repetitivos, ao passo que o inciso III do art.927 faz referência a observância dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Verificamos nessa situação que o mesmo ato jurídico recebe terminologia distinta em dispositivos distintos do código já em sua redação originária.

O inciso II do § 1º do art.1042 do CPC, revogado pela Lei nº 13.256, de 2016, disciplina o Agravo em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário:

Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que:

I - indeferir pedido formulado com base no art. 1.035, § 6º, ou no art. 1.036, § 2º, de inadmissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo;

II - inadmitir, com base no art. 1.040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior;

III - inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.

1º Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa:

[...]

II - a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso:

a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior;

b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida. (destaques não constantes do original).

Os incisos I, II e III do art. 1.042, revogado pela Lei nº 13.256, de 2016, disciplinam as hipóteses de interposição do agravo de recurso especial ou extraordinário. O inciso II do 1º do art. 1.042 faz referência a demonstração da distinção entre o caso em análise e o precedente invocado. O precedente invocado é um acórdão de recurso especial ou extraordinário julgado no regime de recursos repetitivos ou recurso extraordinário em que não foi reconhecida a repercussão geral. Se quando a repercussão geral não é conhecida temos um precedente, também teremos um precedente quando a repercussão geral é reconhecida. Nessa situação também teremos um acórdão. Novamente o termo precedente é utilizado como sinônimo do termo acórdão.

Um esclarecimento se faz necessário. Em todas as situações analisadas o acórdão que é considerado um precedente é um acórdão relativo a um caso concreto julgado por um tribunal em momento anterior ao da ocorrência da situação prevista nos dispositivos legais mencionados.

Sintetizando, enquadram-se nesse termo os acórdãos em geral. Podem ser acórdãos oriundos do julgamento de IAC, casos repetitivos e recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral. Enquadram-se também os acórdãos em geral proferidos pelos tribunais em julgamentos não vinculantes. Podemos destacar nesse rol os acórdãos proferidos pelo STJ em recurso especial avulso e os acórdãos proferidos pelo STF e pelo STJ em embargos de divergência.

Note-se que teremos duas categorias de precedente. Os precedentes com vinculação formal²⁷¹: caso dos acórdãos proferidos em IAC, IRDR e recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos, bem como o recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral em função do art.1030,I,a incluído pela Lei nº 13.256, de 2016.

Da mesma forma temos os precedentes com vinculação empírica (vinculação de *facto*), isto é, aqueles acórdãos que uma vez proferidos tem sua orientação adotada na decisão de outros casos. Trata-se de vinculação decorrente da prática dos tribunais. A vinculação empírica tem relação direta com os deveres de uniformização, estabilidade, coerência e integridade previstos do *caput* do art.926 do CPC, mas não depende especificamente desse dispositivo para existir.

São fortes candidatos a essa forma de vinculação os acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência e os acórdãos oriundos do julgamento de recurso especial. Não estamos afirmando aqui que todos os acórdãos utilizados como exemplo são precedentes com vinculação empírica (vinculação de *facto*), mas apenas aqueles que tem sua orientação utilizada para a decisão de casos futuros.

Outro ponto a ser destacado é que o conceito de precedente utilizado pelo CPC se distancia do conceito apresentado pela Teoria Geral do Direito. Os pontos de contato entre os dois conceitos estão no fato de se tratar de uma decisão anteriormente produzida por um tribunal, decorrente de caso concreto, transitada em julgado, que seja armazenada e tornada pública (§ 5º do art.927), que trate de questão de direito, da qual se possa extrair uma orientação²⁷², devidamente fundamentada e que seja invocada por um magistrado para decidir um caso da mesma forma. Até aqui temos características comuns aos precedentes da Teoria Geral do Direito, dos precedentes com vinculação formal e dos precedentes com vinculação empírica.

Não encontramos nos precedentes da Teoria Geral do Direito características específicas verificadas nos precedentes com vinculação formal. Dessa forma, a vinculação decorrente de lei, a elaboração de uma tese jurídica com aplicação obrigatória a todos os casos absolutamente ou essencialmente²⁷³ iguais, a existência de um procedimento definido para formação dessa tese e o fato de esses acórdãos já nascerem precedentes com observância

²⁷¹ Termo utilizado por Hermes Zaneti Jr. (ZANETI JR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 4ª Ed. Salvador: Juspodium,2019.p.343

²⁷² Fazemos uso do termo orientação por ser, em nosso sentir, mais abrangentes do que o termo *ratio decidendi*. Neste trabalho, o termo orientação será o gênero que englobará, como espécies, tanto as teses jurídicas, os enunciados de súmula, o comando decorrente de decisões de controle concentrado de constitucionalidade, a *ratio decidendi* e as orientações consolidadas na jurisprudência de um tribunal

²⁷³ Caso do IAC e dos embargos de divergência.

obrigatória decorrente de texto normativo independentemente de o juiz do caso a ser decidido “optar”²⁷⁴ em utilizar a tese diferenciam os precedentes com vinculação formal dos precedentes da Teoria Geral do Direito.

Existe um distanciamento do conceito adotado pelo CPC em relação aos posicionamentos doutrinários apresentados neste trabalho. O que mais se aproxima desse conceito é o proposto por Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas que só consideram precedentes os acórdãos proferidos pelos tribunais e que possuam efeito vinculante oriundo de lei.

2.4 A fundamentação das decisões judiciais e os meios de uniformização de jurisprudência.

2.4.1 Os fundamentos determinantes de uma decisão.

Retomamos nesse ponto a análise dos incisos V e VI do § 1º do art.489 do CPC. Reproduzimos a seguir o inteiro teor dos dois dispositivos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

[...]

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

[...]

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

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

O § 1º do art.489 trata de situações em que uma decisão judicial não se considera fundamentada. Os incisos V e VI tratam das situações em que estão envolvidos meios de uniformização de jurisprudência.

O inciso V faz menção aos fundamentos determinantes da decisão. A expressão também é utilizada no § 2º do art.979 do CPC que trata da publicidade da instauração e julgamento do IRDR e tem a seguinte redação:

²⁷⁴ O termo optar está entre aspas dado que o juiz do caso a ser decidido não terá opção, devendo fazer uso da tese em seu julgamento, salvo se demonstrar, por meio de fundamentação, a ocorrência de distinção e superação..

Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário. (destaques não constantes do original).

Antes de prosseguir merece destaque o comando do § 3º do art. 979 do CPC que estende o comando do artigo ao julgamento de recursos especial e extraordinários julgados no regime de recursos repetitivos e ao recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral.

Constatamos pela leitura do dispositivo que os fundamentos determinantes são necessários para a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente. Essa é a razão de, juntamente com o dispositivo(s) normativo(s) relacionado(s) à instauração do incidente, constarem obrigatoriamente no registro de teses jurídicas. Note-se que esses são os dados mínimos que constarão do registro da tese, sendo que, a tese também constará do registro

O termo “fundamentos determinantes” remete aos fundamentos que determinaram a decisão, o que nos leva a concluir que existem fundamentos que não são determinantes. Essa terminologia e o raciocínio que acabamos de desenvolver nos remetem a diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Seriam então esses fundamentos os correspondentes à *ratio decidendi* em nosso sistema de “precedentes”.²⁷⁵ Dessa forma, concluímos que os fundamentos

²⁷⁵ No mesmo sentido destacamos: “Os *fundamentos determinantes* da decisão que fixa a tese deverão servir na aplicação da decisão em outros casos. Para fazer uma analogia com o direito da *common law*, é preciso que o juiz, quando aplique uma tese, extraia dela suas razões de decidir, sua *ratio decidendi*. Tudo aquilo que estiver contido na fundamentação da decisão-paradigma e que puder ser eliminado sem prejudicar a conclusão adotada não é motivo determinante; é, ainda na comparação com o *common law*, *obiter dicta* (ou: dito de passagem ou literalmente *dito para morrer*). Os argumentos não determinantes não precisam ser observados, e, por isso, devem ser diferenciados dos determinantes quando da aplicação da decisão-paradigma. O que pode ser dito com segurança é que a doutrina e a própria jurisprudência deverão passar a lidar com o fato de que determinados pronunciamentos judiciais detêm força obrigatória; dessa forma, a formação e a fixação de uma tese já deverão evidenciar sua própria razão de decidir, auxiliando a atividade dos juízes aplicadores do direito da tese no futuro.” (destaques do original) (ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18ª Ed. São Paulo: RT. 2019. p. 1501.) “Deve-se considerar como fundamentos determinantes de uma decisão aqueles fundamentos da decisão judicial colegiada que tenham sido expressamente acolhidos ao menos pela maioria dos integrantes da turma julgadora[...]. Outros fundamentos, que não contem com a expressa adesão pelo menos da maioria dos juízes que integram o colegiado não são determinantes e, por isso, não têm eficácia vinculante. E tais fundamentos determinantes precisam,

determinantes estão no acórdão decorrente do julgamento do incidente. Esse raciocínio se coaduna com o inciso II do art.489 preceitua que são elementos da sentença, aqui entendida como decisão judicial, os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. É no acórdão que encontraremos não só questões relativas ao direito, mas questões relativas aos fatos da causa e a argumentação em torno delas.

No caso dos enunciados de súmula esses fundamentos determinantes estariam nos precedentes que deram origem ao enunciado. Essa é a conclusão a que chegamos analisando o § 2º do art.926 que veicula o dever dos tribunais, ao editarem enunciados de súmula, aterem-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Assim como no caso dos precedentes, os fundamentos determinantes não estarão no enunciado de súmula, mas sim, nos casos concretos sobre os quais o enunciado foi editado.

A referência aos fundamentos determinantes é de extrema importância por evitar que as teses e os enunciados sejam utilizados de forma descolada da situação fática e do debate ocorrido nos autos dos quais foram originados.

2.4.2 A fundamentação das decisões paradigma e os fundamentos determinantes.

O raciocínio desenvolvido até aqui nos leva a um aspecto da formação dos precedentes. Trata-se da fundamentação, dos debates realizados, para amadurecer a questão que originará a tese jurídica. Quanto maior o debate, maior será a qualidade da fundamentação e das condições para a elaboração de fundamentos determinantes mais precisos. A regra que disciplina o debate para a formação dos precedentes vinculantes não está no § 1º do art.489 do CPC. Tomando por base o CPC originário, encontramos essa regra em dois dispositivos. São eles: o §2º do art.984 e o §3º do art.1038 do CPC. O primeiro trata da formação do IRDR e o segundo dos recursos extraordinário e especiais julgados no regime de recursos repetitivos. Os dispositivos possuem a seguinte redação:

Art. 1.038. O relator poderá:

[...]

§ 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários. (destaques nossos)

Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: [...]

necessariamente, ter sido objeto de contraditório prévio e substancial [...].” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas.2016.p.442.)

§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários. (destaques nossos)

Os dois dispositivos apresentam regra mais ampla do que a veiculada pelo inciso IV do §1º do art.489 que tem a seguinte redação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

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

[...]

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

Note-se que o inciso IV do §1º do art.489 trata apenas do enfrentamento dos argumentos deduzidos no processo capazes de alterar a conclusão adotada pelo julgador. Ao passo que o §2º do art.984 e o §3º do art.1038 preceituam que o conteúdo do acórdão deve abranger todos os fundamentos, favoráveis e contrários. Ponto que chama a atenção é o de que no §2º do art.984 e o §3º do art.1038 faz-se uso do termo fundamentos, que poderão ser favoráveis e contrários. Reiteramos que é desse debate profundo que serão obtidos os fundamentos determinantes.

Ocorre que a Lei nº 13.256, de 2016 alterou a redação do § 3º do art.1038, a qual passou a ser esta:

§ 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.

A nova redação não faz mais referência a “todos os fundamentos suscitados”, mas a “fundamentos relevantes”. A nova terminologia abre caminho para a subjetividade dos membros do órgão julgador. O que é fundamento relevante para um, pode não ser para outro. Isso pode abrir margem para votos que abranjam alguns (não todos os) fundamentos e dessa forma para um debate com pouca profundidade.

A fundamentação das decisões judiciais é dever do juiz e tem origem constitucional (art.93,IX da CF). Como bem demonstrado pela redação originária do CPC, existem regras distintas para a fundamentação das decisões que não serão utilizadas como paradigmas e das que serão utilizadas como paradigmas. Fundamentar uma decisão não é algo simples e varia conforme o tipo de decisão. O debate que se presta, em termos de fundamentação, para decidir um caso que terá os efeitos da decisão restrito às partes envolvidas não se presta para a fundamentação de uma decisão que será utilizada como decisão paradigma. A redação

originária do CPC demonstra isso e nos leva a concluir que o §1º do art.489 não veicula todas as situações em que uma decisão judicial não se considerará fundamentada.²⁷⁶

As considerações apresentadas nos levam a concluir que existe uma regra que é extraído do sistema no que diz respeito a fundamentação das decisões paradigma. A regra independe de texto escrito e preceitua que nessas decisões todos os fundamentos favoráveis e contrários a tese discutida devem ser debatidos na decisão, mais precisamente no acórdão que uma vez transitado em julgado se tornará um precedente. A alteração na redação do §3º do art.1038 do CPC não altera o conteúdo do texto originário.

2.4.3 Os incisos V e VI do § 1º do art.489 do CPC.

Feitas essas considerações podemos concluir nossas reflexões sobre inciso V do § 1º do art.489 do CPC. Uma vez que a decisão está fundamentada é possível extrair seus fundamentos determinantes. Estes deverão estar armazenados no registro eletrônico de teses previsto no § 2º do art.979 do CPC juntamente com os dispositivos normativos relativos à decisão.

Para que o requisito do inciso V seja satisfeito será necessária a invocação dos fundamentos determinantes e o ajuste do caso aos fundamentos, o que, será dificultado se a decisão paradigma não for adequadamente fundamentada.

Explicando melhor, o inciso V consiste em uma particularização do inciso I do mesmo dispositivo. A redação do inciso I é a seguinte: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”.²⁷⁷ O comando do inciso V, nada mais faz do que determinar que um

²⁷⁶ Nesse sentido: “[...] O disposto no art.489, § 1º., do CPC/2015 deve ser observado com a máxima atenção nas decisões-paradigmas. É de se dizer, inclusive, que o art.489, § 1º, IV, no caso específico da decisão que forma um precedente, não é suficiente como exigência de motivação. O inciso mencionado diz não ser considerada fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos contrários à conclusão tomada, o que, via de regra, exclui a necessidade de debater também todos os argumentos favoráveis. Tem-se, porém, que a decisão que fixa um precedente vai além do que dispõe o código e exige, sim, que o tribunal discorra sobre todos os argumentos das partes, sejam eles contrários ou favoráveis à conclusão adotada pela corte.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019.p.1499-1500.)

²⁷⁷ “A exigência é legal é de que haja menção a precedente ou enunciado de súmula do tribunal (vinculante ou simples), seguido da análise dos fatos e do direito da causa, que se amoldariam àquele enunciado ou precedente. Trata-se da mesma *ratio* exigida pelo CPC 489, §1º, I. É preciso que o juiz indique quais as circunstâncias do caso concreto que fariam com que se amoldasse ao precedente ou ao enunciado de súmula de tribunal. A mera indicação do precedente ou do enunciado de súmula não é circunstância que caracteriza a decisão como fundamentada. Simples indicação de precedente ou enunciado de súmula significa - tal como ocorre na simples indicação de texto de lei -

enunciado de súmula ou a tese de precedente não bastem por si só para fundamentar uma decisão judicial. Deve-se argumentar e demonstrar que o enunciado (s) e/ou a(s) tese(s) utilizado(os) para a tomada de decisão se enquadra(m) ao caso sob análise. Deve-se demonstrar que a questão fática do caso sob análise merece a mesma decisão.²⁷⁸ Casos similares devem ter a mesma solução.²⁷⁹ ²⁸⁰ Indicar o dispositivo normativo, enunciado de súmula ou tese de precedente implica em uma fundamentação formal. Indicar o motivo da aplicação do ato normativo ao caso, ou da aplicação dos fundamentos determinantes da tese do precedente ou do enunciado de súmula implica em uma fundamentação substancial. Alexandre de Freitas Câmara destaca que a decisão democraticamente legitimada é a decisão substancialmente fundamentada:

“[...] É que a decisão precisa ser legitimada democraticamente, isto é, a decisão precisa ser constitucionalmente legítima. Para isso, é absolutamente essencial que o órgão jurisdicional, ao decidir, aponte os motivos que justificam constitucionalmente aquela decisão, de modo que ela possa ser considerada a decisão *correta* para a hipótese. E esses fundamentos precisam ser apresentados substancialmente. Afinal, se os direitos processuais fundamentais (como o direito ao contraditório ou o direito à isonomia) têm de ser compreendidos em sua dimensão substancial – e não em uma dimensão meramente formal –, o mesmo deve se aplicar ao direito *fundamental a uma decisão fundamentada*”²⁸¹ ²⁸²

decisão *nula* por falta de fundamentação (CF 93 IX).” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT, 2018.p.1372).

²⁷⁸ “Qualquer pronunciamento judicial anterior que seja utilizado em uma decisão futura como fundamento, deve levar em conta que aquilo que foi decidido anteriormente, só o foi diante de uma determinada e específica situação fática. O precedente não ganha vida própria a partir da sua publicação; não pode ser utilizado em situações nas quais a própria corte que o exarou não decidiria da mesma maneira. Esse exercício de relação entre o caso concreto e a tese jurídica a ser aplicada precisa constar da fundamentação da decisão. Sendo assim, não é fundamentada a decisão que meramente transcreve uma ementa, ou um julgado anterior. É imprescindível demonstrar que os fatos do caso sob análise são plenamente enquadráveis na solução contida no precedente utilizado.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019.p.1074).

²⁷⁹ “[...] O trabalho do julgador é duplo: em primeiro lugar, delimitará sobre o que trata o precedente invocado (=quais as questões decididas, e por quais motivos foram decididas daquela forma). Em seguida, demonstrará que no caso concreto que precisa ser decidido se amolda à decisão-paradigma. O que dá legitimidade à decisão que se curva a um precedente, portanto, é o fato de que a fundamentação evidencia a igualdade entre os casos sob julgamento e o caso invocado, que obrigatória deve ser seguido. A ideia é evitar as decisões, infelizmente muito comuns, que se limitam a transcrever ementas ou trechos de julgados sem cotejá-los analiticamente.”²⁷⁹ (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019.p.1502).

²⁸⁰ Fábio Victor da Fonte Monerrat destaca a importância do relatório do acórdão e dos casos que originaram o enunciado de súmula para aferir a aplicação da tese ou do enunciado ao caso a ser decidido: “Nesse passo, torna-se imprescindível a análise do relatório do precedente que se pretende aplicar, uma vez que nele está a descrição dos fatos levados em consideração pelo julgador, só se justificando a aplicação da mesma *ratio decidendi* nos casos posteriores em que tais fatos estejam também presentes. [...] “Igual preocupação deve estar presente quando da aplicação das súmulas, que não são fruto de um caso concreto, mas sim um extrato que representa um conjunto de julgados. [...]” FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. *Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de uniformização e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2019.119-120).

²⁸¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.277.

²⁸² “A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação significa não apenas

Podemos agora prosseguir para a análise do inciso VI. Este traz preceito que pode ser entendido como complementar ao inciso V. Neste deve-se justificar o motivo da utilização da tese de precedente ou do enunciado de súmula. Naquele deve-se indicar o motivo da não aplicação: a distinção ou a superação. O inciso VI estende a regra a jurisprudência.

A distinção consiste na demonstração de que o caso sob análise não se aplica a tese do precedente, enunciado de súmula ou entendimento consolidado na jurisprudência. Para tanto é necessário fazer o cotejo (comparação) entre os fatos do precedente e do caso sob análise e da mesma forma analisar os casos concretos que deram origem ao enunciado de súmula e comparar as situações ao caso sob análise. Arruda Alvim esclarece de forma lapidar como se dá a distinção:

“A técnica da distinção é o exato oposto da identidade necessária para aplicar um precedente. O julgador deve, então, demonstrar na fundamentação que o caso concreto não se amolda ao que foi decidido pelo órgão que fixou a tese. Ou, ainda, que a tese não tem normatividade sobre a situação sob julgamento, por se tratar de questões não idênticas, distintas, impossíveis de agrupamento em uma mesma categoria, seja por analogia, seja por interpretação extensiva. Nessa hipótese, são os próprios deveres de coerência e integridade que ordenam que a distinção seja feita, já que aplicar desmedidamente precedentes judiciais é indesejável. Assim, demonstrada a distinção do caso-precedente com o caso em julgamento, o julgador está autorizado a não aplicar o precedente, porque fundamentadamente demonstra tratar de situação diferente em que a hipótese fática é distinta.”²⁸³

A distinção será constatada com a demonstração de que o precedente e o caso sob análise não são substancialmente ou essencialmente iguais e dessa forma o caso sob análise não deve receber a mesma solução jurídica. Para efeitos de jurisprudência, entendemos que alguns casos da série temporal deverão ser analisados. Não basta a análise de um único caso, dado que quando uma série de decisões no mesmo sentido é formada, existirão casos que não se coadunam com a orientação firmada e consolidada na série. No caso dos enunciados de súmula,

explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira ‘blindagem’ contra julgamentos arbitrários. O juiz ou o Tribunal, por exemplo, devem expor as razões que os conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. Não é da subjetividade dos juízes ou dos integrantes dos Tribunais que deve advir o sentido a ser atribuído à lei, caindo por terra o antigo aforismo de que ‘sentença vem de *sentire*’, erigido no superado paradigma filosófico da consciência. [...]”(MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao inciso IX do art.93 *IN*: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018, p.1423).

²⁸³ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019, p.1502.

deve-se demonstrar que os casos que deram origem ao enunciado apresentam situação distinta relativamente à questão de direito veiculada no caso sob análise.

No que diz respeito à superação, o termo aparece uma única vez em todo o CPC, justamente no inciso ora analisado. A superação consiste na não aplicação do precedente, enunciado de súmula ou entendimento consolidado em jurisprudência em função de uma razão que afaste a aplicação. A orientação não é aplicada ao caso mas continua vinculando devendo ser aplicada a outros casos. Entendemos que a superação pode ser realizada de forma difusa por qualquer juiz ou órgão colegiado.

Como bem destacamos a superação se dá quando surge uma razão que afasta a aplicação do precedente. Trata-se de mecanismo necessário pois permite a “oxigenação” do sistema. Pode ser realizada nos precedentes com vinculação formal e empírica. Uma das situações em que é possível a realização da superação é a revisão de tese.

A revisão de tese é exceção expressamente prevista no CPC, mais precisamente no § 3º do art.947 relativo ao incidente de assunção de competência e no inciso II do art.985 relativo ao incidente de resolução de demandas repetitivas. Formamos posicionamento no sentido de que a exceção decorrente de revisão aplica-se a todos os precedentes com vinculação formal e bem como enunciados de súmula. Se assim não for será muito difícil a realização da revisão da tese, enunciado ou entendimento consolidado em jurisprudência. Ressaltamos que para se falar em superação por meio da revisão da tese deverá ser instaurado um procedimento revisor. Este, em nosso entendimento deve se dar de forma concentrada, isto é, pelo mesmo tribunal que elaborou a orientação ou por tribunal de hierarquia superior. Dessa forma, a não aplicação da orientação deverá ser seguida da instauração do procedimento de revisão e uma vez revista a orientação será aplicada ao caso sob julgamento. Em não se concretizando a revisão, a orientação original deverá ser aplicada ao caso.

Para exemplificar vamos supor um recurso extraordinário que seja interposto contra um acórdão que esteja em conformidade com a tese firmada em recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral. O art.1030,I,a institui um regime de admissibilidade praticamente invencível no que diz respeito a permitir que um recurso extraordinário, julgado no regime de repercussão geral, seja admitido quando o acórdão recorrido está em conformidade com a orientação adotada pelo STF. Para que um recurso seja admitido será necessária a **superação** dessa barreira. Uma das formas de se superar a restrição à admissibilidade decorrente do efeitos vinculante do recursos extraordinário julgado no regime de repercussão geral será buscando a **superação do juízo de admissibilidade** com a alegação da necessidade de revisão da tese firmada. Uma vez que os argumentos deduzidos a favor da

revisão sejam aceitos, haverá superação do juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*. Se no STF, os argumentos a favor da revisão forem acatados pelo presidente ou pelo relator na realização do juízo de admissibilidade, o recurso superará a fase da admissibilidade sendo instaurado o procedimento de revisão da tese. Em caso negativo não superará a admissibilidade no STF e o acórdão recorrido transitará em julgado.²⁸⁴ Ressaltamos que não existe disciplina específica a respeito da revisão da tese definida no regime de repercussão geral. O arts.103 do RISTF trata da proposta de revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula por qualquer ministro do STF. Cremos ser esse o fundamento para que seja iniciado o processo de revisão. Voltaremos a esse assunto quando discutirmos a revisão da tese do precedente.

A observância dos deveres de uniformização, estabilidade, coerência e integridade previstos no *caput* do art.926 do CPC, no dever de manifestação previsto no *caput* do art.927 do CPC e nos deveres de fundamentação previstos nos incisos V e IV do §1º do art.489 do CPC é fundamental e imprescindível para a realização da superação.

Merece atenção o fato de o termo superação não ter um conceito definido no CPC. Trata-se de conceito jurídico indeterminado, o que permite que muitas outras situações sejam enquadradas por esse termo. Será no julgamento dos casos concretos que serão verificadas as situações que ensejam a superação, fato que caracteriza a não existência de um rol taxativo de situações em que se dá a superação.

A previsão da reclamação contra a decisão em que não é utilizada a orientação de decorrente de um meio de uniformização de jurisprudência formal consiste num obstáculo para

²⁸⁴ O art.323 do RISTF preceitua que:

Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010)

§ 1º Nos processos em que o Presidente atuar como relator, sendo reconhecida a existência de repercussão geral, seguir-se-á livre distribuição para o julgamento de mérito. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010)

§ 2º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010)

§ 3º Mediante decisão irrecurável, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral. (Incluído pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010)

Art. 327.A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007) § 1º Igual competência exercerá o(a) Relator(a) sorteado, quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007) § 2º Da decisão que recusar recurso, nos termos deste artigo, caberá agravo. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)

a superação. Nessas situações, isto é, quando a orientação não é aplicada em função da superação deve-se fundamentar a decisão de forma minuciosa. No procedimento de reclamação o órgão responsável por analisar a reclamação deverá requisitar informações ao magistrado ou órgãos colegiado que não utilizou a orientação na decisão em função da superação (art.989,I).Essas informações deverão ser prestadas com fundamentação minuciosa esclarecendo o motivo da superação. No caso da interposição de recurso, a fundamentação da decisão judicial é o local onde deverá constar de forma minuciosa o motivo da superação.

Outro ponto merece atenção. O comando dos incisos dos incisos V e VI do §1º do art.489 do CPC não fazem referência às decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade. Essa espécie de decisão do STF tem características peculiares por estar relacionada diretamente à lei em abstrato. Isso não dispensa o magistrado de se manifestar a respeito na decisão. Esse dever decorre diretamente art.93,IX da CF devendo ser observados os parâmetros constantes do §1º do art.489 do CPC. Verifica-se também que as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade não são passíveis de superação.

2.5 Contraditório e a Publicidade.

O §1º do art.927 preceitua que os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. Já tratamos dos aspectos relativos ao art. 489, § 1º. Resta agora analisar a referência ao art.10 e o § 5º do art.927.

O art.10 do CPC veicula o seguinte preceito:

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

Trata-se da concretização do princípio do contraditório previsto no art.5º, LV, da CF. O dispositivo veicula um comando que visa evitar que as partes sejam surpreendidas com uma decisão sobre aspecto não debatido nos autos, mesmo sendo questões sobre as quais o juiz pode decidir de ofício ²⁸⁵. Analisamos no capítulo anterior que o princípio da inafastabilidade

²⁸⁵ Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins de Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello esclarecem esse ponto: “[...]Embora, no direito brasileiro, o juiz possa decidir com base em fundamento não suscitado pelas partes, (*iura novit cúria*), deve, antes, proporcionar oportunidade às partes, para que se **manifestem** sobre ele. Este **fundamento novo** pode ser de **fato ou de direito**. Sabe-se que é difícil separar-se, completamente, questões fáticas das jurídicas, porque o direito ocorre justamente no encontro dos planos fático e normativo. Fatos, quando são **juridicamente qualificados**, já não são mais **puros fatos**. **Normas** a seu turno, supõem **quadros fáticos** (de forma mais ou menos direta) a que se devem aplicar.[...]” (ARRUDA ALVIM

da jurisdição e na ocasião destacamos que o processo deve ser célere. Celeridade não implica simplificar o processo a ponto de violar o princípio do devido processo legal (art.5º, LIV da CF), o que implica não violar o princípio do contraditório (art.5º, LV da CF). Daí a necessidade de se dar às partes a oportunidade de se manifestar sobre todos fundamentos levantados.²⁸⁶ A fundamentação da decisão judicial é o meio adequado para se aferir se a decisão foi proferida dentro do contraditório.²⁸⁷

No que diz respeito à publicidade os arts.927, §5º²⁸⁸ e 979 do CPC veiculam regras relativas à publicidade. Em nosso sentir, os preceitos referidos aplicam-se aos enunciados de súmula.

Todos os tribunais possibilitam, por meio da rede mundial de computadores, a pesquisa de seus acórdãos e enunciados de súmula, bem como mantem um banco de dados específico para a consulta de seus precedentes vinculantes. O que merece atenção é o fato da publicidade dos precedentes ser uma regra fundamental do sistema. Se assim não for, não será possível conhecer os precedentes, enunciados de súmula e a orientação consolidada na jurisprudência de um tribunal. Para que se possa observar, deve-se conhecer.²⁸⁹

No caso do IRDR e dos recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos e do recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral a regra é a da publicidade da instauração e do julgamento que deverão contar de registro eletrônico no

WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. p.75.)

²⁸⁶ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem esse aspecto do contraditório: “Em razão da incidência da garantia constitucional do contraditório, é defeso aos julgador *encurtar*, *diminuir* (*verkürzt*) o direito de o litigante exteriorizar a sua manifestação nos autos do processo. Em outras palavras, não se pode economizar, minimizar a participação do litigante no processo, porque isso contraria o comando emergente da norma comentada. O órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo. Significa, ainda, poder *acompanhar e participar* da colheita da prova, de modo a poder, *in continenti*, fazer a contraprova, por exemplo, reperguntando para a testemunha.” (NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*.13ª Ed. São Paulo: RT, 2018.p.251).

²⁸⁷ Alexandre Freitas Câmara esclarece a relação entre o contraditório e a fundamentação: “[...] Pois só se poderá saber, no caso concreto, se os argumentos das partes foram levados em consideração na decisão judicial -e, portanto, se o contraditório substancial foi observado – pela leitura dos fundamentos da decisão. Daí a intrínseca ligação entre contraditório e fundamentação das decisões judiciais, por força da qual é possível afirmar que, sendo o processo um *procedimento em contraditório*, torna-se absolutamente essencial que toda decisão judicial seja *substancialmente fundamentada*.”²⁸⁷ (destaques do original) (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*.2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.277).

²⁸⁸ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

²⁸⁹ “A determinação é louvável também na perspectiva da ampla divulgação das decisões dos Tribunais ser passo decisivo não só para o *conhecimento*, mas também da necessária *observância* do que vem sendo por eles decidido, *sempre levando* em conta as peculiaridades de cada caso concreto e a ciência do que efetivamente e por que foi decidido no julgado anterior para viabilizar sua escoreta aplicação (ou não) aos casos futuros. Tudo por força dos incisos V e VI do § 1º do art.489 aplicáveis, à espécie, em função do § 1º do art.927.”(SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva, 2019.p.397.)

Conselho Nacional de Justiça que, deverá conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados (*caput* e § 2º do art.979 do CPC). Este banco de dados será alimentado pelos tribunais que também deverão manter banco de dados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao procedimento de uniformização (§ 1º do art.979 do CPC). É a publicidade que permite que a sociedade tenha conhecimento da questão a ser discutida e se manifeste a respeito de participar do processo enriquecendo o contraditório.²⁹⁰

A lei traz comando de publicidade mínima na rede mundial de computadores e no Conselho Nacional de Justiça, mas nada impede que outros meios sejam utilizados.²⁹¹ Da mesma forma, não podemos esquecer que o acesso aos autos também é uma forma de publicidade.²⁹²

2.6 O destinatário do comando “observar”.

Feitas essas considerações podemos analisar no que consiste o comando do *caput* do art.927. O art.927 em todos os seus incisos e parágrafos faz referência a meios de uniformização de jurisprudência. Faz menção às regras de aplicação em seus parágrafos e enumera meios de uniformização em seus incisos. A referência ao contraditório e a fundamentação das decisões judiciais no § 1º remetem a possibilidade da aplicação da tese,

²⁹⁰ “Admitido o incidente, deve haver ampla divulgação e publicidade do IRDR, com registros nos bancos de dados dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça (art.979). A publicidade do incidente é um dos seus aspectos importantes, para legitimar a eficácia de sua decisão. É preciso que a sociedade saiba que determinada matéria está sendo debatida para que possa participar e contribuir na formação da melhor tese jurídica.” (TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 1ª Ed. Salvador: Juspodium, 2016.p.127).

²⁹¹ “Contudo, a simples omissão legislativa não obstaculiza que o tribunal confira ampla publicidade às decisões de admissibilidade e de mérito por outros meios de divulgação, além do próprio registro eletrônico dos respectivos dados do cadastro do CNJ. Recomenda-se, destarte, que se imponha a maior divulgação e publicidade possível das informações concernentes ao IRDR, podendo o tribunal fazer uso de outros mecanismos de publicidade, especialmente a página oficial do tribunal na *internet* e a imprensa oficial. Seria interessante, por exemplo, que o CNJ criasse um sistema de comunicação por correio eletrônico (sistema *push*), como forma de comunicar os advogados e interessados acerca da instauração dos incidentes processuais coletivos.”²⁹¹ (ARAÚJO CAVALCANTI, Marcus. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT, 2016.p.308-309).

²⁹² “A publicidade do processo e dos atos processuais concretiza-se de variadas formas. Pelo acesso aos prédios em que atuam os magistrados de primeiro grau de jurisdição (fóruns), os de segundo grau ou dos graus de superposição (Tribunais); pela possibilidade de exame, nós fóruns ou nos tribunais, dos autos do processo quando produzidos em papel ou, em se tratando de autos eletrônicos, pelo acesso pela rede mundial de computadores ; pela publicação de decisões e de despachos na imprensa oficial, e assim por diante. O direito brasileiro tem a peculiaridade de ter uma “Rede Justiça”, criada pela Lei n.11.461, de 17 de maio de 2002, e que entrou no ar dia 11 de agosto de 2002, para dar ampla publicidade aos julgamentos dos Tribunais, inclusive dos superiores. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, parte geral do código de processo civil Vol I*: 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p.146).

enunciado, orientação jurisprudencial ou decisão em controle concentrado por parte de um magistrado.

A observação dos meios de uniformização constantes nos incisos do art.927 se dá para que o magistrado tome sua decisão. Essa observação é necessária pelo fato de que quando o magistrado, ou órgão colegiado, decide, quem decide é o Poder Judiciário. Sendo assim, os casos similares submetidos aos magistrados ou órgãos colegiados devem ser decididos da mesma forma. O comando do *caput* do art.927 tem por função que as decisões do judiciário sejam proferidas de forma íntegra e coerente e mantenham-se estáveis até que mudanças na sociedade tornem necessária a revisão da tese. O comando não se dirige aos jurisdicionados e muito menos confere força vinculante mediante lei a teses e enunciados que não o possuem.

Por meio das regras relativas à fundamentação cria-se uma espécie de trava, isto é, impede-se que as orientações decorrentes de meios de uniformização de jurisprudência sejam utilizadas de forma desconexa com os fatos, os dispositivos normativos e os fundamentos determinantes que os originaram. E da mesma forma, permite o controle quando da sua não aplicação ao caso sob análise.

O magistrado deverá conhecer a jurisprudência do tribunal a que está vinculado, a dos tribunais superiores, as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, as orientações decorrentes de meios de uniformização de jurisprudência (não apenas os arrolados nos incisos do art.927), fundamentar a decisão de forma substancial, fazer a distinção e a superação da orientação, não proferir decisões surpresa e decidir, não conforme sua orientação, mas conforme a orientação do Poder Judiciário quando essa orientação estiver consolidada. Institui-se um dever de manifestação para o magistrado. Este deverá se manifestar sobre todas as orientações relacionadas a questão a ele submetida. Deverá por meio da fundamentação justificar a utilização ou não da orientação para decidir o caso a ele submetido (incisos V e IV do §1º do art.489 do CPC e art.93, IX, da CF). Temos aqui um dever de manifestação do magistrado que será controlado por meio da fundamentação da decisão judicial. Esse dever cria uma trava que impede o magistrado de se distanciar das orientações relativas a uma questão sem a devida fundamentação.

O contraditório deve ser observado nesse processo dado que o magistrado pode decidir a causa com orientação não veiculada pelas partes.

No capítulo anterior analisamos o dever do magistrado de decidir com base na lei que em nosso sistema está positivado no art.5º, II, da CF. Não vislumbramos violação a esse dever por parte do comando decorrente do *caput* do art.927 do CPC. O magistrado continua vinculado unicamente a lei. Mas uma vez que decida um caso a ele submetido deverá decidir

com base na lei e ter em conta as orientações firmadas por meio da jurisprudência, dos meios de uniformização de jurisprudência e das decorrentes das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade.

Temos poucos elementos para analisar o sistema de vinculação do CPC tendo por base os oito sistemas ideais propostos por Pierluigi Chiassoni. Para realizar essa análise será necessário analisar outros aspectos dos meios de uniformização de jurisprudência existentes em nosso sistema. Prosseguiremos com nosso estudo e mais adiante retomaremos esse ponto.

3 A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO CPC (LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015).

No primeiro capítulo deste trabalho analisamos os preceitos que norteiam a atividade do magistrado e dessa forma do Poder Judiciário no que diz respeito à prestação jurisdicional. Analisamos os três deveres a que estão submetidos aqueles que exercem a jurisdição, sejam de forma individual ou colegiada: a inafastabilidade da jurisdição (art.5º, XXXV da CF) , a independência do juiz e consequentemente do judiciário (arts.95, 96 e 99 e art.5,XXXVI e LIII, todos da CF) e a vinculação aos textos legais (art.5º,II da CF).

Ao abordarmos a vinculação aos textos legais verificamos que em função de fenômenos como a vaguidade, a incerteza, a ambiguidade e as novas técnicas legislativas existe a possibilidade de casos que veiculem a mesma questão, isto é, casos similares, sejam decididos de forma distinta. Ao analisarmos o CPC constatamos que o art.926 veicula comando que visa combater essa situação. Os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Posteriormente analisamos qual o regime jurídico da fundamentação das decisões judiciais no CPC, relativamente ao uso da jurisprudência (o termo aqui é utilizado em sentido amplo englobando as orientações decorrentes dos meios de uniformização de jurisprudência). Verificamos que existe uma conexão entre o art.927, *caput* e incisos, com os incisos V e VI do § 1º do art.489 do CPC e com o § 2º do art.984 e com o § 3º do art.1038, ambos do CPC. Analisamos a preceito relativo à publicidade (§ 5º do art.927 combinado com art.979) e o dever de decidir com base no contraditório (§ 1º do art.927). Constatamos que os magistrados devem conhecer a jurisprudência do tribunal a que estão vinculados, a dos tribunais superiores, decidir, não conforme sua orientação, mas conforme a orientação do Poder Judiciário quando essa orientação estiver consolidada na jurisprudência e de forma fundamentada.

A fundamentação combinada com a vinculação da jurisprudência dos tribunais restringe a liberdade do juiz, mas não a elimina. Ele continuará a estar vinculado unicamente a lei, a qual deverá ser aplicada conforme o entendimento consolidado pelo Poder Judiciário.

Neste capítulo iremos analisar como se dá a identidade entre os casos. Posteriormente iremos analisar os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal e vinculação empírica (vinculação de *facto*).

3.1 Como aferir a similaridade entre dois casos?

A uniformização de jurisprudência, como desenhada no CPC, tem como escopo uniformizar o entendimento dos tribunais a respeito de questões que possam ser solucionadas de mais de uma forma. A pluralidade de soluções para uma mesma questão enseja decisões distintas para pessoas que discutam a mesma questão. Essa situação viola frontalmente princípios constitucionais com atenção especial para o princípio da igualdade e da segurança jurídica. A multiplicidade de soluções para uma mesma situação incentiva a litigância e a proliferação dos conflitos a respeito de uma mesma questão. O Poder Judiciário quando uniformiza a sua jurisprudência e elabora uma orientação a respeito de como decidir a questão traz segurança ao jurisdicionado que saberá de antemão como uma questão está sendo decidida pelos tribunais.

Para que as orientações sejam elaboradas e aplicadas corretamente é necessário definir com clareza o que são casos iguais para efeitos de aplicação da orientação. Apresentaremos neste item a classificação proposta por Teresa Arruda Alvim que admite duas formas de igualdade: identidade absoluta e a identidade essencial.²⁹³

Na sistemática da identidade absoluta, os fatos do julgado que originou o precedente e os do caso sob análise devem similares, isto é, não

“[...] necessariamente o quadro fático subjacente integralmente considerado: mas, dentre os fatos, aqueles tidos como relevantes pelo direito para a incidência (ou não) da consequência sobre a qual se discute. Seriam, então, idênticos os traços eleitos pelo legislador como essenciais à hipótese da incidência da consequência. [...]”.^{294 295}

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas dão como exemplo a discussão em torno da legalidade ou não da cobrança de assinatura básica de telefone. Aspectos como a idade ou a profissão dos consumidores são irrelevantes.²⁹⁶ Seria, por exemplo, situação envolvendo alguma questão relativa a tributos. Caso por exemplo de uma tarifa incidente na conta de luz.

²⁹³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Precedentes e evolução do direito*. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

²⁹⁴ O termo similares está sendo utilizado com o sentido de “igual”. Como os casos nunca são perfeitamente iguais, optamos pelo uso do termo similar.

²⁹⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.194

²⁹⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.293

Aspectos como por exemplo idade, sexo, raça e cor dos consumidores não são idênticos e da mesma forma, são irrelevantes para a solução do casos. Nessas situações, a uniformização de jurisprudência pode se dar em larga escala dada a similitude entre os casos, como por exemplo por meio da técnica de uniformização utilizada nos chamados casos repetitivos.

Na sistemática da identidade essencial, os fatos dos casos não são idênticos. A uniformização faz-se “[...] caso a caso, já que os fatos subjacentes à tese que deve ser aplicada podem não ser exatamente idênticos, e normalmente não o são mesmo.[...]”.²⁹⁷ A uniformização por meio da identidade essencial se aplica, por exemplo, a casos envolvendo o direito de família, como por exemplo a união estável. Dificilmente teremos casos substancialmente iguais nessas situações. O do art.1723 do código Civil enumera os requisitos para que seja caracterizada a união estável. No *caput* do artigo verificamos requisitos que são caracterizados por conceitos jurídicos indeterminados: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Em cada caso esses requisitos se conformarão de formas distintas. A identidade dos casos não será absoluta. Dessa forma cada caso terá uma solução em função das suas peculiaridades. Note-se que os tribunais, podem, por meio da técnica de uniformização de jurisprudência com identidade essencial estabelecer, parâmetros comuns observados em todos os casos. Esses parâmetros serão extraídos dos fundamentos determinantes das decisões analisadas.

A aplicação do caso *Donoghue v. Stevenson* ao caso *Grant v. The Australian Knitting Mills* é um exemplo de uniformização de jurisprudência por meio da técnica da identidade essencial. Os dois casos não eram iguais. Tinham em comum situações envolvendo o direito do consumidor a ser indenizado pelo fabricante. Faticamente eram distintos num tratava-se de uma garrafa de cerveja com um animal morto dentro, sem que o vendedor tenha tido contato com o conteúdo da garrafa antes de efetuar a venda. No outro tratava-se de comércio de roupas em que o vendedor havia manuseado o produto antes de realizar a venda. Faticamente são casos diferentes, mas no que diz respeito a solução jurídica utilizada, são iguais, dado que nos dois casos existe o dever de o fabricante indenizar o consumidor.²⁹⁸

²⁹⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Precedentes e evolução do direito*. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.p.82.

²⁹⁸ “Saber *quando* os casos ‘são’ iguais, ou determinar quais critérios devem fazer com que devamos considerar iguais certos casos, é um problema que se põe de forma aguda justamente quando se pensa na vinculação por *identidade essencial*. Como dissemos antes, essa é a forma de vinculação que deve haver entre alguns casos, por exemplo, quando os tribunais decidem caso envolvendo padrões flexíveis de decidibilidade, como conceitos vagos, princípios jurídicos ou cláusulas gerais, em ambientes decisoriais frouxos. (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019.p.196).

3.2 Os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal.

Os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal podem ser divididos em três grupos: as decisões de controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante e os precedentes vinculantes.

Essa categoria de meios de uniformização de jurisprudência tem em comum um procedimento específico, hipóteses de cabimento específicas, um comando constitucional ou legal que preceitua que a orientação firmada por meios deles é vinculante, o cabimento da reclamação e o contraditório ampliado.

Analisaremos o procedimento de cada deles e posteriormente analisaremos com mais detalhes os mecanismos de ampliação de contraditório.

Posteriormente analisaremos os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação empírica (*de facto*).

3.2.1 As decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade.

Iremos analisar nesse tópico as decisões de controle concentrado de constitucionalidade. Não nos ateremos ao processo de formação dessas decisões. Daremos ênfase às decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade e aos aspectos relacionados ao processo de formação dessas decisões que tem relação com a uniformização de jurisprudência.

As decisões em controle concentrado de constitucionalidade decorrem de processos objetivos. Nos quais não há fatos concretos subjacentes à demanda. Nestes ocorre há “[...] discussão sobre a compatibilidade de uma norma, ou de uma interpretação que se tenha dado a norma, com a Constituição Federal. E o resultado destes processos é vinculante, deve ser respeitado por todos[...].”²⁹⁹

As decisões em controle concentrado de constitucionalidade não são propriamente meios de uniformização de jurisprudência. São ações, remédios, concebidos e previstos na Constituição Federal para combater o fenômeno da inconstitucionalidade. Consistem na Ação

²⁹⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.1572.

direta de inconstitucionalidade (ADIN), na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) e na Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A atuação desses mecanismos de controle na uniformização de jurisprudência se dá de forma a uniformizar a aplicação da lei ou ato normativo questionado. O efeito uniformizador de jurisprudência dessas ações decorre, no caso da ADIN e da ADECON, do § 2º do art.102 da CF (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) e concretizado no parágrafo único do art.28 da Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999 e, no caso da ADPF, do § 3º do art.10 da Lei no 9.882, de 3 de dezembro de 1999. A competência para o julgamento da ADIN, ADECON e ADPF é do STF.

Os legitimados para a propositura da ADIN e da ADECON³⁰⁰ estão previstos no art.103 da CF, com redação dada pela EC/45, sendo:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 I - o Presidente da República;
 II - a Mesa do Senado Federal;
 III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
 IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 VI - o Procurador-Geral da República;
 VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

É necessário esclarecer que o STF, por meio de sua jurisprudência, instituiu o requisito da pertinência temática para os legitimados do inciso IX do art.103 da CF. Para a propositura da ADIN, tanto a confederação sindical quanto á entidades de classe de âmbito nacional, devem demonstrar a pertinência temática, isto é, “[...] o elo entre os objetivos sociais da confederação e o alcance da norma que se pretende ver fulminada.”³⁰¹ O mesmo se aplica no que diz respeito ao inciso V. Dessa forma “[...] o Governador de um Estado ou Assembleia Legislativa que impugna ato normativo de outro demonstre a relevância, isto é, a relação de

³⁰⁰ O art.13 da Lei 9868/99 preceitua que os legitimados para a propositura da ADECON são: o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal e o Procurador-Geral da República. O art.103 da CF apresenta rol ampliado. Em função da supremacia da constituição temos como legitimados para a propositura da ADECON aqueles constantes nos incisos do art.103 da CF.

³⁰¹ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.502.

pertinência da pretensão formulada - da pretendida declaração de inconstitucionalidade de lei.”^{302 303}

Trata-se de processo objetivo em que duas normas são contratadas, uma constitucional e uma infraconstitucional. A norma infraconstitucional deve ser compatível com a norma constitucional.³⁰⁴

Por se tratar de processo objetivo, existem algumas particularidades relativas ao contraditório nessa espécie de processo. Primeiramente é obrigatória a citação do Advogado Geral da União que terá a função de defender o ato ou o texto impugnado (§ 3º do art.103 da CF e art.8º da Lei 9868/99)³⁰⁵. Da mesma forma é obrigatória a intimação do Procurador Geral da República para se manifestar na ação (§ 1º do art.103 da CF e art.8º, §3º do art.12-E e art. 19. da Lei 9868/99).

O relator poderá admitir o *amicus curiae*³⁰⁶, podendo ainda requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (§ 2º do art.7º, § 1º do art.9º e § 1º do art.20 da Lei 9868/99). No caso específico da ADIN por omissão é facultada a manifestação dos legitimados para a propositura da ADIN (§1º do art.12-E da lei 9868/99). Pode ainda solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição (§2º do art.9º e § 1º do art.20 da Lei 9868/99). O

³⁰² FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.1328.

³⁰³ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco destacam que o requisito da pertinência temática cria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, destacando que a distinção não encontra respaldo na Constituição. (FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.1328). Georges Abboud chama a atenção para a falta de delineamento objetivo na jurisprudência do STF, o que dá margem para subjetivismos, entendendo que a retirada desse requisito é imprescindível para a consolidação de uma jurisdição constitucional mais democrática e plural. (ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019. p.507). Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que a legitimação prevista no art.103 da CF atende ao interesse público. Por se tratar de processo objetivo verifica-se interesse de toda a sociedade. Esclarecem que a pertinência temática é própria do processo subjetivo, processo civil tradicional. (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Leis constitucionais: comentadas e anotadas*. São Paulo: RT, 2019. p.306. Comentário ao art.2º da Lei 9868/99. Notas 2.)

³⁰⁴ “Quando contrastamos, *diretamente*, a validade da norma infraconstitucional com a norma constitucional, temos tipicamente juízo *abstrato*, seja na hipótese de ser pleiteada a inconstitucionalidade, ou constitucionalidade. Esse juízo envolve, sempre, a comparação das normas, devendo a inferior ser compatível com a superior. Essa compatibilidade da norma inferior com a superior não se exaure na temática da (in)constitucionalidade, pois, por ex., o decreto regulamentar tem de ser compatível com a lei que regulamenta.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019. P.121)

³⁰⁵ Não existe regramento a respeito da manifestação do Advogado Geral da União nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

³⁰⁶ O § 2º do art.18 da Lei 9868/99 que previa a intervenção do *amicus curiae* na ADECON foi vetado. Pode-se aventar a aplicação subsidiária do art.138 do CPC à essa situação.

Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República podem, caso o relator julgue indispensável, se manifestar sobre a medida cautelar em sede de ADIN e ADIN por omissão (§ 1º do art.10 e § 2º do art.12-F da Lei 9868/99).

Outro aspecto a ser destacado é o relativo ao princípio da congruência. Este é relativizado nessa categoria de ação. É permitido estender a declaração de inconstitucionalidade a preceitos não impugnados cuja declaração se faça necessária. Outro ponto a ser destacado é a cláusula de pedir aberta o que permite a decisão com motivação distinta daquela alegada no pedido.³⁰⁷ O controle de constitucionalidade é realizada tendo como parâmetro a constituição em sua totalidade.

O art.102,I,a e o § 2º do art.103, ambos da CF apresentam o objeto da ADIN e da ADECON. A ADIN tem por objeto lei ou ato normativo federal³⁰⁸ ou estadual³⁰⁹ que seja contrário à Constituição Federal^{310 311}. Pode ser manejada em função da ação ou da omissão do

³⁰⁷ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT,2019.p.581.

³⁰⁸ Gilmar Ferreira Mendes e Lênio Luis Streck esclarecem que é cabível a propositura de ADIN contra emendas à constituição em relação ao seu conteúdo material, isto é, visando verificar se não contrariam cláusulas pétreas e ao respeito processo previsto na constituição (art.60 da CF). Também são passíveis de controle às leis formais ou atos normativos federais, Medidas Provisórias (art.62), decretos legislativos que contêm a aprovação do Congresso aos tratados e autoriza o Presidente da República a ratifica-lo em nome do Brasil (art.49,I da CF), o decreto do chefe do executivo que promulga tratados e convenções, decreto legislativo do Congresso Nacional que suspende a execução de ato do executivo em virtude da incompatibilidade com a lei regulamentada (art.49,V da CF), atos normativos editadas por pessoas jurídicas de direito público e regimentos de tribunais superiores se configurados que possuem caráter autônomo, decreto legislativo aprovado pelo congresso nacional visando sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa (art.49,V da CF), outros atos do Poder Executivo com força normativa, resoluções do TSE e resoluções dos tribunais que deferem reajuste de vencimentos. (MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário da alínea a, do inciso III do art.102 IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). Comentários à Constituição do Brasil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva:Almedina,2018.p.1459-1461).

³⁰⁹ “Devem ser considerados como leis ou atos normativos estaduais, podendo ser objeto somente de ação direta de inconstitucionalidade: 1.Disposições das Constituições Estaduais, que embora tenham a mesma natureza das normas da Constituição Federal, devem ser compatíveis com princípios específicos e regras gerais constantes do texto fundamental (art.25 c/c art.34,VIII, princípios sensíveis). 2.leis estaduais de qualquer espécie e natureza independentemente de seu conteúdo.3 leis estaduais editadas para regulamentar matérias de competência exclusiva da União (CF, art.22, parágrafo único).4. Decreto editado com força de lei,.5. Regimentos internos dos tribunais estaduais e das assembleias legislativas.6. Atos normativos expedidos por pessoa jurídica de direito público estadual.” No que diz respeito aos atos normativos do Distrito Federal, podem ser objeto de ADIN aqueles que editados quando exercida a competência reservada aos estados pela Constituição. (MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário da alínea a, do inciso III do art.102 IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). Comentários à Constituição do Brasil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva:Almedina,2018. p.1461).

³¹⁰ Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck destacam que excluem-se do objeto da ADIN as leis ou atos normativos com efeito concreto. Merece registro que na ADI2925 o STF entendeu cabível a ADIN proposta contra lei orçamentária. (MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário a alínea a, do inciso I,a do art.102. IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). Comentários à Constituição do Brasil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018..p.1462).

³¹¹ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem ser possível o cabimento de ADIN contra enunciado de súmula vinculante: “O verbete de súmula vinculante do STF (CF 103-A) tem caráter geral e vincula os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, mas não os do Poder Legislativo, como é curial. Dado esse caráter geral,

legislador, em outros termos, a inconstitucionalidade pode se verificar em função da edição de ato normativo contrário à constituição ou por meio de omissão nas circunstâncias em que existe o dever de legislar previsto na constituição.^{312 313} A ADECON por outro lado tem por objeto lei ou ato normativo federal.

O inciso III do art.14 da Lei da 9868/99, veicula requisito específico para a ADECON que consiste na existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. Verificamos requisito que tem relação com a segurança jurídica dado que a controvérsia judicial traz grande insegurança.³¹⁴ Dessa forma, não é possível a propositura da ADECON ao menos que se verifique a referida controvérsia, o que implica que a ação não pode ser proposta tão logo o dispositivo normativo adentre no ordenamento jurídico, o que não se aplica a ADIN. Vemos aqui uma proximidade da ADECON com a súmula vinculante. A ADECON, diferentemente da ADIN, tem como função principal a uniformização de jurisprudência.

No caso específico da ADIN, os 102,I,p da CF e os arts.10 a 12 da Lei da ADIN disciplinam a medida cautelar. Os § 1º e 2º do art.11 preceituam que uma vez concedida a

o verbete da súmula vinculante tem natureza normativa, razão pela qual pode sofrer controle abstrato de constitucionalidade, pela via da ADIN. O fato de a CF 103-Aestabelecer procedimento de revisão e cancelamento de verbete de súmula vinculante não impede seu controle por outra via, porquanto a CF também estabelece sistema de revisão de leis, que podem ser alteradas e revogadas pelo próprio Poder Legislativo e nem por isso ficam imunes ao controle judicial por meio da ADIN. Tendo em vista o interesse difuso de toda a coletividade na higidez da norma constitucional, os vários caminhos que o sistema apresenta para o controle têm de ser prestigiados. O raciocínio da especialidade, portanto, não pode ser aplicado neste caso porque apequena o instituto do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT,2019.p.983-984. Comentário ao art.102,I a. Notas 24 e 25).

³¹² No caso da ADIN, existe previsão no § 2º do art.103 da CF que preceitua que é cabível a Adin em caso de omissão legislativa, a qual pode ser total ou parcial. O inciso I do art.12-B da Lei da ADIN (Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999) preceitua que a omissão inconstitucional pode ser total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa.

³¹³ Não iremos analisar a ADIN por omissão neste trabalho. Considerando que o comando dessa ação ter como destinatário o legislador, não terá grandes repercussões no âmbito da uniformização de jurisprudência.

³¹⁴“Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de cunho positivo. Assim, não se afigura inadmissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma. a insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição. Assim, se a jurisdição ordinária, através de diferentes órgãos passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o STF para que ponha termo à controvérsia instaurada. Da mesma forma, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade da norma poderão criar o estado de incerteza imprescindível para a instauração da ação declaratória de constitucionalidade. Embora as decisões judiciais seja provocadas ou mesmo estimuladas pelo debate doutrinário, é certo que simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta a plena aplicação da lei. Assim, não configurada *dúvida* ou *controvérsia* relevante sobre a legitimidade da norma, o STF não deverá conhecer a ação proposta.” (FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*.14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.p.1357.)

medida cautelar, terá **eficácia contra todos**, e será concedida com efeito *ex nunc* tornando aplicável a legislação anterior acaso existente. Pode o Tribunal entender que deva conceder eficácia retroativa a decisão, bem como optar por não tornar aplicável ao caso a legislação anterior. O art.10 da Lei 9868/99 preceitua que o quórum para a concessão da medida cautelar na ADIN é da maioria absoluta dos membros do Tribunal, sendo que, devem estar presentes à sessão ao menos oito ministros, a não ser que o tribunal esteja em período de recesso.

Os requisitos para a concessão da medida cautelar são o *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery fazem esclarecimento à respeito:

“Os requisitos são os exigidos para toda a medida cautelar, notadamente o *fumus boni juris* e *periculum in mora*. A aparência do direito verifica-se quando a inconstitucionalidade é demonstrada *prima facie*, ainda que de forma superficial, mediante cognição sumária do STF. O perigo da demora caracteriza-se quando o autor da ADIn demonstrar que a demora no julgamento do mérito pode trazer consequências danosas junto a ordem pública, razão pela qual a cautelar deve ser conhecida. [...]”³¹⁵

Georges Abboud fornece quatro requisitos a serem observados na concessão de liminares pelo STF:

“[...]entendemos que a legitimação da concessão de medidas liminares depende da observância de, ao menos, quatro requisitos fundamentais: (i) exaustiva fundamentação quanto á necessidade da medida liminar; (ii) ser uma forma efetiva de tutela de direitos fundamentais; (iii) dever de deferência ao pleno, ou seja, estar em consonância com o posicionamento do Pleno sobre a matéria, se houver; (iv) encerrar possibilidade de ampla revisão; e (v) via de regra, submeter a ADIn imediatamente ao rito abreviado.”³¹⁶

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco esclarecem que:

“[...] o sobrestamento dos processos, ou pelo menos das decisões ou julgamentos que envolvam a aplicação da lei que teve a sua vigência suspensa em sede de ação direta de inconstitucionalidade, haverá de ser uma das consequências inevitáveis da liminar em ação direta. Em outras palavras, a suspensão cautelar da norma afeta sua vigência provisória, o que impede que os tribunais e a administração e outros órgãos estatais apliquem a disposição que restou suspensa.”³¹⁷

³¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Leis constitucionais: comentadas e anotadas*. São Paulo: RT, 2019, p.306. Comentário ao art.10 da Lei 9868/99. Nota 1.

³¹⁶ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019, p.510.

³¹⁷ FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.1520.

Esse aspecto da medida cautelar leva os autores a afirmar que a cautelar em ação direta de inconstitucionalidade possui efeito vinculante.³¹⁸

O art.12 da Lei 9868/99 preceitua que quando do pedido da medida cautelar, o relator poderá submeter o processo para que seja julgado de forma definitiva. Dois são os requisitos a serem observados: a prestação das informações, no prazo de dez dias, a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, e a demonstração da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

No caso da medida cautelar na ADIN por omissão pode-se suspender a aplicação a lei ou do ato normativo no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal(§ 1º do art.12-F da Lei da 9868/99).³¹⁹

Na ADECON também existe previsão de medida cautelar, prevista no art.21 da Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, desde que por decisão da maioria absoluta dos membros do STF, a qual consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Aqui notamos um requisito comum relativo ao julgamento do IRDR e ao recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral e dos recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos. O parágrafo único do art.21 preceitua que a ação deverá ser julgada no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda da eficácia da medida cautelar. Requisito similar existe para a suspensão de processos no IRDR. Lembramos que é requisito para a propositura da ADECON a controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação. A suspensão de processos permite uma vez julgada a constitucionalidade ou não do dispositivo, que se aplique a orientação a todos os processos suspensos evitando o risco de decisões distintas sobre a mesma questão nos processos em trâmite no judiciário. O prazo de 180 dias de suspensão acaba por se tornar um entrave a

³¹⁸ FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.1521.

³¹⁹ “Nos termos da nova disciplina, a medida cautelar poderá consistir (1) na suspensão de aplicação da norma questionada, nos casos de omissão parcial, (2) na suspensão dos processos judiciais ou dos procedimentos administrativos ou, ainda (3) em qualquer outra providência a ser fixada pelo tribunal. É certo que, em muitos casos, a suspensão de processos judiciais ou administrativos que demandem aplicação da norma controvertida. Em alguns casos, é provável que a medida cautelar acabe por adquirir o significado especial de uma tutela antecipada em relação à decisão de mérito, que poderá se revestir de uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; em outros casos, poderá o Tribunal determinar a suspensão de processos judiciais ou administrativos sem que haja a suspensão de uma norma. A possibilidade de que o Congresso venha a aprovar a lei sobre o tema pode justificar tal suspensão.” (FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.1384).

aplicação da orientação firmada dado que dificilmente uma ADECON será julgada em prazo tão curto. Essas características reforçam nosso posicionamento relativo ao caráter principal de meio de uniformização da ADECON.

Um aspecto que merece atenção é o de que a liminar acaba por conferir efeito vinculante a medida cautelar concedida em sede de ADECON. Gilmar Ferreira mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco esclarecem que a medida cautelar:

“[...] não apenas suspende o julgamento de qualquer processo que envolva a aplicação da lei questionada (suspensão dos processos), mas também retira toda ultra-atividade (suspensão de execução dos efeitos futuros) das decisões judiciais proferidas em desacordo com o entendimento preliminar esposado pelo Supremo Tribunal Federal.” ^{320 321}

Quando uma medida cautelar é concedida a parte dispositiva da decisão deverá ser publicada em seção especial do Diário Oficial da União (ADIN, ADIN por omissão e ADECON) e no Diário da Justiça da União (ADIN e ADIN por omissão) no prazo de dez dias (arts.11, Art.12-G , e parágrafo único do art.21 da Lei 9868/99).

As decisões definitivas de mérito só podem ser proferidas se presentes na sessão pelo menos oito Ministros e se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros (maioria absoluta) a respeito da constitucionalidade ou não (a depender da ação), quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade (arts.22 e 23 da Lei 9868/99). Uma vez proferidas a parte dispositiva do acórdão deverá ser publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União (art.28, caput da Lei 9868/99) .

A decisão em que uma lei ou ato normativo é declarado inconstitucional ou constitucional tem natureza declaratória e dessa forma possui eficácia *ex tunc*. A decisão apenas atesta a constitucionalidade ou não da norma. Por outro lado, a decisão é dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (§ 2º do art.102 da CF e parágrafo único do art.28 da Lei no 9.868/99). A eficácia contra todos e o efeito vinculante agregam-se a decisão que é acobertada pela coisa julgada material.

³²⁰ FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*.14ª Ed. São Paulo: Saraiva.2019.p.1520.

³²¹ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que, no que diz respeito a eficácia das medidas cautelares em ADECON, o *caput* do art.21 da Lei 9868/99 é inconstitucional. Dado que o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* são conferidos pelo CF unicamente às decisões definitivas de mérito. (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Leis constitucionais: comentadas e anotadas*. São Paulo: RT.2019.p.306. Comentário ao art.21 da Lei 9868/99. Nota 1.)

Georges Abboud esclarece que:

“[...]os pronunciamentos definitivos de mérito em ADIn e ADC produzem coisa julgada formal quando não é mais possível a interposição de recurso e, posteriormente, a coisa julgada material, que, apesar de diversas semelhanças com a coisa julgada do processo civil comum, possui nítidas diferenças [...]”³²².

O dispositivo da sentença é acobertado pela autoridade da coisa julgada e que pode ter ainda dois efeitos a ela agregados: a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante.³²³

Iniciaremos nossa análise com a eficácia *erga omnes* da decisão. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery esclarecem que a:

“[...] eficácia *erga omnes* é ínsita ao processo constitucional em razão do interesse difuso que o controle de constitucionalidade tutela. Ser insista não significa ser exclusiva porque os provimentos do processo coletivo podem ter efeito *erga omnes* tal como permite o CDC 103. O que é exclusivo do STF é a declaração da inconstitucionalidade no dispositivo da sentença com eficácia *erga omnes*.”³²⁴

Colocando de outra forma, quando se faz o controle de constitucionalidade por meio do controle difuso a declaração de inconstitucionalidade se limita a causa de pedir. No caso do controle concentrado ela está no pedido.

Georges Abboud esclarece que a eficácia *erga omnes* da sentença de ADIN e ADECON não se equipara a das ações coletivas. Trata-se, como pode ser observado no art.102, § 2º da CF e do art.28 da Lei 9868/99, da eficácia contra todos que fornece força de lei a decisão, equiparável ao conceito de força de lei do direito alemão que retira a lei do ordenamento, e que dessa forma vincula os particulares.³²⁵ Colocando de outra forma, uma vez que uma lei seja declarada inconstitucional, será retirada do mundo jurídico não podendo mais ser aplicada nem mesmo pelos particulares.^{326 327} A lei não será revogada, mas não poderá mais ser aplicada. É

³²² ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT,2019.p.589.

³²³ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT,2019.p.589.

³²⁴ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT,2019.p.983-984. Comentário ao art.102,I a. Nota 70.

³²⁵ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT,2019.p.590-592.

³²⁶ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2019.p.995. Comentário ao art.102,I a. Nota 71.

³²⁷ “[...]Assim, nessa modalidade de controle, o efeito *erga omnes* (eficácia contra todos) tem uma particularidade exclusiva, que é possuir força de lei, ou seja, a aptidão de retirar do ordenamento jurídico a lei declarada

a eficácia *erga omnes* que agrega o caráter normativo à decisão e que possibilita sua aplicação aos casos futuros.^{328 329}

O efeito vinculante das decisões definitivas de mérito restringe-se aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art.102, § 2º da CF c/c art.28, parágrafo único da Lei da 9868/99). Note-se que o efeito vinculante, como preceituado pelo parágrafo único do art.27 da Lei da 9868/99 é atributo de decisão de mérito que declare a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Vale ressaltar que não é toda a decisão de mérito que terá efeito vinculante. Caso, por exemplo das decisões que veiculem o apelo ao legislador e as decisões que declaram a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade declarando a inconstitucionalidade *pro futuro*.^{330 331} Quando a inconstitucionalidade é declarada *pro futuro* só haverá efeito vinculante

inconstitucional, tal qual, o exercício do *legislador negativo*.” ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.593.

³²⁸ ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.594.

³²⁹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet branco adotam a mesma posição: “Significa dizer que, declarada a inconstitucionalidade de uma norma na ação declaratória de constitucionalidade, deve-se reconhecer, *ipso iure*, a sua imediata eliminação do ordenamento jurídico, salvo se, por algum fundamento específico, puder o Tribunal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (v.g., declaração de inconstitucionalidade com efeito num dado momento no futuro).” (FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva.2019.p.1511/1512.)

³³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário § 2º do art.102 IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva:Almedina.2018.p.1509.

³³¹ A Adin 2240/BA traz situação concreta onde se verifica a inconstitucionalidade *pro futuro*: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando

a partir da data, no futuro, determinada pelo STF para a produção de efeitos da decisão. Gilmar Mendes destaca que uma das hipóteses em que se verifica o apelo ao legislador é justamente no caso de omissão constitucional, isto é, do dever constitucional de legislar.³³² Dessa forma, nos parece enquadrar-se nessa categoria a ADIN por omissão, dado que por meio de sua decisão definitiva de mérito não é possível obrigar o Poder Legislativo a legislar sobre o tema. O que não se aplica aos órgãos administrativos, quando for deles a competência para editar o ato (art.103, § 2º da CF c/c art.12-H da Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999). As decisões em sede de ADIN por omissão, a princípio, não possuirão repercussões na órbita da uniformização de jurisprudência.

Um outro ponto a ser destacado é o do caráter dúplice da ADIN e da ADECON, o que pode ser verificado no art.24 da Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”. Dessa forma, se a ADECON for julgada improcedente sua decisão produzira os efeitos de uma ADIN, isto é, a declaração de inconstitucionalidade da lei, da mesma forma, a ADIN julgada improcedente que implicará na declaração de constitucionalidade da lei.³³³

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) está prevista no § 1º do art.102 da CF e regulada pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Compete ao STF julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tem por objeto evitar ou reparar

também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumprir verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

³³² FERREIRA MENDES. Gilmar. *O apelo ao legislador : apellentscheidung : na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. Revista de informação legislativa : v. 29, n. 114 (abr./jun. 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175956/000464726.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (acesso em 22.06.2020).p.484.

³³³ Georges Abboud entende que o art.24 da Lei 9868/99 é materialmente inconstitucional. Destaca ainda que: “A ação é caracterizada pelo seu pedido e autorizar um tribunal a modificar o pedido é o mesmo que autorizá-la a modificar a ação. Permitir-se essa teratologia é admitir que o tribunal, de forma transversa, inicie o processo *ex officio*, porquanto pode alterar o pedido, ou seja, estabelecer nova ação. É vedado ao STF modificar o pedido no controle abstrato de constitucionalidade, sem dizer do risco que é para a ordenança atribuir-se efeitos *erga omnes* e vinculante para as decisões declaratórias de constitucionalidade. (ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.518-518).

lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público e a existência de controvérsia constitucional com fundamento relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art.1º *caput* parágrafo único inciso I da 9.882, de 3 de dezembro de 1999). Verificamos requisito comum a ADECON e a ADPF no que diz respeito à possibilidade propositura da ADPF quando verificada a controvérsia constitucional.

Vamos agora analisar no que consiste um preceito fundamental. Inicialmente merece atenção não se tratar de qualquer preceito da constituição. Trata-se de normas que uma vez violadas trazem consequências graves.³³⁴ A doutrina qualifica como preceitos fundamentais: princípios fundamentais (art.1º a 4º da CF), os direitos fundamentais (art.5º), direitos sociais (art.6º a 11 da CF), às normas que abrigam as cláusulas pétreas (art.60, §4º) e os princípios constitucionais sensíveis (art.34,VII) que dão ensejo à intervenção federal, a forma federativa do Estado brasileiro, separação e independência entre os poderes, voto universal, secreto, direto e periódico.³³⁵

O § 1º do art.4º da Lei no 9.882, de 3 de dezembro de 1999, traz o requisito da subsidiariedade para a propositura da ADPF. A ADPF só poderá ser utilizada quando inexistir meio eficaz de sanar a lesão ao direito. Tal preceito permite a propositura da ADPF quando o ato impugnado não puder sê-lo por meio de ADIN e ADECON, o que desde logo permite sua utilização para o controle de constitucionalidade de direito municipal em face da constituição, ato normativo editado antes da Constituição de 1998 em face desta, enunciados de súmula e decisões de recursos repetitivos, entre outros atos do Poder Público.³³⁶

Georges Abboud esclarece que a “[...] expressão poder público compreende todas as autoridades públicas e todos os órgãos da administração pública direta e indireta[...].”³³⁷. Da mesma forma está abarcado pelo conceito de Poder Público “[...] o particular que se encontre

³³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.312.

³³⁵ A conceituação de preceito fundamental se deu com base no posicionamento de Luis Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª Ed. (revista e atualizada) São Paulo: Saraiva. 2012, p.312), Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luis Streck (MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário § 1º do art.102 IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva: Almedina. 2018, p.1497) e Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Leis constitucionais: comentadas e anotadas*. São Paulo: RT. 2019, p.306. Comentário ao art.1º da Lei 9882/99. Nota1).

³³⁶ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT. 2019, p.524.

³³⁷ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT. 2019, p.522.

no exercício de função pública[...]”³³⁸. O ato pode ser normativo ou administrativo, comissivo ou omissivo.³³⁹

Os legitimados para a propositura da ADPF são os mesmos legitimados para a propositura da ADIN (art.2º, I da Lei no 9.882/99). O Advogado Geral da União deverá ser ouvido na ADPF e terá a função de defesa do ato ou texto impugnado (§ 3º do art.103 da CF). O Procurador Geral da República deverá ser intimado para se manifestar no processo (§ 1º do art.103 da CF).

Das hipóteses de cabimento da ADPF podemos obter duas formas de sua utilização: de forma autônoma (*caput* do art.1º) e incidental (inciso I do parágrafo 1º do art.1º).

A ADPF autônoma será proposta diretamente no STF visando a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. A ADPF incidental será proposta no bojo de um processo em curso. Georges Abboud³⁴⁰, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁴¹ esclarecem que o processo, em que a ADPF foi proposta de forma incidental, deverá ficar suspenso até a decisão final da ADPF (art.313,V,a do CPC). A suspensão do processo também pode ser realizada pela medida liminar prevista no art.5º, § 3º da Lei no 9.882/99.³⁴²

A liminar está prevista no art. 5º da Lei da 9882/99. O § 3º do art.5º da Lei 9882/99 preceitua que a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. Novamente verificamos a possibilidade de suspensão de processos, como na ADECON, IRDR, recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral e recursos especial e extraordinário e especial julgados no regime de recursos repetitivos. A referida suspensão tem por escopo a aplicação do entendimento firmado na ADPF nos processos pendentes. Verificamos aqui um outro aspecto do caráter uniformizador de jurisprudência da ADPF. O § 2º do art.5º da Lei 9882/99 preceitua que o relator poderá ouvir

³³⁸ ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.522.

³³⁹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Leis Constitucionais: comentadas e anotadas*. São Paulo: RT.2019.p.306. Comentário ao art.1º da Lei 9882/99. Nota 4.

³⁴⁰ ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.530.

³⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Leis Constitucionais: comentadas e anotadas*. São Paulo: RT.2019.p.306. Comentário ao art.1º da Lei 9882/99. Nota 12.

³⁴² NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Leis Constitucionais: comentadas e anotadas*. São Paulo: RT.2019.p.306. Comentário ao art.1º da Lei 9882/99. Nota 12.

órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

Para que a liminar seja concedida é necessária a decisão absoluta dos membros do STF salvo em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave ou em período de recesso quando será concedida pelo relator *ad referendum* do Tribunal Pleno (art.5º e § 1º).

Uma vez que o pedido de liminar seja apreciado, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias(art.6º, *caput* da Lei 9882/99).

O § 1º do art.6º traz comando que permite a expansão do contraditório no processo. Dessa forma, o relator poderá ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações (parágrafo único do art.7º). Temos aqui a possibilidade da intervenção do *amicus curiae*.³⁴³

A decisão de mérito somente poderá ser proferida se presentes à sessão pelo menos dois terços dos Ministros (*caput* do art.8º da Lei 9882/99) O §3º do art.10 preceitua que a decisão definitiva de mérito terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. A decisão possui os mesmos efeitos da ADIN e da ADECON e da mesma forma reiteramos os comentários que fizemos a respeito daquelas decisões. A decisão será cumprida de forma imediata, lavrando-se o acórdão posteriormente (art.10, § 1º da Lei 9882/99).

A decisão será comunicada às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (art.10 da Lei 9882/99).

³⁴³ “A Lei n. 9882/99 faculta ao relator a possibilidade de ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição (art.6º § 1º). Outorga-se, assim, às partes nos processos subjetivos um limitado direito de participação no processo objetivo submetido à apreciação do STF. É que, talvez em decorrência do universo demasiado amplo dos possíveis interessados, tenha pretendido o legislador ordinário outorgar ao relator alguma forma de controle quanto ao direito de participação dos milhares de interessados no processo. Em face do caráter objetivo do processo, é fundamental que possam exercer direito de manifestação não só os representantes de potenciais interessados nos processos que deram origem à ação de descumprimento de preceito fundamental, mas também os legitimados para propor a ação. Independentemente das cautelas que hão de ser tomadas para não inviabilizar o processo, deve-se anotar que tudo recomenda que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental assumam, igualmente uma feição pluralista, com a participação do *amicus curiae*. (FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2019, p.1469.)

Três observações merecem destaque. A primeira é relativa à publicação e a recorribilidade das decisões. A parte dispositiva da decisão será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União no prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão em ADIN, ADECON e ADPF (art.28 da Lei 9868/99 e § 2º do art.10 da Lei 9882/99). As decisões de mérito em controle de constitucionalidade realizado em sede concentrada pelo STF são irrecuráveis, excetuando-se a oposição de embargos de declaração (art.26 da Lei 9868/99 e art.12 da Lei 9882/99).

A segunda é cabimento da reclamação (art.102,I,I ; art.988, III do CPC e Art. 13 da Lei 9882/99) para a garantia das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. A reclamação tem por escopo garantir que as decisões vinculantes do STF sejam observadas e aplicadas. Uma vez que a reclamação seja julgada procedente, o tribunal cassará a decisão impugnada ou determinará outras providências necessárias (art.992 do CPC).

A terceira é relativa a possibilidade da modulação dos efeitos das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade (art.27 da Lei 9868/99 e art.11 da Lei 9882/99). Uma vez que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo seja declarada, em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A regra geral a respeito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é a de que possuem eficácia *ex tunc*, isto é, o efeito da decisão retroage a data em que a lei ou ato normativo ingressou no ordenamento jurídico fazendo com que o a legislação revogada pelos dispositivos declarados inconstitucionais volte a vigorar. Isso ocorre em função da decisão de inconstitucionalidade ter caráter declaratório, ou seja, reconhece que a lei, quando entrou no ordenamento era inconstitucional. Pode ocorrer do questionamento da inconstitucionalidade se dar depois de anos do ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento e que após alguns anos seja declarada inconstitucional. No período anterior à declaração de inconstitucionalidade a lei ou ato normativo era tido por constitucional e muitas pessoas regeram suas vidas pelo preceito impugnado, isto é, por um preceito que “nunca ingressou no ordenamento”. Quando se verificar o excepcional interesse social ou razões de segurança jurídica, pode-se modular os efeitos da decisão que passará a produzir efeitos em momento determinado pelo STF. Esse momento pode ser qualquer outro, até mesmo momento posterior ao da decisão. Luis Roberto Barroso destaca que é possível especular a respeito de situação em que existiu grande controvérsia a respeito da inconstitucionalidade da lei a ponto de uma lei declarada constitucional pelo STF não ter sido

aplicada em larga escala. Destaca que nessa situação caberia a realização da modulação de efeitos da decisão.³⁴⁴

3.2.2 Os enunciados de súmula vinculante.

Outro meio de uniformização de jurisprudência a que o CPC faz referência é a súmula vinculante, a qual deve ser observada em função do comando do art.927.

A súmula vinculante está prevista no art.103 – A da constituição federal, o qual foi incluído pela EC/45 e é regulada pela Lei 11.417/2006. A competência para a edição de enunciados de súmula vinculante é do Supremo Tribunal Federal. O caput e o §1º do art.103-A apresenta os requisitos necessários para a edição do enunciado de súmula vinculante:

- (a) Reiteradas decisões sobre matéria constitucional;
- (b) controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública;
- (c) a controvérsia deve ser relativa à validade, a interpretação e a eficácia de normas;
- (d) deve acarretar grave insegurança;
- (e) deve acarretar relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Sobre o requisito de reiteradas decisões em matéria constitucional, André Ramos Tavares destaca que:

“[...], havendo no *caput* do art.103-A em vigor a exigência de ‘reiteradas decisões sobre matéria constitucional’, entende-se que os enunciados de súmula vinculante deverão versar sobre tema constitucional. Isso não significa, porém, tratar de dispositivo da CB, sendo admissível que verse sobre o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos a interpretação conforme a Constituição desses atos e outros temas constitucionais.”^{345 346}

³⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.6ª Ed. São Paulo: Saraiva,2012.p.272.

³⁴⁵ RAMOS TAVARES, André. Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006..3ª Ed. São Paulo: Método,2009.p.18.

³⁴⁶ “Tendo em vista a competência ampla do Supremo Tribunal Federal, essas normas tanto poderão ser federais como estaduais ou municipais. É possível porém, que a questão envolva tão somente a interpretação da Constituição e não de seu eventual contraste com outras normas infraconstitucionais. Nesses casos, em geral submetidos ao tribunal sob alegação de contrariedade direta à Constituição (art.103,III,a), discute-se a interpretação da constituição adotada pelos órgãos jurisdicionais.” (FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*.14ª Ed. São Paulo: Saraiva,2019.p.1104)

As decisões reiteradas em matéria constitucional tem por escopo o amadurecimento da discussão no STF. As decisões reiteradas ocorrerão em processos em que são analisados casos concretos. Trata-se de questões processuais de massa ou homogêneas. Dessa forma não pode ser editada com base em caso isolado.³⁴⁷

Note-se que a controvérsia deverá ser relativa à validade, a interpretação e a eficácia das normas. A controvérsia será relativa à validade quando houver “[...] uma discussão sobre a validade de um determinado texto jurídico, o que significa dizer que, nessa hipótese a discussão do Supremo Tribunal Federal deverá versar sobre os juízos negativos ou positivos feitos pelos tribunais acerca de tal dispositivo”³⁴⁸.

A Controvérsia será relativa a interpretação quando se referir a “[...]dispositivos legais , que não interpretados como inconstitucionais (*porque, se assim o fosse, a discussão se restringiria à validade*), receberam de diversos tribunais sentidos diferentes, todos, entretanto, apontando para a *não invalidação* de todo o dispositivo ou de parte do mesmo”³⁴⁹.

Sobre a controvérsia a respeito da eficácia destacamos os dizeres de Lenio Streck:

“[...] A preocupação do constituinte derivado, ao estabelecer possibilidade de súmula vinculante para sanar discrepâncias acerca da eficácia das normas, parece restringir-se, de forma, até mesmo singela, ao entendimento comumente adotado na doutrina jurídica, *pelo qual a eficácia é considerada como meio do efetivo comportamento dos destinatários em relação à norma posta, bem como a sua aplicação pelos tribunais por ocasião do descumprimento*. Numa palavra, a eficácia está relacionada e se restringe, nesse caso, ao sentido jurídico da aplicabilidade, isto é, a possibilidade de ser aplicada, e não se efetivamente ela produz(irá) tais efeitos no mundo da vida.”³⁵⁰ (destaques do original)

A controvérsia deve ocorrer entre órgãos do judiciário ou entre órgãos do poder judiciário e a administração pública. Mas não é qualquer controvérsia, esta deve gerar grave insegurança jurídica e a possibilidade de multiplicação de processo sobre condição idêntica. Vemos por meio desse último requisito que a súmula visa buscar a integridade interpretativa do

³⁴⁷ FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.1104.

³⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art.103-A IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva:Almedina, 2018. p.1536.

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art.103-A IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva:Almedina, 2018. p.1537.

³⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art.103-A IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva:Almedina, 2018. p.1537.

ordenamento.³⁵¹ A multiplicação de processos sobre questão idêntica aproxima a súmula vinculante ao IRDR e aos recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos. Trata-se de meio de uniformização de jurisprudência que faz uso da uniformização por identidade absoluta.

Os legitimados para propor a edição de súmula vinculante são os mesmos da ADIN, da ADECON e da ADPF sendo que o Defensor Público Geral da União também é legitimado dado constar do rol do art.3º da Lei 11.417/2006. O Município também é legitimado, mas deverá satisfazer um requisito adicional: deverá propor a edição, a revisão ou o cancelamento do enunciado de súmula incidentalmente, isto é, no curso de processo em que seja parte, o que não autoriza a suspensão do processo (§ 1º do art.3º da Lei 11.417/2006).

O quórum de 2/3 dos membros dos ministros do STF deve ser observado para a proposta de edição, revisão e cancelamento da súmula (art. 2º, § 3º da Lei 11.417/2006), os quais podem ser realizados de ofício ou por provocação dos legitimados.

O § 2º do art.3º da Lei 11.417/2006 trata da admissão de terceiros no procedimento, no caso, o *amicus curiae*.

O enunciado de súmula terá efeito vinculante a partir da sua publicação no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União (art.103 – A da CF e art.2º da Lei 11.417/2006). O efeito vinculante restringe-se aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta das esferas federal estadual e municipal. Não haverá suspensão de processos na edição, revisão e cancelamento do enunciado de súmula vinculante (art.6º da Lei 11.417/2006).

Os limites objetivos da súmula são dados por seu enunciado. Os julgados que a originaram contribuirão para a melhor aplicação do enunciado de sumula.³⁵²

O enunciado de súmula, uma vez publicado, terá eficácia imediata, podendo o STF, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art.4º da Lei 11.417/2006). Temos aqui um ponto que merece atenção. Trata-se do fato de a modulação de efeitos não se restringir unicamente à eficácia temporal. Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, esclarecem a questão:

“O legislador estabeleceu aqui, a possibilidade de que haja *outro tipo de restrição, além da temporal*. Por razões de segurança jurídica ou de

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao art.103-A IV: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). Comentários à Constituição do Brasil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva:Almedina, 2018.p.1538.

³⁵² FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*.14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.p.1105.

excepcional interesse público, pode ser restringida a eficácia vinculativa da súmula a pessoas ou regiões. Pode o STF, por exemplo, estabelecer que os efeitos vinculantes de certa súmula só atinjam União e Estados Federados e não municípios. Ou só municípios com população acima de determinado número de habitantes. Evidentemente, sempre tendo como pano de fundo o excepcional interesse público.

Para efeito de adaptabilidade à regra contida na súmula, pensamos poder o STF, com base neste dispositivo (art.4º), estabelecer a vinculatividade gradativa, com base num cronograma preestabelecido para a Administração Pública. Propositadamente, o legislador criou brechas para evitar o impacto da súmula, nos casos em que a segurança jurídica ou razões de excepcional interesse público tornarem isso necessário.”³⁵³ (destaques do original)

O regime jurídico relativo à modulação de efeitos é extremamente flexível, o que possibilita que a segurança jurídica seja amplamente concretizada. O mesmo se aplica a modulação de efeitos prevista para a ADIN, ADECON e ADPF.

O §3º do art.103-A, o art.7º da Lei 11.417/2006 e o inciso III do art.988, do CPC preceituam o cabimento da reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação, contra a decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente. André Ramos Tavares chama a atenção para o fato de o art.7º da Lei 11.417/2006 veicular mais uma hipótese de cabimento da reclamação não constante no §3º do art.103-A. Trata-se da negativa de vigência a súmula vinculante.³⁵⁴

Um outro ponto a ser destacado é o de que a súmula vinculante conferirá eficácia vinculante às decisões do STF em controle difuso. Isso se dará sem a necessidade da resolução do Senado Federal prevista no art.52,X, da CF.³⁵⁵

3.2.3 O Incidente de Assunção de Competência (IAC).

O incidente de assunção de competência, é um meio de uniformização de jurisprudência, que está previsto no art.947 do CPC.

³⁵³ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT.2019.p.269.

³⁵⁴ “Percebe-se que a constituição fala em contrariar a súmula vinculante ou aplicá-la indevidamente. A Lei foi mais detalhista, e elencou como causas de *descumprimento* da súmula vinculante: i) contrariar a súmula; ii) negar-lhe vigência iii) aplicar indevidamente. Em realidade, negar vigência (causa ii acrescentada pela Lei) é um corolário do cabimento da hipótese de contrariar súmula.[...]Pode-se considerar como descumprimento as súmula vinculante tanto as ações quanto as omissões que, de alguma forma, contrariem, ignorem ou neguem vigência, aplicando ou interpretando indevidamente a súmula cuja incidência seja invocada. Trata-se aqui, do descumprir como um ato de violação (em sentido amplo) da súmula vinculante.”³⁵⁴ (RAMOS TAVARES, André. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*.3ª Ed. São Paulo: Método.2009.p.76).

³⁵⁵ FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*.14ª Ed. São Paulo: Saraiva.2019.p.1106.

São duas as hipóteses de cabimento do IAC. A primeira está prevista no *caput* do art.947, que consiste na existência de relevante questão de direito com grande repercussão social sem repetição em múltiplos processos veiculada por meio de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária. A segunda está prevista no § 4º do art.947 e consiste na ocorrência de relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Nos parece que a primeira hipótese tem um viés preventivo dado que pode ser o primeiro caso a ser julgado pelo tribunal, ao passo que, a segunda, um viés repressivo dado que a controvérsia já estará instaurada.

Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres apresentam os requisitos necessários para a instauração do incidente nas suas duas hipóteses:

“Requisitos, portanto, são os seguintes, para a primeira hipótese de cabimento:

- (a) Recurso, remessa necessária ou ação de competência originária;
- (b) Questão de direito – relevante e revestida de repercussão social.

Para a segunda hipótese de cabimento:

- (a) Recurso, remessa necessária ou ação de competência originária;
- (b) Questão de direito – relevante;
- (c) Divergência interna no Tribunal ou a possibilidade de esta divergência existir;
- (d) É relevante que se diga que *não existe*, para que se possa utilizar a assunção de competência, *necessidade* que se trate de uma *questão jurídica de massa*, daquelas que se repetem aos milhares. Basta que se trate de ações que envolvam a mesma questão de direito, apesar de os casos não serem absolutamente idênticos. [...]”³⁵⁶

Satisfeitos os requisitos do art.947, *caput* ou § 4º do CPC, caberá a assunção de competência pelo órgão indicado no regimento interno do respectivo tribunal. Nessa situação haverá o deslocamento da competência do órgão encarregado do julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária para o órgão de competência mais expressiva no âmbito do próprio tribunal.³⁵⁷ O §3º do art.947 preceitua que o acórdão proferido

³⁵⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.1490.

³⁵⁷ “Com efeito, o instituto em comento opera uma verdadeira alteração de competência jurisdicional, deslocando-a para outro órgão no âmbito do próprio tribunal, de colegialidade mais expressiva, o qual, ao assumir a competência que lhe é atribuída por lei - art.947 do CPC 2015 -, passa a ser legitimado a oferecer a todos os julgadores daquele mesmo tribunal – em se tratando de TJs, TRFs, ou TRTs -, ou de todo o país – em se tratando de STF, STJ ou

vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, excetuando a hipótese de revisão. É o comando do §3º do art.947 que torna o um precedente vinculante por disposição de lei.

Cassio Scarpinella Bueno, tomando por base o *caput* do § 4º do art.947do CPC, conclui que o IAC não pode ser utilizado para o julgamento de casos repetitivos. Destaca que “[...] Para tanto, a exemplo do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos, precisaria haver “múltiplos processos” julgados em sentidos diversos, o que o *caput* do § 4º do art.947, cada um a seu modo, expressamente dispensam.”³⁵⁸

Alexandre Freitas Câmara entende que a matéria discutida no IAC deve ser repetitiva, independentemente de disposição em contrário no *caput* do art.947.³⁵⁹ Destaca que o IAC deve ser utilizado em situações em que ocorrem questões repetitivas veiculadas em processos não repetitivos:

“[...] é admissível a assunção de competência quando houver relevante questão de direito, com grande repercussão social, que não seja objeto de processos repetitivos. Quando a matéria for objeto de processos repetitivos, o tribunal deverá instaurar o *incidente de resolução de demandas repetitivas*. Há porém, questões repetitivas que surgem em processos não repetitivos. Explique-se: há casos de processos instaurados por demandas heteromórficas (ou seja, demandas que não são seriais, isomórficas), nos quais podem surgir discussão sobre uma mesma questão de direito. pense-se por exemplo, nos incontáveis processos, instaurados por demandas completamente diferentes umas das outras, em que pode surgir controvérsia acerca de alguma questão atinente ao procedimento da desconsideração da personalidade jurídica. Outro exemplo de que se pode cogitar é o dos processos de família (que definitivamente não se enquadram no conceito de ‘demandas repetitivas’), nos quais podem surgir, por exemplo, reiteradas discussões a respeito dos requisitos para a fixação da guarda compartilhada ou para a exoneração de alimentos. Ou, ainda, nos incontáveis processos absolutamente diferentes uns dos outros, em que pode surgir controvérsia sobre uma mesma questão de direito processual, como o modo como deve ser computado determinado prazo. Pois em casos assim, nos quais não seria cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas (afinal, perde-se o truísmo, só se pode instaurar o incidente de resolução de demandas repetitivas quando for o caso de *resolver demandas repetitivas*), será adequada a utilização do incidente de assunção de competência.”³⁶⁰

TST -, a única interpretação possível sobre a questio juris, uma vez que se trata de formação de um precedente vinculante.” (ZUFELATO, Camilo. Comentário ao art.947 IN SCARPINELLA BUENO, Cassio (coordenador). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol.4. São Paulo: Saraiva,2017.p.91.)

³⁵⁸ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva,2019.p.422.

³⁵⁹ “Em primeiro lugar, é preciso ter claro que, não obstante o teor do texto normativo do *caput* do art.947, o incidente de assunção de competência exige que a matéria nele discutida seja, sim, matéria repetitiva. E isto, insista-se não obstante do texto normativo constar expressamente a cláusula ‘sem repetição em múltiplos processos’. É preciso interpretar corretamente esse texto.” (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense,2018.p.251-252.)

³⁶⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense,2018.p.252.

Esse posicionamento se coaduna com o de Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres destacado no início deste tópico. Temos aqui um meio de uniformização de jurisprudência que pode ser utilizado em situações em que se aplica a identidade essencial entre os casos.

O § 1º do art.947 veicula os legitimados para a instauração do incidente: as partes, o juiz de ofício, o Ministério Público e a defensoria Pública.

Não existe procedimento previsto para o IAC, cabendo ao regimento interno de cada tribunal disciplinar o referido procedimento. Em nosso sentir são requisitos mínimos do procedimento a realização de audiências públicas, a intervenção de *amicus curiae* e os demais interessados na controvérsia, requisitos constantes no art.983 do CPC. Alexandre de Freitas Câmara entende que o art.983 e o art.984 (que tratam do procedimento para o julgamento do IRDR) do CPC devem ser observados quando do julgamento do IAC³⁶¹. Cassio Scarpinella Bueno acrescenta a esse rol os artigos 979 relativo a publicidade o art.980 relativo ao prazo máximo de 1 ano para o julgamento e os incisos II e III do art. 982 relativos à suspensão de processos e a requisição de informações aos órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, a intimação do Ministério Público para se manifestar, e a requisição de informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias³⁶². A não aplicação da tese firmada em IAC permite o ajuizamento de reclamação (art.988,IV do CPC).

3.2.4 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

O IRDR é um meio de uniformização de jurisprudência instituído pelo CPC que está em vigor. Trata-se de um meio de uniformização que tem por objeto questões idênticas que se repetem em múltiplos casos.³⁶³ É um meio de uniformização que faz uso da técnica da identidade absoluta.

³⁶¹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.255.

³⁶² SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva, 2019. p.424.

³⁶³ “Trata-se de um incidente que tem por objetivo a semelhança do que ocorre com muitos institutos do CPC em vigor, proporcionar a **uniformização do entendimento** acerca de certa **tese jurídica**. A decisão que deve ser considerada, a respeito de certa tese jurídica comum a inúmeras ações, é proferida quando se usa o instituto, no segundo grau de jurisdição. O teor **da decisão do tribunal** é o **ponto de partida** para que os juízes singulares decidam seus processos.” (destaques do original) (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.1551.)

Está enquadrado na categoria de caso repetitivos da mesma forma que os recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos (art.928,I e II do CPC). O julgamento dos casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual (Parágrafo único do art.928 do CPC).

Os requisitos para a instauração do IRDR estão previstos no art.976:

- a) Efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito(art.976,I);
- b) Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art.976,II);
- c) Não afetação por um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, de recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (§ 4º do art.976).

O risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica é o qualificador da questão repetitiva. Dessa forma verificamos que não é qualquer questão repetitiva que será objeto de IRDR. Somente aquelas qualificadas por esse risco.

A não afetação por tribunais superiores de tese a ser submetida a julgamento pelo regime de recursos repetitivos se faz necessária em função da tese obtida por meio dessa modalidade de julgamento ser aplicada em todo o território nacional. Ademais, o art.1037,II preceitua que uma vez que seja proferida a decisão de afetação, será determinada a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. Em nosso sentir é a partir desse momento que não será mais possível a instauração de IRDR. Pode ocorrer de posteriormente a instauração do IRDR se verificar afetação para julgamento de tese no regime de recursos repetitivos pelo STF e pelo STJ. Nessa situação, entendemos que o IRDR já instaurado deve ser sobrestado até a decisão final do tribunal superior, só nesta ocasião é que estará prejudicado. Caso o tribunal desafete o tema, poderá o TRF ou TJ prosseguir com o IRDR.

O reconhecimento da repercussão geral de uma questão constitucional veiculada por recurso extraordinário processado no regime de repercussão geral (avulso). Também deve ser considerado óbice para a instauração do IRDR. Nesse regime verificamos a suspensão de processos, o que por si só impede o prosseguimento processos que veiculem a mesma questão (§ 5º do art.1035 do CPC). Como sustentamos anteriormente ao tratar da ADECON, a suspensão de processo se presta a aplicação da orientação definida no julgamento a todos os processos suspensos, dessa forma, uma vez que julgamento seja realizado é essa a orientação

que deverá ser aplicada a todos os processos que veiculem a mesma questão em todo o território nacional. Se o IRDR for julgado e uma orientação contrária for definida, teremos duas orientações sobre a mesma questão no âmbito do tribunal. Dessa forma, haverá risco a segurança jurídica e violação do *caput* do art.926 dado que estar-se-á violando o dever de integridade e contribuindo para a instabilidade da jurisprudência do tribunal onde foi instaurado o IRDR. Uma vez que o STF se posicione o tribunal em que foi instaurado o IRDR deverá adequar sua jurisprudência, teses e enunciados de súmula à orientação do STF.

Merece atenção ainda o fato de não existir óbice a instauração de IRDR no mesmo tribunal em que outro IRDR já foi instaurado sobre a mesma questão. Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins de Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello entendem que uma vez instaurado o incidente outros não devem ser admitidos no mesmo tribunal. Ressaltam que se se entender pela possibilidade de instauração, deveriam todos ser dirigidos ao mesmo relator o que impedirá o risco de decisões contraditórias.³⁶⁴

Os legitimados para a propositura do IRDR estão elencados nos incisos do art.977. São eles: o juiz ou o relator de ofício, as partes por petição, o Ministério Público e a Defensoria Pública, ambos por petição. O Pedido de instauração deverá ser dirigido ao presidente do tribunal. Na hipótese de desistência ou abandono do processo haverá exame do mérito do incidente. Nessa situação o Ministério Público assumirá a titularidade do incidente (§ 1º e § 2º do art.977).

O incidente deverá ser instaurado em tribunais. Não existe especificação relativa aos tribunais em que o IRDR poderá ser instaurado. Em nosso sentir a instauração pode ocorrer nos tribunais de justiça dos estados, tribunais regionais federais, no STJ e no STF, sendo que, no caso do STF e do STJ só em relação a matérias de competências originária ou competência recursal ordinária.³⁶⁵

³⁶⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.1553.

³⁶⁵ Não existe referência no CPC a respeito de em quais tribunais poderá ser instaurado o IRDR. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que: “O incidente pode ser instaurado no TJ,TRF, TRT e no TER. Nos tribunais superiores - STF, STJ,TST,TSE e TRM – não cabe o IRDR por duas razões básicas: a) impossibilidade de lei ordinária (CPC) atribuir competência a tribunal superior para julgar ações , incidentes e recursos, tarefa exclusiva da CF; b) os mecanismos de uniformização de jurisprudência que o sistema prevê para o tribunal superior e o recurso excepcional repetitivo (RE, REsp,RR) e o recurso de embargos de divergência. Por essas ferramentas os tribunais superiores, podem uniformizar sua jurisprudência divergente, de sorte que não há interesse processual em requerer-se, nos tribunais superiores, a instauração do IRDR.” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT.2018.p.2203. Comentário ao art.976, nota nº 10.). Fábio Victor da Fonte Monnerat se posiciona no mesmo sentido: “Com o objetivo de racionalizar o julgamento de processos que versam sobre questões repetitivas não afetadas pelos tribunais superiores, via recurso especial ou extraordinário repetitivos, e de prestigiar a isonomia, segurança jurídica, celeridade e efetividade processuais, o CPC/2015 criou o incidente de resolução de demandas repetitivas regulamentando-o entre os art.

Outro ponto que merece atenção é o da publicidade do incidente. Esta deverá ser a mais ampla possível. Os artigos 979 e 927, § 5º do CPC, tratados no capítulo anterior, preceituam como deve se dar a publicidade.

O incidente será julgado pelo órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente (art.978).

Admitido o incidente o relator poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias (art.982, III).

O relator determinará ainda a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam na área abrangida pela competência do tribunal (art.982,I). A decisão de suspensão será comunicada aos juízes e órgãos colegiados que atuam na área de competência do tribunal para que efetuem a suspensão. O IRDR deverá ser julgado no prazo de um ano. Caso o prazo não seja cumprido cessará a suspensão dos processos, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (art.980).

No que diz respeito à implementação do contraditório, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Estes, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida. Findo esse prazo o Ministério Público poderá se manifestar no prazo de 15 dias (art.982, III e art.983).

Marcus de Araújo Cavalcanti destaca a necessidade de identificação minuciosa da questão jurídica objeto do incidente, aplicando-se ao IRDR o disposto no art.1037,I do CPC³⁶⁶:

976 e 987. Tal técnica tem lugar no âmbito dos tribunais de 2º grau de jurisdição, pois, para os tribunais superiores, o CPC instituiu uma técnica semelhante, a dos recursos excepcionais repetitivos, entre os arts. 1.036 e 1.041.” (FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. *Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de uniformização e aplicação*. São Paulo: Saraiva,2019.p.159-160). O STF e o STJ adotaram posicionamentos distintos sobre a matéria. O STF na PET 8245/AM, em decisão proferida pelo Ministro Dias Tofoli, adotou posicionamento no sentido de que não cabe a instauração do incidente no âmbito dos tribunais superiores. O STJ, adotou posicionamento diverso no AgInt na Pet 11.838, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, adotando o entendimento de que é cabível a instauração do IRDR no âmbito do STJ apenas nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária e desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC.

³⁶⁶ ARAÚJO CAVALCANTI, Marcus. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT, 2016.p.272. (“A decisão de admissibilidade deve identificar minuciosamente a questão jurídica submetida a julgamento por meio do incidente, a fim de possibilitar aos juízes dos casos concretos a correta identificação dos processos que serão alcançados pela eficácia suspensiva da decisão. Dessa forma, aplica-se ao IRDR o disposto no art.1037,I, do CPC, que assim estabelece para a decisão de afetação dos recursos repetitivos: ‘Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento.’”).

“A identificação pormenorizada da questão afetada ao julgamento do IRDR também é necessária porque, não só a decisão que julga o mérito do incidente, mas também a decisão de admissibilidade deve ser sucedida da mais ampla e específica divulgação e publicidade por meio, por meio do registro eletrônico do CNJ. Será por meio dessa divulgação que os interessados e advogados tomarão conhecimento das questões jurídicas submetidas a julgamento por meio do IRDR, Daí a importância de que seja identificada correta e detalhadamente a questão de direito na decisão de admissibilidade”³⁶⁷

Como destacamos ao discorrer sobre as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, a suspensão de processos tem por escopo permitir que a orientação firmada, no caso do IRDR, a tese jurídica, seja aplicada a todos os processos que veiculem a mesma questão em tramite no tribunal.³⁶⁸ Note-se que a identificação pormenorizada da questão afetada impedirá que processos sejam suspensos de forma indevida. Destacamos que diferentemente da técnica de julgamento dos recursos especial e extraordinário no regime de julgamentos repetitivos não existe para o IRDR preceito relativo à distinção na situação em que a suspensão de processos se dá de forma equivocada.

Cassio Scarpinella Bueno chama a atenção para essa situação e entende cabível a aplicação do disposto nos §§8º a 13 do art.1037 do CPC para realização da distinção.³⁶⁹ Sofia Temer frisa a importância da intimação prevista no §8º do art.1037 do CPC destacando que a intimação tem por função permitir à parte atuar para comprovar a distinção do caso e o

³⁶⁷ ARAÚJO CAVALCANTI. Marcus. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT,2016.p.273.

³⁶⁸ Fabio Victor da Fonte Monerrat esclarece a importância da suspensão de processos: “Vale ressaltar que a suspensão determinada pelos citados dispositivos é uma decorrência lógica da admissibilidade do IRDR e absolutamente coerente com o sistema de processamento e julgamento das demandas repetitivas instituído pelo CPC/2015. Isso porque a suspensão dos processos pendentes traz várias vantagens do ponto de vista pragmático, a) evita à prática de atos processuais decisórios sobre o tema até o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas; b) promove uma resposta uniforme após o julgamento incidente de resolução de demandas repetitivas (art.927,III e 985, I e II, do CPC); c) proporciona uma maior uniformidade, integridade e coerência no trato do tema, o que atende às determinações do art.926 do CPC 2015; d) evita eventuais ações de repetição de indébito de valores pagos a título de diferenças eventualmente reconhecidas como devidas por órgãos jurisdicionais isolados em contrariedade com a tese que virá a ser consagrada no presente incidente. Cumpre registrar que a suspensão alcança inclusive os processos em trâmite nos juizados especiais, uma vez que, nos termos já citado art.985,II, parte final, esses órgãos também devem observar obrigatoriamente o decidido pelo tribunal em sede de IRDR. O art.985,I, do CPC deixa claro que, fixada a orientação acerca da questão de direito repetitiva, esta deve ser obrigatoriamente aplicada por todos os órgãos subordinados ao tribunal, inclusive os juizados especiais, expressamente referidas na arte final do dispositivo.” (FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. *Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de uniformização e aplicação*. São Paulo: Saraiva,2019.p.353).

³⁶⁹ “Sobre a suspensão de processos prevista no inciso I do art.982, cabe acrescentar, com base no que, para o recurso extraordinário ou especial repetitivo, dispõem os §§8º a 13 do art.1037, que, da intimação respectiva, poderá a parte requerer o reexame da decisão respectiva, apresentando elementos que permitam à distinção entre o caso concreto e o que está sujeito ao tratamento no incidente de resolução de demandas repetitivas, requerendo, consequentemente, o prosseguimento do processo. A iniciativa é harmônica com o que o CPC de 2015 trata como ‘casos repetitivos’ (art.928) e mostra-se indispensável na compreensão do direito jurisprudencial. É indiferente, portanto, que ela não seja expressamente regada no âmbito do incidente aqui examinado.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva,2019.p.505.)

conhecimento da parte acerca da discussão do IRDR, o que permite a participação da parte no incidente.³⁷⁰ A identificação minuciosa da questão jurídica objeto do incidente tem papel fundamental no processo de distinção.

O §3º do art.982 traz comando que permite às partes, ao Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. Já o § 4º estende essa legitimidade à parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente independentemente dos limites da competência territorial. Dessa forma se um IRDR for instaurado em São Paulo, pode a parte em um processo que se discuta a mesma questão no Rio de Janeiro requerer a suspensão de processos a nível nacional.

A suspensão em nível nacional não é automática. Caberá ao presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto (§4º do art.1029 do CPC). As razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social deverão ser demonstradas no pedido de suspensão realizado.³⁷¹

O art.985 do CPC trata da aplicação da tese jurídica após o julgamento do incidente. Esta será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região^{372 373} e aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do

³⁷⁰ TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 1ª Ed. Salvador: Juspodium, 2016. p.121-122.

³⁷¹ Marcus de Araujo Cavalcanti esclarece que: “[...] Essa suspensão dependerá apenas da demonstração da existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um estado ou região.” (ARAÚJO CAVALCANTI. Marcus. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT, 2016. p.306).

³⁷² “Todavia, a parte final do inc.I do art.985 do NCPC, isto é, a aplicação da tese jurídica aos processos em tramitação nos juizados especiais do respectivo estado ou região, é *inconstitucional*. O STF já decidiu, diversas vezes, que os juizados especiais não estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais. Ou seja, os juízes que integram os juizados especiais não estão subordinados (para efeitos jurisdicionais) às decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados ou dos Tribunais Regionais Federais. Por essa razão, a imposição vinculativa da tese jurídica aos processos repetitivos em tramitação nos juizados especiais viola o texto constitucional. (destaques do original) (ARAÚJO CAVALCANTI. Marcus. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT, 2016. p.302-303).

³⁷³ “O inciso I do art.985 estabelece que a aplicação da tese definida no incidente se dará também no âmbito dos Juizados Especiais. A questão merece reflexão mais demorada porque, em rigor, o órgão de segundo grau de jurisdição dos Juizados Especiais *não são* os Tribunais de Justiça, tampouco os Tribunais Regionais Federais, e sim as turmas ou Colégios Recursais. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva, 2019. p.515).

tribunal. A tese só não será aplicada quando for revisada, sendo que somente o Tribunal que editou a tese, o Ministério Público e a Defensoria Pública são legitimados para instaurar o procedimento de revisão. Anteriormente havia previsão das partes como legitimados para o processo de revisão. Cassio Scarpinella Bueno destaca que se trata de inconstitucionalidade formal decorrente de alteração ocorrida na revisão do texto pelo Senado Federal antes do enviá-lo para a sanção presidencial. Antes da revisão às partes tinham legitimidade para instaurar o processo de revisão.^{374 375 376} A revisão deverá ser realizada pelo mesmo tribunal que firmou a orientação (art.986 do CPC).

Quando analisamos à súmula vinculante verificamos que o efeito vinculante enunciado atinge os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta. No caso do IRDR o efeito vinculante atinge unicamente os órgãos judiciários que estejam na área de competência do tribunal e juizados especiais. O IRDR repercutirá na administração pública quando for o caso de IRDR relativo à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado. Nessa situação, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. Georges Abboud e Marcus de Araújo Cavalcanti destacam que o Poder Público está vinculado à tese do IRDR. Ressaltam que no caso de não observância da tese jurídica por parte do Poder Público, o particular poderá recorrer ao

³⁷⁴ Sofia Temer entende que os legitimados para a instauração também o são para o pedido de revisão: “A superação ou revisão da tese jurídica podem ocorrer por iniciativa dos mesmos legitimados a requerer a instauração do IRDR (art.927 e art.986). Embora a versão final tenha, através de uma equivocada remissão legal, suprimido a autorização para as partes, entendemos plenamente possível que estas possam provocar a rediscussão sobre a questão jurídica.” (TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.1ªEd.Salvador: Juspodium,2016.p.254).

³⁷⁵“ O dispositivo, contudo, padece de inconstitucionalidade formal, decorrente da revisão a que o texto do CPC, de 2015 foi submetido antes de ser enviado à sanção presidencial. A remissão por ele feita ao inciso III do art.977 só surgiu naquela etapa do processo legislativo e se justifica por força do desdobramento que, na mesma oportunidade, foi efetuado no art.977, até então – é em consonância com o art.930, § 1º, do Projeto do Senado e com o art.988, § 3º, do projeto da Câmara - com dois incisos. O resultado da distinção entre legitimidade de partes (inciso II do art.977) e do Ministério Público e da Defensoria Pública (o novo e só então criado inciso III do art.977) é o que somente essas entidades passaram a ter legitimidade para o pedido de revisão do art.986, não às partes. Ocorre que – é isto que importa evidenciar – as partes ostentavam, até então, legitimidade para aquele mesmo fim” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. Novo Código de Processo Civil Anotado.2ª Ed. São Paulo: Saraiva,2016.p.810-811.Comentário ao art.986).

³⁷⁶ Marcus de Araújo Cavalcanti destaca que havia previsão das partes como legitimados à revisão no substitutivo da Câmara dos Deputados, a qual, foi excluída na fase de revisão do texto no Senado. Esclarece ainda que: “A falta de legitimidade das partes para formularem o pedido de revisão de tese jurídica contribuirá enormemente para o engessamento da jurisprudência, visto que normalmente são elas que identificarão os fundamentos necessários e terão interesse maior na revisão do precedente. Não há qualquer justificativa para essa restrição. (ARAÚJO CAVALCANTI. Marcus. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). São Paulo: RT.2016.p.348).

judiciário e obter liminar *inaudita altera parte* (art.311,II do CPC).³⁷⁷ O que indica uma vinculação similar à dos enunciados de súmula vinculante.

Decidido o incidente, caberá recurso extraordinário ou especial, em função da matéria a que se refere a questão, com efeito suspensivo e, no caso de recurso extraordinário, com repercussão geral presumida (art.987, *caput* e § 1º do CPC). Caso um ou ambos os recursos não sejam interpostos cessará a suspensão dos processos prevista no art.982,I (§ 5º do art.982).

Com a apreciação do mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito (§ 2º do art.987 do CPC). Temos aqui íntima conexão com os comandos dos §3º e 4º do art.982 e §4º do art.1029. Dada a suspensão dos processos ainda quando o incidente tramitava no tribunal regional federal ou no tribunal de justiça, a tese será aplicada a todos os processos suspensos naquela ocasião e aos que vierem a tramitar em todo o território nacional.

A não observância da tese firmada no IRDR dá ensejo à reclamação (art.985, § 1º e art.988,IV).

3.2.5 O recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral.

³⁷⁷ Georges Abboud e Marcus de Araújo Cavalcanti destacam que o dever de oficiar os órgãos de fiscalização acaba por vincular o Poder Público: “Com relação ao IRDR, circulou entendimento de que seria desnecessária a inclusão via emenda constitucional do efeito vinculante tal qual feito para a súmula vinculante, porque a segunda também atingiria a Administração Pública. Esse entendimento é absolutamente inconsistente. Tanto a súmula vinculante quanto o IRDR irão atingir a Administração Pública se ela for destinatária do comando normativo. Todavia, o próprio CPC/2015 traz dispositivo expresso no sentido de que a Administração Pública deverá observar a tese jurídica firmada no julgamento do IRDR. Conforme determina o art.985, § 2º: “Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.” Não há dúvidas de que o art.985, § 2º, do CPC 2015 traz uma determinação aos órgãos da Administração Pública e, especialmente, às Agências Reguladoras no sentido de observar a *efetiva aplicação*, em seu âmbito de fiscalização, da tese jurídica adotada no julgamento do incidente. Como o IRDR apenas resolve a questão de direito *em abstrato*, a efetiva aplicação da tese jurídica, por parte dos entes sujeitos à regulação, somente ocorrerá se a Administração Pública fiscalizar e determinar, *concretamente*, a observação da decisão de mérito do incidente. Ademais se a questão jurídica a ser dirimida no incidente for referente a um tributo federal ou municipal, o julgamento não atingirá respectivamente a União e os Municípios? Obviamente que sim. Se a Administração Pública não observar a tese jurídica firmada em IRDR, o particular poderá regressar em juízo com sua demanda e requerer, *inaudita altera parte*, a concessão da tutela provisória de evidência (art.311,II do CPC/2015). Do contrário, nas lides em que figurasse o Poder Público, a decisão paradigma do incidente vincularia pela metade, tão somente o particular. Nessa perspectiva, não faz o menor sentido a afirmação de que seria desnecessário introduzir o incidente mediante emenda constitucional porque ele não vincularia a Administração Pública.” (ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcus de Araújo. O Sistema Decisório Brasileiro em Risco. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; GONZAGA JAYME, Fernando. A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2017.p.467-468).

Os tribunais superiores, no caso brasileiro o STF e o STJ, tem como função a uniformização da interpretação e aplicação do direito em todo o território nacional. As decisões proferidas por esses tribunais têm como escopo uniformizar a aplicação da constituição e da lei em todo o território nacional. Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas esclarecem esse ponto:

“Essa função orienta-se à conformação da manutenção de forma sistemática do direito e à garantia do respeito *aos princípios da igualdade perante a lei e a legalidade*. Em outras palavras, busca-se que haja uniformidade na aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência.

Para cumprir essa função, os recursos dirigidos aos tribunais de cúpula dos diversos países se prestam a uniformizar a jurisprudência nacional, verificando, nos casos particulares que lhes são levados a exame, se as regras de direito material e processual foram bem aplicadas. No caso do recurso extraordinário brasileiro, esse exame se limita à verificação da melhor interpretação das regras e princípios constitucionais.”³⁷⁸ (destaques do original)

Como podemos observar o escopo desses recursos restringe-se à questões envolvendo o direito aplicável ao caso veiculado pelo recurso. Não se prestam dessa forma à discussão relativa aos fatos. Por meio desses recursos é analisado se o ordenamento jurídico foi aplicado corretamente. Por esse motivo enquadram-se na categoria de recursos de estrito direito.³⁷⁹

Nosso objetivo nesse tópico será a análise do recurso extraordinário avulso. O CPC faz referência a esse recurso como recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral em contraposição ao recurso extraordinário julgado no regime de recursos repetitivos.

O recurso extraordinário está previsto no art.102,III da CF e arts.1029 a 1035 do CPC. Trata-se de um recurso destinado a uniformizar o entendimento a respeito da constituição em todo o território nacional. Cabe ao STF o julgamento do recurso extraordinário.

A Constituição Federal veicula as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

³⁷⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT,2019.p.323.

³⁷⁹ “A denominação recursos de estrito direito leva em consideração o seu âmbito de abrangência. Analisam-se, no julgamento dessa espécie de recurso, aspectos exclusivamente jurídicos da decisão, ou seja, questões exclusivamente de direito (questio juris). Isso porque, em geral, os objetivos precípuos e imediatos desses dizem respeito à observância e correta aplicação do ordenamento jurídico.” (destaques do original) (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*.18ª Ed. São Paulo: RT,2019.p.1367).

[..]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Analisando o inciso III do art.102 da CF, verificamos que são três os requisitos para a interposição do recurso extraordinário:

- (a) Causas decididas;
- (b) em única ou última instância;
- (c) a decisão recorrida deve se enquadrar em uma das hipóteses elencadas nas alíneas do inciso III da art.102 da CF;
- (d) demonstração da repercussão geral.

Por meio de recurso extraordinário serão julgadas as causas decididas em única ou última instância. Resta saber quando uma causa é considerada decidida. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que “[...] causa é, toda questão decidida por meio de atividade jurisdicional, em última ou única instância. [...]”³⁸⁰ A manifestação a respeito da questão objeto do recurso extraordinário deve se dar de forma expressa na decisão recorrida para que fique caracterizada a “causa decidida”. Essa decisão caracteriza o chamado prequestionamento.³⁸¹ Quando a questão não é decidida no acórdão pode-se opor embargos de declaração com o intuito obter manifestação a respeito da questão na decisão.

O STJ e o STF têm posicionamento distinto a respeito de quando se caracteriza o prequestionamento. O enunciado de súmula 211 do STJ preceitua que: “Inadmissível recurso

³⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2019, p.992 Comentário ao art.102. Nota 55..

³⁸¹ “Por meio do RE, o STF somente revê julgamentos dos tribunais inferiores. A competência do STF para julgar o RE não é originária, mas sim recursal, o que significa que o STF somente rejulga questões já julgadas na instância inferior. Assim, apenas quando tiver sido decidida a causa é que, em tese, cabe RE ao STF, se o recorrente alegar que o tribunal a quo proferiu julgamento com infringência ao texto constitucional federal. Questão não decidida na instância inferior não enseja revisão por meio do RE: o que não foi decidido não pode ser redecidido (revisão). Daí por que tem razão o STF quando exige o prequestionamento da questão constitucional, para que possa conhecer o RE (STF 252 e 356). Pquestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se sobre a questão constitucional, previamente a interposição do RE [...]” (destaques do original) (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2019, p.992. Comentário ao art.102. Nota 56).

especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.” Verificamos que a oposição de embargos de declaração sobre o ponto omissa da decisão, por si só não enseja a caracterização do prequestionamento. Uma vez que os embargos de declaração sejam opostos ao acórdão, sendo os embargos inadmitidos, rejeitados ou, se admitidos, o vício não seja sanado, caberá a interposição de recursos especial por violação ao art.1022. Em sendo provido a decisão será cassada e uma nova deverá ser proferida com a correção do vício. O STF por outro lado possui dois enunciados de súmula sobre o assunto. O enunciado 282 da súmula do STF preceitua que “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. O enunciado de súmula 356 do STF possui redação com orientação diversa: “O ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” A simples oposição de embargos de declaração sobre o ponto omissa da decisão, havendo ou não manifestação a respeito, caracteriza o prequestionamento. Temos aqui posicionamento conflitante a respeito do prequestionamento no âmbito do STF e do STJ, o que enseja regimes distintos a depender da corte em que se pretende recorrer.

O CPC 2015 adotou a orientação do STF no art.1025, o qual possui a seguinte redação: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”³⁸² Dessa forma, uma vez que os embargos declaratórios sejam opostos contra a decisão e sejam rejeitados ou inadmitidos e o tribunal (STF ou STJ) reconheça a existência dos vícios de erro, omissão, contradição ou obscuridade, estará caracterizado o prequestionamento. Trata-se do chamado prequestionamento ficto.³⁸³

³⁸² Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins de Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello esclarecem que:” Na verdade, o dispositivo diz respeito principalmente à hipótese de omissão, embora possam-se configurar hipóteses em que seja possível ao tribunal Superior ter por “corrigida” a contradição ou a obscuridade, sem determinar a volta dos autos.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.p.1642).

³⁸³ Cassio Scarpinella Bueno é contrário ao entendimento adotado no art.1025 do CPC. Entende que a orientação veiculada no enunciado de súmula 211 do STJ é a mais acertada. Frisando que: “É que a causa tem de ser efetivamente decidida para o cabimento dos recursos especial e extraordinário (sempre os incisos III do art.102 e 105 da CF), não bastando que seja suposto no acórdão recorrido, o que deveria ser sido decidido, mas não foi. Tanto o acórdão não decidiu, como deveria ter decidido, que a aplicação do art.1025 supõe que o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça ‘considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade’, isto é, ao menos um dos vícios que motivaram a apresentação dos declaratórios.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*.^{8ª} Ed. São Paulo: Saraiva.2019.p.663).

As causas devem ser decididas em única ou última instância, isto é, “[...] a parte interessada deve manejar todos os demais recursos, desde que sejam cabíveis, para só então, uma vez não sendo mais possível a impugnação por aqueles, se possa valer dos recursos especial e extraordinário.[...]”³⁸⁴ Por impugnação deve-se entender a impugnação por meio de recursos o que não se aplica aos meios autônomos de impugnação.³⁸⁶

Não existe restrição quanto ao órgão prolator da decisão, o que permite que uma decisão de turma recursal dos juizados especiais seja impugnada por meio de recursos extraordinário.

As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário estão contidas nas alíneas do inciso III do art.102 da CF. As alíneas *b, c* e *d* são espécies da violação contida na alínea *a*, isto é, “contrariar dispositivo da constituição”. Em todas essas hipóteses estar-se-á contrariando dispositivo da constituição, o que torna a alínea *a* o fundamento propriamente dito.³⁸⁷ As hipóteses de cabimento não são cumulativas, diferentemente do que ocorre com os demais requisitos para a interposição do recurso extraordinário.³⁸⁸

³⁸⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019, p.1398.

³⁸⁵ Súmula 281 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

³⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2019, p.993. Comentário ao art.102. Nota 57.

³⁸⁷ “[...] parece-nos, efetivamente, que na alínea *a*, do art.102, III, da CF/1988, podemos vislumbrar verdadeiro fundamento de todo recurso extraordinário, isso porque tanto a alínea *b*, *c*, quanto a *d*, são desdobramentos, em certa medida, da alínea *a*, que facilitam o cabimento do recurso extraordinário. E isso se dá porque quando se declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art.102,III,b, da CF/1988), em verdade se está analisando a existência ou não de contrariedade dessa decisão de *controle de constitucionalidade*, em face da Constituição Federal. No mesmo sentido, quando se julga válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição (art.102,III, c, da CF/1988), isto é, há alegação de *potencial* contrariedade à Constituição Federal, que será analisada no julgamento do recurso. Igualmente quando se julgar válida lei local contestada em face de lei federal, sendo que, nessa última, como se viu oportunamente ao tratarmos as razões que levaram o constituinte derivado a incluir, no art.102,III, a alínea *d*, se está diante de uma potencial contrariedade a uma norma relativa à competência constitucional legislativa. A rigor, portanto, as hipóteses da alíneas *b, c* e *d* já estariam albergadas na alínea *a*, pois envolvem a análise de contrariedade à Constituição Federal. Por isso, se afirma, a nosso ver corretamente, que o *fundamento*, propriamente dito, é sempre o constante da alínea *a*, ou seja, (alegada) contrariedade à Constituição Federal. As alíneas *b, c* e *d*, ao contrário do que se poderia, equivocadamente, concluir a partir de uma leitura superficial, são hipóteses específicas em que pode ter ocorrido contrariedade à Constituição Federal. (ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019, p.1442).

³⁸⁸ “Vale destacar que, enquanto as exigências examinadas pelos números anteriores são cumulativas, assim como o é, para o recurso extraordinário, a existência da ‘repercussão geral’, as hipóteses agora analisadas são alternativas, isto é, o cabimento do recurso extraordinário depende, a um só tempo, de ‘causa decidida’ por ‘única ou última instância’ que ostente ‘repercussão geral’, desde que ela tenha ‘contrariado a Constituição’ ou ‘declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal’ ou ‘julgado válida lei ou ato do governo local contestado em face da constituição’ ou ‘julgado válida lei local contestada em face de lei federal’.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p.690).

Sobre a hipótese de cabimento constante na alínea *a* (contrariar dispositivo desta Constituição) o termo contrariar deve ser entendido como sinônimo de violar, contrastar ou infringir dispositivo da constituição.³⁸⁹

A alínea *b* veicula a hipótese de a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Arruda Alvim esclarece que nesse dispositivo ocorre o controle de constitucionalidade de leis e de tratados, os quais possuem hierarquia legal, ou dos tratados de direitos humanos, que se internalizados em consonância com o art.5º, § 3º terão status de emenda à constituição.³⁹⁰

A alínea *c* trata da situação em que a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. Sobre esta alínea, Cassio Scarpinella Bueno destaca que:

“A afirmação de que o ato normativo local é constitucional acarreta, por isso mesmo, ‘questão constitucional federal’ porque desafia a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre se a decisão recorrida está certa ou errada, ou seja, se a norma local está, ou não, afinada aos ditames da Constituição Federal. Caso contrário o recurso extraordinário não deve ser admitido. A competência *extraordinária* do Supremo Tribunal Federal só será legitimamente exercida para o controle de questões constitucionais *federais*.”³⁹¹

Vale destacar que não necessariamente a controvérsia envolverá invasão de competência de um ente sobre a do outro. Pode ocorrer de haver questões envolvendo a interpretação da constituição, como por exemplo o de que a união regulou matéria de competência estadual.³⁹²

³⁸⁹ “O verbo ‘contrariar’ merece interpretação ampla como sinônimo de violar, contrastar, infringir. Qualquer decisão, enquanto presentes as exigências do art.102,III, da Constituição Federal, que, de alguma forma, aplica dispositivo da Constituição Federal, rende ensejo ao seu contraste perante o Supremo Tribunal Federal para que aquele Tribunal verifique o acerto ou o desacerto da interpretação adotada pela decisão recorrida.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva.2019.p.691).

³⁹⁰ “O fundamento do recurso extraordinário interposto com fulcro na alínea *b* será sempre que a decisão, ao declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, violou a Constituição Federal. Isto é, há de se alegar que o controle difuso de constitucionalidade não se deu de forma adequada, sendo necessária a reapreciação e a reforma da decisão pelo STF. Embora a hipótese de cabimento possa ser considerada objetiva, ou seja, basta abstratamente a declaração de inconstitucionalidade de lei federal, diante do requisito da dialeticidade, a parte deve demonstrar, na peça recursal, as razões (fundamentos constitucionais) pelas quais compreende que a decisão deve ser reformada. Comente nesse caso estará apto o recurso extraordinário a ser admitido.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*.18ª Ed. São Paulo: RT.2019.p.1450).

³⁹¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva.2019.p.693.

³⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. *Comentário da alínea *a*, do inciso III do art.102 IN: CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.7ª Ed Coimbra: Almedina.2018.p.1493.

A alínea *d* trata da decisão recorrida que julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Trata-se de situação que se discute a competência para a elaboração da lei.³⁹³

Outro requisito previsto na CF para a interposição do recurso extraordinário é que a questão submetida à apreciação do STF tenha repercussão geral, o que pode ser observado no § 3º do art.102 da CF, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Trata-se de “[...]um filtro em relação ao cabimento do recurso extraordinário, donde se conclui que há recursos que cabem e haverão de ser examinados pelo STF, e há os que – *porque despidos do requisito da repercussão geral* - não cabem. [...]”³⁹⁴ O recurso extraordinário avulso, isto é, julgado no regime de repercussão geral está disciplinado nos arts.1029 a 1035 do CPC.

O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal (§ 2º do art.1035 do CPC), sendo que o STF só poderá negar a existência da repercussão geral pela manifestação de dois terços de seus membros (§3º do art.102 da CF). Daí podemos tirar duas conclusões. A primeira é de que compete exclusivamente ao STF determinar se a questão veiculada no recurso extraordinário possui ou não a repercussão geral. A segunda é a de que em função do quórum necessário para a negativa de existência de repercussão geral a competência para o julgamento será o pleno do STF.³⁹⁵

Um ponto merece especial atenção. A repercussão geral não é do recurso, é da questão constitucional por ele veiculada.^{396 397} Dessa forma, para que um recurso extraordinário

³⁹³ “Quando se discute a validade de lei local em face de lei federal, estar-se-á em face de uma querela relacionada à competência cuja matéria está regulada na Constituição Federal. Fora disso, adentra-se no terreno das antinomias. Logo não se estará diante da hipótese em tela. É que a análise do recurso extraordinário interposto por essa alínea depende da configuração nos autos de conflito de competência legislativa entre os entes da Federação, não sendo cabível, no entanto, quando há mera pretensão de revisão da interpretação dada a norma infraconstitucional [...]” (MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário da alínea *a*, do inciso III do art.102 IN: CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição.7ª Ed Coimbra: Almedina2018,p.1493).

³⁹⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes.18ª Ed. São Paulo: RT.2019.p.1442. (destaques do original).

³⁹⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.1671..

³⁹⁶ “O ponto controvertido (portanto a questão), para fins de recurso extraordinário, deverá assumir o *status* de *questão constitucional*, e será a afirmação (relevante e controvertida) de que a decisão recorrida a) violou dispositivo da constituição; b)declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; ou d) julgou válida lei local contestada em face de lei federal. Ou seja, afirmando no recurso extraordinário, por exemplo, que determinada norma é inconstitucional e que o tribunal de origem a aplicou para proferir sua decisão, por presumi-la válida, o recorrente terá suscitado uma questão constitucional.Na perspectiva do STF, esta questão constitucional reclamará decidir se a referida norma é ou não constitucional e por quê.É esta questão constitucional que terá ou não repercussão geral, isto é, receberá dos ministros a análise quanto a relevância do seu exame de mérito, sob os aspectos jurídicos, político, econômico e social, e quanto à potencialidade de esse exame influenciar diretamente na solução de outros casos.” (SCHILLING FERRAZ, Taís. O Precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva.2017.p.140).

³⁹⁷ “[...] Não se justifica a escolha de novo recurso, que possa ter fundamentação melhor. Isto porque a repercussão geral deverá estar contida na questão jurídica de fundo que é comum a todos os recursos. Se não estiver, não fará

seja processado deve veicular questão que possua repercussão geral. Trata-se de pressuposto para o processamento do recurso no STF. A ausência de repercussão geral da questão veiculada no recurso extraordinário ensejará o não conhecimento do recurso (art.1035, *caput* e art.322 do RISTF)

Para a aferição da repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo (§ 1º do art.1035 do CPC e parágrafo único do art.322 do RISTF). Colocando de outra forma, a questão veiculada no recurso extraordinário deverá transcender o caso concreto analisado, o que não implica necessariamente que a questão atinja um número grande de pessoas.^{398 399}

Em três situações a repercussão geral é presumida: se o acórdão impugnado contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal pela maioria absoluta dos membros do pleno ou órgão especial do tribunal (as duas hipóteses estão previstas no § 3º do art.1035) e na hipótese do recurso extraordinário interposto contra acórdão que julga o IRDR (art.987).⁴⁰⁰

sentido a escolha de outro recurso que represente a controvérsia.” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT.2018.p.2453. Comentário ao art.1035. Nota 24).

³⁹⁸ “[...] Na verdade, porém, o que interessa, para que o recurso extraordinário seja conhecido, é a **relevância**, é a importância, **da questão constitucional**, ventilada no recurso, do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, relevância esta que deve **ultrapassar e muito o âmbito do interesse individual das partes**. Veja-se que não se trata de avaliar o número de pessoas atingidas pela decisão de uma forma direta e imediata. Há repercussão geral (jurídica) até em recurso interposto em ação que corre entre Maria e João, se o que se discute na causa é, por exemplo, o conceito de direito adquirido ou de coisa julgada.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.1671). (destaques do original)

³⁹⁹ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery fornecem exemplos de questões que terão repercussão geral: questões atinentes a direitos humanos(art.5º da CF); dignidade da pessoa humana (art.1,III da CF), cidadania, nacionalidade, direitos políticos, soberania nacional, cultura, símbolos nacionais, ordem econômica etc. (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2019. p.1002. Comentário ao art.102. Nota 90).

⁴⁰⁰ Georges Abboud entende que as situações em que ocorre violação à direito fundamental deveriam estar no rol das situações em que a repercussão geral é presumida: “Nos casos em que ocorre violação ao direito fundamental do cidadão, em regra, não será viável a demonstração de que o julgamento do recurso extraordinário constituirá paradigma para decisão de casos futuros, até mesmo porque, costumeiramente, os acórdãos dos tribunais que violam direitos fundamentais do cidadão o fazem tendo em vista a particularidade do caso concreto, *e.g.*, impedem o litigante de exercer, proferem decisão arbitrária, negam-lhe decisão à prova etc. [...] Nessas hipóteses, em que os tribunais locais proferem acórdãos que violam direito fundamental do litigante, se a repercussão geral incidir como elemento que trata da demonstração de que a questão jurídica servirá de paradigma para diversos casos paradigmáticos, a repercussão geral, praticamente inviabilizará todos os recursos extraordinários que versarem sobre direitos fundamentais. Essa disposição não consiste em interpretação constitucionalmente adequada da repercussão geral. Vale dizer, a partir dela não se alcança a resposta correta do caso concreto. Desse modo, se a questão constitucional posta no recurso extraordinário referir-se à violação á direito fundamental, a repercussão geral deverá ser interpretada em conformidade com a sistemática da Constituição Federal que confere ampla proteção aos direitos fundamentais, a fim de desobrigar o particular de demonstrar que a solução jurídica de seu recurso

Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão e tramitem em todo o território nacional (§ 5º do art.1035 do CPC). A suspensão de processos, como já afirmamos ao longo desse trabalho, tem por escopo que uma vez que a tese seja firmada, seja aplicada a todos os processos pendentes. Casos similares devem ter a mesma decisão, no caso, a aplicação da mesma tese jurídica.⁴⁰¹ O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus (§ 9º do art.1035 do CPC).

Taís Schilling Ferraz faz observação digna de menção relativamente à suspensão dos processos a qual sintetizaremos a seguir.⁴⁰² Quando o CPC preceitua no § 9º do art.1035, que uma vez reconhecida a repercussão geral de uma questão deve-se suspender o processamento de todos os processos pendentes que veiculem a mesma questão. Não se verifica referência a realização do juízo de admissibilidade desses recursos. O comando trata apenas da suspensão dos processos, independentemente de ter sido realizado o juízo de admissibilidade, até o julgamento do recurso paradigma. Os processos sobrestados nos quais ocorra a impugnação de acórdão que veicule entendimento contrário ao do STF serão enviados para o

extraordinário consistirá em paradigma para a solução de diversas outras demandas. Sendo assim, se a questão constitucional suscitada no recurso extraordinário corresponder à violação ao direito fundamental do cidadão, a repercussão geral deverá ser presumida, tendo em vista a natureza jurídica desses direitos, ficando desobrigado o recorrente a evidenciar que a decisão de seu recurso extraordinário criará paradigma para solução de diversos casos semelhantes. Aliás, seria no mínimo desarrazoado admitir-se, conforme preceitua o §3.º do art.1035 do CPC, que sempre haveria repercussão geral se o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante ou declare inconstitucional lei ou tratado, e não se admitir a existência da repercussão geral quando o apelo extraordinário impugnar decisão contrária ao direito fundamental. Destarte, a leitura constitucionalmente adequada da repercussão geral deve direcionar para a seguinte conclusão: sempre que o recurso extraordinário impugnar decisão violadora de direito fundamental, a repercussão geral deverá ser presumida. Essa presunção é imprescindível uma vez que o STF, na qualidade de órgãos máximo do Judiciário e Guardião da Constituição, deve assegurar a tutela desses direitos que são, por sua natureza, oponíveis ao Poder Público, inclusive ao Judiciário – que não lhes pode negar vigência ou violá-los”.(ABBOUD, Geroges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed. (revista, atualizada e ampliada). São Paulo. RT,2019.p.986-987).

⁴⁰¹ “[...] O dispositivo foi concebido com o objetivo de alcançar situações em que se discutem direitos que sejam objeto de discussão em diversas ações em curso no país, não necessariamente de massa. Não se trata aqui de julgamento de recurso extraordinário no recurso dos repetitivos. Todavia, se espera que não prevaleça a tendência de se estender que só haveria **repercussão geral** em casos ligados a **questões de direito** que dizem respeito a centenas de milhares de pessoas, ainda que não sejam de massa. O STF, já sensível a esta necessidade, apesar de não haver previsão expressa no NCPC em vigor, já vem decidindo nesse sentido. As ações podem estar no 1º Grau, em 2º Grau; pode-se tratar de execução (salvo se for de título judicial transitado em julgado). O importante é prevenir a existência de decisões discrepantes daquilo que o STF decidirá, quando apreciar o mérito do recurso.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.1673). (destaques do original)

⁴⁰² SCHILLING FERRAZ, Taís. O Precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017.p.164-170.

juízo de retratação (art.1030,II). Isso é possível pois nessa situação estamos diante de exercício de competência própria dos tribunais de origem.

Dentre os vícios que podem ser observados em um recurso, o único que não é tolerado é o da intempestividade dado que não impede que se forme a coisa julgada sobre a decisão recorrida⁴⁰³. Nessa situação, pode a parte pedir que o recurso seja excluído da suspensão. Se a decisão impugnada tiver orientação contrária à do STF, será possível o juízo de retratação que uma vez refutado permitirá que o juízo de admissibilidade do recurso seja realizado e uma vez que o recurso supere essa fase será remetido ao STF (art.1030,II e V,c).

Outro ponto destacado é o de que como os tribunais locais não tem competência para o julgamento do mérito, mas podem desconsiderar vícios dos recursos, o que justificaria levar ao juízo de retratação um recurso eivado de um vício de regularidade formal. Destaca tratar-se de leitura sistemática do sistema constitucional e ordinário que independeria de modificação da legislação ocorrida. Dessa forma:

“Pretende-se o efeito multiplicador das decisões do STF, evitando-se que cada caso chegue individualmente, quando versar questão já decidida ou a ser decidida pela Corte. Objetiva-se evitar que processos sejam finalizados com soluções contraditórias em matéria de interpretação da Constituição, com prejuízos à isonomia. Busca-se poupar ações rescisórias para a reversão de julgamentos contrários ao entendimento do STF. Na quadra atual, é preciso dar outra significação aos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários. É preciso interpretá-los à luz do novo regime constitucional e legal.”⁴⁰⁴

Do que acabamos de expor podemos extrair duas conclusões. Primeiramente, o juízo de retratação consiste em uma ferramenta muito importante para a uniformização de jurisprudência no recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral. Trata-se de mecanismo que permite que uma decisão já proferida possa ser adequada ao entendimento do STF, adequando a jurisprudência do tribunal *a quo* à jurisprudência do STF. A outra conclusão é a de que o único vício que impede a suspensão do processamento e a inadmissão do recurso

⁴⁰³ Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...) § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. (...)

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

⁴⁰⁴ SCHILLING FERRAZ, Taís. *O Precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017.p.166.

extraordinário é o da intempestividade dado ser o único que jamais poderá ser sanado (art.1029, § 3º c/c art.1035, § 6º). Nesse sentido Tais Schilling Ferraz destaca que como “se percebe, a relevância e a transcendência da questão de fundo permite superar os pressupostos formais de admissibilidade.”⁴⁰⁵

O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (§ 4º do art.1035). Temos aqui hipótese de intervenção do *amicus curiae*, assunto que será tratado mais adiante.

Uma vez que o mérito da questão constitucional veiculado pelo recurso extraordinário seja analisado pelo STF, cinco são as situações possíveis, no âmbito do tribunal a quo. A primeira situação está prevista no art.1030,I,a, segunda parte, que dispõe que será negado o seguimento aos recursos extraordinários interpostos contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral. Dessa decisão caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021 (§ 2º do art.1030).

Negada a repercussão geral sobre a questão constitucional veiculada no recurso o presidente, ou o vice-presidente, do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados que versem sobre matéria idêntica (§ 8º do art.1035 e art.1030,I,a, primeira parte, ambos do CPC).⁴⁰⁶ Dessa decisão caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021 (§ 2º do art.1030 do CPC).

Na hipótese de o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral, o processo que o originou será encaminhado ao órgão julgador para realização do juízo de retratação(art.1030,II).

A outra possibilidade está no inciso V do art.1030, que trata da realização do juízo de admissibilidade que, sendo positivo, implicará no envio do feito ao Supremo Tribunal Federal desde que:

- a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;
- b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou
- c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

⁴⁰⁵ SCHILLING FERRAZ, Taís. *O Precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva,2017.p.168.

⁴⁰⁶ “[...] A negativa repercute para todos os recursos que versem sobre a mesma tese, de modo que os RE cujo procedimento se encontrava sobrestado serão automaticamente indeferidos (não conhecidos) por falta do pressuposto especial da repercussão geral. O STF noticiará os tribunais locais sobre o indeferimento automático, para que promovam o arquivamento dos RE sobrestados. [...]” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT,2019.p.2453. Comentário ao art.1035. Nota 24).

O § 1º do art.1030 preceitua que se nessas situações ocorrer decisão de inadmissibilidade caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.

Não existe comando relativo à aplicação da tese jurídica aos recursos sobrestado. Pode-se fazer uso da analogia e aplicar o inciso III do art.1040 do CPC que trata do julgamento dos recursos repetitivos. Nessa situação, os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior. Ao que parece esse comando está implícito no art.1030,I,a, do CPC.

A decisão em que ocorrer a negativa da repercussão geral relativa à questão constitucional é irrecorrível (art.1035, caput e art.326 do RISTF).

Cabe aqui uma observação, não existe previsão de recurso para a decisão relativa ao agravo interno previsto no art.1030, § 2º. Georges Abboud destaca que por se tratar de competência exclusiva do STF aferir se a questão veiculada no recurso extraordinário possui repercussão geral, deve-se interpretar o art.1030, § 2º do CPC conforme a constituição. Dessa forma, é cabível o agravo do art.1042.⁴⁰⁷ Arruda Alvim adota o mesmo entendimento propondo a realização de uma interpretação conforme a constituição na parte final do art.1042 do CPC no sentido de admitir o agravo do art.1042 da decisão do agravo interno.⁴⁰⁸ Cassio Scarpinella

⁴⁰⁷ “[...] contra a decisão colegiada do TRF ou TJ que, ao julgar o agravo interno, mantém a decisão do Presidente ou Vice-Presidente do tribunal que negou seguimento ao RE/REsp ou julgou a questão do sobrestamento, é conclusão que se extrai do sistema constitucional, para que se dê aos arts. 1030, § 2º e 1042 conformidade constitucional, que fixa a competência do STF e do STJ para julgar o RE e o REsp, respectivamente. isto significa que a sistemática trazida pela reforma constante da Lei 13.256/2016 só não será inconstitucional se se der aos dispositivos aqui mencionados interpretação conforme a Constituição.” (ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed. (revista, atualizada e ampliada). São Paulo. RT,2019,p.982).

⁴⁰⁸ “Na hipótese de o *agravo interno* ser improvido, pelo texto expresso do CPC/2015 não é cabível a interposição de qualquer recurso. Temos, no entanto, que a parte final do art.1042 do CPC/2015 deve ser interpretada em conformidade com a Constituição, no sentido de se admitir, em face dessa decisão, que resolve o *agravo interno*, o cabimento do agravo em recurso especial ou extraordinário. Dissentir disso consubstanciaria reconhecer a limitação da competência constitucional do STJ e STF, por meio de lei ordinária, o que evidentemente é inconstitucional. Somente assim é possível garantir ao recorrente o direito à análise, pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Superior Tribunal Federal, de seu recurso, ainda que seja para inadmiti-lo. É preciso, pois atentar-se para a redação do art.1030, § 1.º, bem como da parte final do art.1042, para o fim de, a respeito desses dispositivos, ser realizada uma interpretação que não obstaculize o acesso ao Tribunal Superior competente, segundo previsto pela Constituição Federal, para o juízo definitivo de admissibilidade do recurso. Destarte, caso o órgão colegiado do tribunal *a quo* mantenha a inadmissão do recurso de agravo interno (art.1021), quer porque dele não conheceu, quer porque lhe foi negado provimento, dessa decisão colegiada deverá caber agravo ao Tribunal Superior respectivo, a quem é dada a competência constitucional e definitiva para a admissibilidade do recurso especial ou extraordinário. Essa interpretação se coaduna com a operatividade que a inovação legislativa, promovida pela Lei nº 13.256/2016, criou e se compatibiliza com a norma constitucional disposta a nos arts. 102,III, e 105,III, da Constituição Federal. (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*.18ª Ed. São Paulo: RT,2019,p.1480-1481).

Bueno entende que do acórdão do agravo interno pode ser interposto outro recurso extraordinário ou especial sem prejuízo da reclamação prevista no inciso II do § 5º do art.988.⁴⁰⁹

No âmbito do STF, a Presidência recusará recursos cuja matéria carecer de repercussão geral, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. O mesmo procedimento deverá ser seguido pelo Relator sorteado, quando o recurso não tiver sido liminarmente recusado pela Presidência (art.327 do RISTF, *caput* e § 1º). Da decisão que recusar o recurso caberá agravo (§ 2º art.327 do RISTF).

A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão (§ 11 do art.1035 do CPC).

Temos aqui dispositivo diretamente relacionado com a suspensão dos processos, com a negativa de seguimento dos recursos sobrestados e com a aplicação da tese jurídica aos recursos sobrestados (caso em que a repercussão geral da questão constitucional é reconhecida e o consequente julgamento e definição da tese). O dispositivo comentado se coaduna com o §5º do art.927, artigo sede relativamente à publicidade dos precedentes e com o 979 do CPC que trata dos parâmetros relativos à divulgação da seleção da questão e do resultado do julgamento e consequente definição da tese jurídica. Merece atenção que o §3º do art.979 preceitua aplicação dos parâmetros de publicidade veiculados no art.979 ao recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral. Os preceitos ora comentados estão concretizados no art.329 do RISTF.

O art.1030 do CPC teve sua redação alterada pela lei nº 13.256, de 2016. Originalmente não havia previsão de juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*. A nova redação instituiu o juízo de admissibilidade para o recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral ou no regime de recursos repetitivos, juntamente ao do recurso especial julgado no regime de recursos repetitivos. Muitas são as repercussões desse regime de admissibilidade, algumas analisadas anteriormente. Mas uma delas merece atenção especial. É

⁴⁰⁹ “Ressalva importante na nova sistemática, estampada no *caput* do art.1042, está nas hipóteses em que a decisão de inadmissão do recurso extraordinário ou do recurso especial ter por fundamento em ‘aplicação do entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos’. Nesse caso, o recurso cabível não é o agravo em recurso especial e em extraordinário do art.1042, mas, bem diferentemente, o agravo interno, no que suficientemente claro o § 1º art.1030, com remissão por ele feita ao inciso I do *caput* daquele mesmo artigo. O que pode ocorrer, em tais situações – e isso é irrecusável diante do modelo constitucional –, é que do acórdão proferido no agravo interno seja interposto outro recurso extraordinário e/ou recurso especial com o objetivo de alçar o Supremo Tribunal Federal e/ou o Superior Tribunal de Justiça mediante o emprego da reclamação, o que, a despeito do inciso IV do art.988, encontra fundamento no inciso II do § 5º do art.988 –, o ‘esgotamento da instância ordinária’ é indispensável, sendo certo que o recurso extraordinário e/ou o recurso especial, após o agravo interno, serão elementos importantes para aquele fim.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.p.748).

esta que incluiu o recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral no rol dos precedentes formalmente vinculantes. Trata-se do comando veiculado pelo art.1030,I,a.

Por meio desse comando bastará o entendimento do STF a respeito da repercussão geral de uma questão constitucional, uma única vez, para que o presidente ou o vice-presidente do tribunal *a quo* negue seguimento a outros recursos extraordinários. Isso ocorrerá se o STF não reconheceu a existência de repercussão geral da questão discutida no recurso extraordinário e se o recurso extraordinário for interposto para impugnar acórdão que adotou entendimento do STF a respeito de questão da qual foi reconhecida a repercussão geral.

Em função da nova redação do art.1030, somente será realizada a admissibilidade do recurso interposto em três ocasiões, mais precisamente nas situações previstas no inciso V do art.1030 como demonstramos anteriormente nesse tópico.⁴¹⁰ Está caracterizado nesse dispositivo uma situação em que temos a força vinculante decorrente de texto normativo.

O art.1030 apresenta simetria com o parágrafo único do art.949 do CPC:

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

A hipótese veiculada pelo dispositivo é mais restrita limitando-se ao pronunciamento do plenário do STF. De qualquer forma, temos novamente situação em que um único pronunciamento tem o efeito de vincular as instâncias inferiores. Tanto na hipótese do art.1030 quanto na do parágrafo único do art.949 verificamos o reconhecimento da vinculação das decisões do STF em controle difuso sobre as instâncias inferiores.

Outra repercussão do recurso extraordinário avulso que merece atenção está presente nos artigos 525, § 12 e 535 § 5º. Os dois dispositivos tratam da impugnação ao cumprimento de sentença sob o fundamento da inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação. Os dois dispositivos mencionados incluem na categoria de obrigação inexigível a

⁴¹⁰ “Este regime de processamento, embora estabelecido sob a égide do CPC/73, é totalmente compatível com as novas normas processuais. O CPC/2015, na redação do art.1030,VI,(sic) tornou, inclusive, mais claro, que só haverá juízo de admissibilidade na origem em três circunstâncias: a) se o recurso ainda não houver sido submetido ao regime de repercussão geral ou do recurso especial (recursos singulares ou não repetitivos); b) se o recurso houver sido selecionado como representativo da controvérsia; e c) se o tribunal recorrido houver refutado o juízo de retratação. Não ocorrendo nenhuma dessas hipóteses, e não sendo caso de imediata negativa de segmento por ausência de repercussão geral ou porque o recurso ataca decisão conforme com o precedente do tribunal superior, nem o caso de encaminhamento ao juízo de retratação, restará ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem o caminho do sobrestamento. Não há espaço para juízo de admissibilidade nos recursos repetitivos para além dessas hipóteses.” (SCHILLING FERRAZ, Taís. O Precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva,2017. p.163-164).

obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Está expresso nos dois dispositivos que a declaração de inconstitucionalidade ou a aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo considerado incompatível com a constituição pode ocorrer no controle concentrado ou difuso de constitucionalidade. Por excesso de zelo, lembramos que o recurso extraordinário, em qualquer dos regimes de julgamento, é um dos meios pelo qual o STF realiza o controle difuso de constitucionalidade. Temos aqui mais um aspecto da força vinculante, isto é, de que o recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral é um precedente formalmente vinculante.

Três observações devem ser feitas a respeito desse dispositivo. Primeiramente ao contrário do que ocorre com as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade não possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Note-se que nas decisões proferidas em controle de constitucionalidade, tema já abordado nesse trabalho, a obtenção de declaração a respeito da constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo é o objeto da ação. No caso do controle difuso de constitucionalidade a declaração de inconstitucionalidade não é o objeto da ação. É questão prejudicial e é decidida *incidenter tantum* e dessa forma não é acobertada pela autoridade da coisa julgada.⁴¹¹ Para que produza efeitos *erga omnes* será necessária a resolução do Senado Federal prevista no art.52,X, da CF.⁴¹² Os dois dispositivos ora comentados acabam por equiparar as decisões em controle concentrado de constitucionalidade e as decisões

⁴¹¹ Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT,2019,p.2453. Comentário ao art.52. Notas 09 e 10).

⁴¹² “O STF, quando declara inconstitucional, *incidenter tantum* (em ação originária ou em RE), lei ou ato normativo federal ou estadual contestado em face da CF, faz o denominado controle concreto de constitucionalidade do texto normativo questionado. Nesse caso, a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade não faz coisa julgada material (CPC 504). Por isso o STF remete ao Senado o acórdão no qual foi proferida a declaração incidental de inconstitucionalidade, para que seja feito, pela Câmara Alta, o controle político da decisão da Corte Suprema. O Senado pode tomar uma de duas atitudes: a) concordar com a decisão do STF e, por consequência, emitir resolução suspendendo a execução, em todo o território nacional, da lei declarada incidentalmente, inconstitucional pelo STF; b) não concordar com o STF e não emitir a resolução de que trata o CF art.52,X. Ao emitir a resolução (hipótese a), a decisão do Senado tem efeitos *erga omnes*, com projeção apenas para o futuro (eficácia *ex nunc*) . Caso não seja admitida a resolução (hipótese b), o acórdão do STF vale e produz efeitos somente entre as partes do processo do qual se originou o acórdão que, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo (CPC 506). A declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em ADIn, na qual há o denominado controle abstrato, o acórdão do STF têm eficácia *erga omnes* desde já, sendo desnecessária sua remessa ao Senado, não incidindo no caso, a CF 52,X. [...]” Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT,2019,p.2453. Comentário ao art.52. Nota 08).

realizadas em controle difuso. Reiteramos, para essa equiparação é necessária a resolução do Senado Federal prevista no inciso X do art.52 da CF.

A segunda é referente às restrições a aplicação desses dispositivos: a possibilidade de modulação de efeitos da decisão (art.525, § 13 e 535, § 6º) e o fato de que a decisão do STF deve ser proferida antes do transito em julgado da decisão exequenda (art.525, § 14 e 535, §7º).

O terceiro aspecto desse regime de impugnação ao cumprimento de sentença é a referência à modulação de efeitos no controle de constitucionalidade difuso. Não existem outros dispositivos que tratam do assunto no CPC e em outras leis. No caso das decisões de controle concentrado de constitucionalidade existe previsão expressa em lei como anteriormente mencionado.

No art.927, § 3º existe regramento de modulação de efeitos para alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos. Não existe regramento específico sobre a modulação de efeitos para as decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade. Em algumas ocasiões o STF fez uso do art.27 da Lei 9868/99 para a modulação de efeitos dessas decisões.⁴¹³ No caso das decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade que tenham repercussão nesse regime de impugnação ao cumprimento de sentença, os dispositivos legais que disciplinam a modulação dos efeitos são os arts.525, § 13 e 535, § 6º.

Registramos ainda que será o STF que realizará a modulação dos efeitos da decisão que se restringirá ao aspecto temporal. Dessa forma pode haver modulação restringindo quais decisões poderão ser impugnadas com base nos artigos 525, § 12 e 535 § 5º do CPC, relativamente ao momento em que foram proferidas.

O acima exposto parece indicar que o legislador reconheceu a possibilidade de modulação de efeitos das decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade.

3.2.6 Os recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos.

Vamos analisar agora o procedimento para os recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos. O procedimento está disciplinado nos arts.1036 a

⁴¹³ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco esclarecem que o STF já se utilizou do art.27 da Lei 9868/99 no controle difuso de constitucionalidade. Citam exemplos de julgados que englobam decisões em *habeas corpus* e Recurso Extraordinário. (FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*.14ª Ed. São Paulo: Saraiva,2019.p.1312-1316).

1041 do CPC. Lembramos que daremos ênfase aos atos do procedimento relativo à uniformização de jurisprudência.

Por desincargo de consciência, destacamos que as hipóteses para a interposição do recurso extraordinário (art.102,III e § 3º da CF) e do recurso especial (art.105,III da CF) também devem ser observados nessa modalidade de julgamento. Os recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos continuam sendo os recursos especial e extraordinário previstos na constituição federal. O que muda é o procedimento para o julgamento que abarca uma grande quantidade de casos.

São quatro os requisitos a serem observados para o julgamento dos recursos especial e extraordinário por esse regime de julgamento:

- (a) Multiplicidade de recursos especiais e extraordinário com fundamento em idêntica questão de direito (art.1036, *caput*);
- (b) os recursos selecionados devem ser admissíveis (§ 6º do art.1036);
- (c) os recursos selecionados devem conter abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (§ 6º do art.1036) ⁴¹⁴;
- (d) observância do art.102,III e § 3º e do art.105,III ambos da Constituição Federal. ⁴¹⁵

Ressaltamos que os recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos enquadram-se na categoria de casos repetitivos juntamente com o IRDR (art.928,I e II do CPC). Reiteramos que o julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual (parágrafo único do art.928). A esse respeito faremos duas considerações.

Merece atenção o fato de não se verificar o requisito relativo ao risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica nas disposição do CPC relativas aos requisitos necessário para

⁴¹⁴ Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins de Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres a esse respeito observam que: “[...]Parece aconselhável que o recurso afetado envolva o **maior número possível de questões** Essa foi a orientação em 2008, quando este regime foi criado. Não foi seguida por muito tempo, porque se entendeu que geraria mais tumulto do que praticidade, já que o recurso poderia ser admissível quanto a alguns capítulos, e inadmissível quanto a outros, por não haver, por exemplo, prequestionamento. Ainda assim, no entanto, parece ser esta a **orientação mais racional**, principalmente à luz do NCPC, que contém regra expressa no sentido de que algumas **causas de inadmissibilidade**, que possam não ser consideradas graves, devem ser **relevadas** ou, se for possível, **corrigidas**. Estes recursos escolhidos serão encaminhados ao STF ou ao STJ. Sendo ‘afetados’ a algum Ministro, determinando-se a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que estiverem em curso no Estado ou Região (conforme se trate de Justiça Estadual ou Federal).[...]” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.1678).

⁴¹⁵ Esse requisito está incluído na admissibilidade. Optamos em tratá-los em separado para destacar que trata-se de técnica de julgamento do recurso especial e extraordinário. Em outros termos apesar do regime distinto de julgamento continuam sendo recursos especiais e extraordinários, o que leva a observância dos requisitos constantes na Constituição Federal.

o julgamentos do recurso especial e extraordinário por esse regime, diferentemente do que ocorre com o IRDR (art.976,II). A nós parece que esse requisito está implícito nos arts.102,III e 105,III da CF. Os requisitos para a interposição de ambos os recursos espelham situações que uma vez verificadas de forma repetitiva em múltiplos processos ofenderão a isonomia e a segurança jurídica em larga escala. Não estamos afirmando que essa ofensa só se verifica em larga escala, estamos afirmando que ocorrendo em larga escala se equipara ao requisito necessário para a instauração do IRDR.

Um outro ponto a ser observado é o de que o recurso extraordinário julgado no regime de recursos repetitivos não possui repercussão geral presumida, diferentemente do que o corre com o recurso extraordinário interposto contra o acórdão que julga o IRDR que é regido pelo regime jurídico do art.987 do CPC. Nas duas situações temos multiplicidade de processos que veiculam uma mesma questão.

Satisfeitos esses requisitos será possível a afetação de recursos para o julgamento por meio da técnica de recursos repetitivos.⁴¹⁶

O procedimento pode ser iniciado pelo presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal que selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, no caso de recurso extraordinário, ou ao Superior Tribunal de Justiça, no caso de recurso especial, para fins de afetação. Será determinada a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem na área de competência do tribunal.

A abrangente argumentação e discussão a respeito da questão decidida é um atributo do acórdão selecionado. Pode ocorrer de os acórdãos escolhidos não possuírem esse atributo. É por esse motivo que o relator no tribunal superior não fica vinculado aos recursos a ele remetidos. Uma vez que constate que algum ou todos os recursos selecionados não atendam a

⁴¹⁶ O art.1036, caput, faz menção às disposições do regimento interno do respectivo tribunal superior: “observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. A esse respeito Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que essa remissão abre espaço para o tribunal ao receber os recursos aguardar que outros sejam interpostos, posicionamento que foi adotado no caput do art.328 Regimento Interno do STF.: “O texto normativo racionaliza o procedimento de múltiplos RE que contenham a mesma tese jurídica, porque seria contraproducente enviar todos esses recursos para que o STF analisasse a repercussão geral neles contida. Contudo deixa aberta a possibilidade de o tribunal ao receber o RE para aferir a admissibilidade, aguardar a interposição de outros com a mesma tese, ao sentir que existe essa possibilidade. O RISTF 328 *caput* é expresso no sentido de que o próprio STF, ‘protocolado ou distribuído o recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos’, comunicará o fato aos tribunais locais para que procedam de acordo com o CPC 1036 e ss. Essa circunstância de o tribunal local poder ‘aguardar’ a interposição de outros RE, em casos em que a tese provavelmente se repetirá, pode configurar negativa de vigência da garantia constitucional da celeridade (CF 5º LXXVIII)”(NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT,2018,p.2486. Comentário ao art.1036. Nota nº 4).

esse requisito, poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia (§§ 1º e 4º do art.1036 e art.1030,III e IV).⁴¹⁷

O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento. Da decisão que indeferir o requerimento caberá apenas agravo interno (§ 2º e §3º do art.1036). Verificamos aqui que o único vício que permite a exclusão do recurso da decisão de afetação é a intempestividade por não evitar que a decisão recorrida transite em julgado. Os demais vícios podem ser sanados ou desconsiderados (§ 3º do art.1029). É aplicável aos recursos julgados no regime de recursos repetitivos o raciocínio que desenvolvemos com base em entendimento de Taís Schilling Ferraz⁴¹⁸ relativamente ao recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral. Os recursos serão suspensos ainda que tenham vícios que impeçam sua admissibilidade.

O procedimento também poderá ser iniciado pelo relator no tribunal superior o qual também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito (§ 5º do art.1036). Não é demais lembrar que devem ser observados os requisitos previstos no *caput* do art.1036: multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais (a depender do tribunal), com fundamento em idêntica questão de direito.

Sendo o procedimento iniciado no tribunal de justiça ou no tribunal regional federal ou nos tribunais superiores os recursos selecionados como representativos da controvérsia devem ser admissíveis e devem conter abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (§ 6º do art.1036).

Uma vez que o relator do tribunal superior constate a presença da multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito proferirá a decisão de afetação, na qual identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento e determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (art.1037, I e II).⁴¹⁹ O

⁴¹⁷ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 8ª Ed. (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2014.p.892.

⁴¹⁸ SCHILLING FERRAZ, Taís. O Precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva,2017.p.164-170.

⁴¹⁹ Nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery a decisão de afetação: “É aquela por meio da qual o STJ ou o STF reconhecem a existência de multiplicidade de recursos com idêntico fundamento de direito. Por meio da decisão de afetação, fica delimitada a questão que permeia todos os recursos extraordinários ou especiais tidos como repetitivos. Tal decisão conecta todos esses recursos, já que providenciará uma mesma solução para a mesma questão que todos discutem. O conteúdo dessa decisão é detalhado pelo CPC 1037 *caput*, o qual exige que ela identifique a questão a ser levada em julgamento com precisão, determine a suspensão do

relator poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia (inciso III do art.1037). Havendo mais de uma afetação estará prevento o relator que primeiro proferir a decisão de afetação (§ 3º do art.1037). Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de um ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus (§ 4º do art.1037). O § 5º do art.1037, revogado pela Lei nº 13.256, de 2016, preceituava que se o julgamento do recurso não fosse realizado no prazo de um ano cessaria a afetação e a suspensão dos processos.

A suspensão de processos será revogada em três situações: quando do julgamento da tese, isto é, com a publicação do acórdão paradigma de que trata o art.1040, na hipótese de não ocorrer a afetação quando o procedimento tiver início por parte dos tribunais de justiça ou regionais federais (§ 1º do art.1037) e se negada a repercussão geral do recurso extraordinário afetado, ocasião em que serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos cujo processamento tenha sido sobrestado (parágrafo único do art.1040).

A suspensão dos processos é um ponto em comum entre os recursos especiais e extraordinários julgados no regime de recursos repetitivos, do recurso extraordinário julgados no regime de repercussão geral, no IRDR, na ADPF e na ADECON⁴²⁰. Verificamos simetria entre os arts.1037,II e o art.1040, I a IV que trata dos procedimentos a serem adotados quando publicado o acórdão paradigma. É por meio da suspensão de processos que será maximizado o efeito da uniformização de jurisprudência, o dever de estabilidade, integridade e coerência previstos no art.926, *caput*.

As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão de afetação. Qualquer das partes, uma vez que demonstre a distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser

processamento de absolutamente todos os processos que discutam essa mesma questão e requisite um processo de cada tribunal estadual ou TRF, que possa ser tomado como representativo da controvérsia. Note-se que a decisão de afetação não determina a afetação dos processo especificamente - o que só ocorrerá quando os recursos selecionados pelos tribunais estaduais ou TRFs chegarem ao relator -, mas organiza as questões e o seguimento do processo para que isso ocorra. [...]” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT,2018,p.2490. Comentário ao art.1037. Nota nº 2).

⁴²⁰ Cassio Scarpinella Bueno fornece interpretação peculiar ao inciso II do art.1037, entendendo que a suspensão de processos não é obrigatória, sendo analisada caso a caso: “[...] A determinação prevista no dispositivo deve ser interpretada de maneira a não criar maiores óbices aos processos envolvidos na decisão de afetação que o seu prosseguimento a despeito da divergência constatada sobre a questão constitucional ou federal. Não é descartável, outrossim, que o relator determine a tomada de alguma providência no lugar da suspensão, para obviar maiores embaraços para os interesses individualmente considerados. Trata-se da mesma conclusão que se justifica para o inciso I do art.982, de negar obrigatoriedade à suspensão dos processos, a despeito do texto adotado pelo legislador.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva, 2019.p.731).

julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, poderá requerer o prosseguimento do seu processo seguindo o regramento dos §§ 8º a 13 do art.1037. Também nessa fase poderá o interessado requerer que o recurso intempestivo seja excluído da decisão e inadmitido.

Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais ministros, haverá inclusão em pauta, devendo ocorrer o julgamento com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus (§ 2º do art.1037).

O § 3º do art.1038 trata do conteúdo do acórdão tema abordado no capítulo 2 deste trabalho. Reiteramos que na ocasião sustentamos que o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários, comando que independe de dispositivo legal consistindo em regra específica de fundamentação para decisões que tem como objeto uniformizar a jurisprudência.

Quando os recursos são julgados surgem duas situações a serem observadas: no STJ e no STF e nos tribunais de justiça e tribunais regionais federais. O *caput* do art.1039 trata dos procedimentos no âmbito dos tribunais superiores.⁴²¹ Nestes, uma vez decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins de Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres, esclarecem que serão declarados prejudicados os recursos se a decisão de que se recorreu já estava de acordo com o teor do acórdão os demais serão decididos em conformidade com o teor do acórdão que julgou o(s) recursos afetados⁴²². Uma vez que a decisão seja proferida, os recursos que chegarem aos tribunais superiores poderão ser decididos com base no art.932, IV e V.^{423 424}

⁴²¹ “Cassio Scarpinella Bueno esclarece que o art.1039 “[...] se ocupa com os recursos que foram sobrestados e que estão no âmbito dos próprios Tribunais Superiores. Para eles, decidido o repetitivo, os recursos que estavam sobrestados por tratarem da mesma controvérsia serão considerados prejudicados ou decididos com aplicação da tese fixada.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva, 2019.p.738).

⁴²² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.p.1685.

⁴²³ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva,2019.p.738.

⁴²⁴ “[...]Não há contradição em relação ao art.932, IV,b e V,b : aqui os poderes do relator se exercem quando lhe chega às mãos um recurso, e ele percebe que está diante de hipótese em que o recurso pede que se aplique a tese já adotada em regime de recurso especial e recursos extraordinário repetitivos; ou de recurso em que se pleiteia a reforma do acórdão que adotou a tese firmada em recurso extraordinário ou especial repetitivos. Não. Este dispositivo se aplica aos casos em que isto ocorre **depois** do procedimento disciplinado por estes artigos ora comentada. Estes dispositivos se aplicam aos **processos suspensos nos tribunais a quo**. O art.932 se aplica a recursos que forem interpostos depois.” (ARRUDA ALVIM WA, BIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins,

O art.1040 trata dos efeitos do julgamento no âmbito dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais e na primeira instância. Uma vez publicado o acórdão paradigma, surgem algumas situações a serem analisadas. Em relação aos processos suspensos:

- a) o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior(art.1040,I e art.1030,I,b);
- b) o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior(art.1040,II).;
- c) os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior(art.1040,III);
- d) possibilidade de desistência da ação (§§ 1º a 3º do art.1040);
- e) comunicado ao órgão competente se a questão veiculada no recurso se relacionar a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização.

Cassio Scarpinella Bueno chama a atenção para os verbos utilizados nos incisos I a IV do art.1040 não estão conjugados no imperativo por acaso, mas sim:

“[...] para *impor* o resultado alcançado pelos tribunais Superiores a partir do caso julgado como paradigmático, a partir da decisão de afetação, a todos os demais Tribunais, inclusive aos juízos de primeira instância. Nesse sentido, é correto afirmar que se trata de verdadeira manifestação do efeito *expansivo* daqueles recursos, em seu aspecto *subjetivo*, o que é preferível ao eventual caráter vinculante, embora não expressamente reconhecido, que decorreria do julgamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos.[...]”⁴²⁵

O inciso II do art.1040 traz comando que merece atenção especial. Trata-se do reexame do processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado pelo órgão que proferiu o acórdão. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que

“[...] A retratação do tribunal de origem, quando o STF ou o STJ tiver acolhido o RE ou o REsp representativo e cassado a decisão impugnada, embora seja faculdade dada pela norma comentada ao órgão do tribunal *a quo* que proferiu o acórdão impugnado, deverá, sempre que possível, ser regra

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.p.1685).

⁴²⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva, 2019.p.740.

geral, evitando, assim, o envio desnecessário do autos ao STF e ao STJ.[...]”⁴²⁶

Trata-se de um mecanismo que permite a adequação dos julgados à decisão do tribunal superior e da mesma forma reduz a dispersão jurisprudencial.

Realizado o juízo de retratação e o recurso versar sobre outras questões caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, desde que positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões (§ 2º do art.1041).

Se em função do juízo de retratação se verificar alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração (§ 1º do art.1041).⁴²⁷ Se o juízo de retratação for negativo, o acórdão será remetido ao respectivo tribunal desde que admissível (art.1041).⁴²⁸ Daí podemos concluir que nessa ocasião é que será realizado o juízo de admissibilidade dos recursos sobrestados na origem. O dispositivo se coaduna com os arts.1030,II e 1030,V,c do CPC.

Outro efeito do julgamento da tese é o de a parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. A desistência apresentada nesses termos independe de consentimento do réu. Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

Se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão,

⁴²⁶ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT.2018. Comentário ao art.1041. Nota nº 3.

⁴²⁷ Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins de Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres destacam que do “[...] acórdão que julgar essas questões caberá, eventualmente, outro recurso especial ou outro recurso extraordinário, mas não para discutir as questões ou a questão em virtude da qual terá havido **afetação** para o julgamento no regime de repetitivos.”(ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.p.1687) (destaques do original).

⁴²⁸ O art.1041 faz referência ao art.1036, § 1º que deverá ser analisado em conjunto com o § 6º do art.1036 que preceitua que só podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida, requisito que em nosso sentir só se aplica quando ocorre a seleção dos acórdãos para a afetação. Cassio Scarpinella Bueno destaca que a remissão no *caput* do art.1041, está equivocada destaca que o art.1036 trata da fase preparatória do julgamento ao passo que o art.1041 faz referência á providências posteriores à realização do julgamento. Dessa forma, sustenta que o mais adequado seria a referência ao art.1038, no sentido de os recursos serem enviados preferencialmente por meio eletrônico aos tribunais superiores (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*.8ª Ed. São Paulo: Saraiva,2019,p.744.

ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada (art.1040,IV). O referido comando permite que às agências reguladoras estabeleçam novas diretrizes e/ou cobrar o cumprimento das antigas. Tem por escopo gerar uniformidade não apenas dentro, mas também fora do tribunal⁴²⁹. Cassio Scarpinella Bueno acrescenta que:

“Bem entendida, é possível extrair da regra condições ótimas para fortalecer, devidamente, o papel do estado regulador e de suas agências reguladoras no controle de condutas no âmbito administrativo, minimizando, com isso, a necessidade de ingresso no judiciário. É algo que, na perspectiva dos § § 2º e 3º do art.3º, é amplamente desejável e absolutamente harmônico com o modelo constitucional.”⁴³⁰

Remetemos o leitor ao comentário que fizemos a respeito do art.985, § 2º, do CPC que veicula o mesmo comando no âmbito do IRDR ocasião em que reproduzimos posicionamento de Georges Abboud e Marcus de Araújo Cavalcanti (item 3.2.4).

Da decisão que descumprir a orientação firmada nessa técnica caberá reclamação nos termos do art.988. § 5º,II.

3.2.7 O Contraditório.

Por meio dos procedimentos apresentados é possível a obtenção de uma orientação que produz efeitos que vinculam o Poder Judiciário e no caso das decisões em controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante a administração pública (a depender do meio de controle concentrado de constitucionalidade utilizado).

Essa categoria de orientações tem repercussões em toda a sociedade. Dessa forma existe regramento nos respectivos procedimentos para que interessados possam participar da formação das orientações. André Ramos Tavares, ao comentar o § 2º do art.3º da Lei 11.417/2006, esclarece esse ponto:

“[...] Tem-se, aqui, mais precisamente, uma hipótese, prevista em lei, de pluralização do debate (da questão) constitucionalmente submetida ao STF. A lei quer a inclusão de outras manifestações, que devem ser, evidentemente, pertinentes e adequadas. A abertura é uma exigência legalmente estabelecida.

⁴²⁹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; QUINAUD PEDRON, Flávio. Art.1040º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.1436.

⁴³⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva, 2019. p.742.

A formatação dessa abertura caberá ao tribunal. Nesse sentido não há como negar ao STF o melhor avaliador das regras mais adequadas[...]”⁴³¹

No caso das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, a Lei 9868/99 veda a intervenção de terceiros em seu art.7º, mas no § 2º do referido artigo permite ao relator a admitir, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a manifestação de outros órgãos ou entidades. O §1º do art.9º e o § 1º do art.20 tratam da realização de audiências públicas. O § 1º do art.6º da Lei 9882/99 também faz referência à realização de audiências públicas, respectivamente na ADIN e na ADECON. O § 1º do art.12-E faz referência a possibilidade dos legitimados à propositura da ADIN se manifestarem na ADIN por omissão.

O § 1º do art.6º da Lei 9882/99 faz referência à realização de audiências públicas e a as partes nos processos que ensejaram a arguição. No § 2º do art.3º da Lei 11.417/2006, lei da súmula vinculante, permite a admissão a manifestação de terceiros no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante.

Não existe previsão de contraditório diferenciado no IAC. O CPC preceitua os contornos a serem observados pelo procedimento não fornecendo regramento específico. Em função do disposto no art.138 relativo ao *amicus curie* (que será analisado a seguir) esse será o mínimo a ser observado no que diz respeito à participação de interessados no procedimento de formação da orientação.

No procedimento que regula o IRDR e os recursos especial e extraordinários julgados no regime de recursos repetitivos existe referência à manifestação de terceiros. No caso do IRDR a previsão está no art.983 e § 1º que preceituam que o relator ouvirá as partes, os demais interessados e pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Poderá também designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

No caso do procedimento do recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral temos a possibilidade de o relator admitir a intervenção de terceiros para a análise da repercussão geral constante conforme preceitua o § 4º do art.1035 do CPC.

No caso dos recursos julgados no regime de recursos repetitivos os incisos I e II do art.1038 preceituam que o relator poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante

⁴³¹ RAMOS TAVARES, André. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2009.p.61-62.

dispuser o regimento interno e fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento.

Analisando todos os dispositivos temos três meios para que os interessados participem do processo: o *amicus curiae*, a realização de audiências públicas e a participação de interessados, mais precisamente, aqueles que serão atingidos pelos efeitos da decisão.

A previsão dessa modalidade tem relação com o regime jurídico da fundamentação existente para as orientações que servirão de paradigma para futuras decisões, bem como para as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, que produzirão efeitos que atingirão toda a sociedade.

A participação do *amicus curiae* está disciplinada no art.138 do CPC. O regramento do *amicus curiae* é uma novidade constante no CPC, não existente no CPC revogado. Trata-se de disciplina que permite a intervenção do *amicus curiae* em qualquer processo judicial, seja individual ou coletivo, seja ou não para a formação de decisão que servirá de paradigma. Atuarão como *amicus curiae* pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Estes poderão intervir por iniciativa própria ou por determinação dos órgãos judiciais. Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres, esclarecem que uma vez que a intervenção seja deferida, sua atuação não está subordinada à das partes:

“[...]há de ser voltada a gerar elementos, no processo, capazes de **influir** no teor da decisão a ser proferida. **Não está subordinada à atividade das partes.** Agora, acertadamente, o legislador abriu o leque de ações que permitem a intervenção do ***amicus curiae***: são todas, desde que estejam presentes os pressupostos autorizadores (que, na verdade, *dão sentido* à intervenção). Percebe-se, pois, que o ***amicus curiae* não é parte, nem assistente** (simples ou litisconsorcial) **nem opoente, nem chamado, nem denunciado.** Pode pedir para intervir, pode ser provocado a tanto; pode a parte pedir sua intervenção; atuar, às vezes, de modo semelhante ao de um perito, mas não está sujeito à exceção de suspeição ou impedimento e não faz jus a honorários profissionais. **Não tem prazo, estabelecido por lei, para manifestar-se.** Às vezes, também, seu agir se assemelha ao do MP, quando atua como fiscal da lei (como nos exemplos do CADE e da CVM).”⁴³² (destaques do original)

Sendo a intervenção provocada em função de manifestação das partes ou do magistrado (*de ofício*) , não estará o terceiro obrigado a ingressar no feito, dado que não se

⁴³² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.292.

enquadra nas situações em que a lei impõe a colaboração de terceiros, cabendo ao terceiro analisar a viabilidade de sua atuação.⁴³³ Pode o interessado atuar como *amicus curiae* solicitar ao juiz ou relator que admita sua intervenção.

O *amicus curiae* não é parte, não pleiteia a tutela jurisdicional e nem a tem contra ele requerida.⁴³⁴ A intervenção do *amicus curiae* tem por escopo trazer ao processo informações que permitam ao órgão judicial proferir uma decisão considerando interesses dispersos na sociedade e que serão afetados pela decisão.⁴³⁵ Contribuem para o enriquecimento da fundamentação e consequentemente do contraditório no processo. Esse aspecto é salientado por Arruda Alvim:

“Os *amici curiae* são admitidos no processo para prestar informações ou esclarecimentos ao juízo singular ou colegiado, quando em discussão matéria relevante, que transcende o interesse particular dos litigantes, com o intuito claro de influenciar o julgador na construção de sua decisão. A função dos *amici curiae* se pode relacionar tanto aos fatos, quanto ao próprio embasamento jurídico de que se valerá o magistrado para julgar a causa. Sua intervenção se justifica por evidenciar valores sociais, enriquecendo o *contraditório*, não bastando ao atingimento da decisão mais acertada que ouvir-se tão somente às partes e litigantes. Nessa exata medida, questões relevantes passam a ser dialogadas com a sociedade e não apenas com as partes do processo, admitindo-se, para tanto, a intervenção do *amicus curiae*.”⁴³⁶

Os requisitos para a intervenção do *amicus curiae* estão no caput do art.138. São eles: “a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”. A utilização do termo “ou”, denota que os requisitos não são cumulativos.⁴³⁷ Arruda Alvim esclarece no que consiste cada um desses requisitos:

“A relevância da matéria e a repercussão social da demanda caracterizam, juntas, a transcendência do debate, superando o interesse exclusivo daqueles que litigam no processo. A relevância da matéria se refere à possibilidade de que determinada causa posta a julgamento trate de questão acentuadamente importante à ordem jurídica, impondo na prática, que outros elementos de fato ou de direito sejam levados aos autos para análise do julgador. Assim, mesmo que a tese firmada na decisão proferida não tenha aptidão para ser aplicada

⁴³³ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019, p.577.

⁴³⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019, p.580-581.

⁴³⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2018, p.210.

⁴³⁶ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019, p.580.

⁴³⁷ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019, p.581.

desde logo a outras demandas, a importância de seu objeto tornaria relevante a intervenção do *amicus curiae*, como se pode verificar, v.g. no controle concentrado de constitucionalidade.

Ao lado da relevância da matéria, está a repercussão social da decisão, que se relaciona à amplitude de sua aplicação, como se dá nos julgamentos de casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas ou recurso especial e extraordinário repetitivos, cf.art.928 do CPC/2015). Nestes casos, ter-se-á na decisão proferida a produção de efeitos que certamente superam os interesses das partes do processo em que é prolatada.

Há, por sua vez, o requisito da *especificidade do tema* que trata a demanda, que revela à impossibilidade do magistrado dominar absolutamente todas as matérias que possam interferir na resolução da lide. Tratam-se, então, das hipóteses em que conhecimentos específicos são imprescindíveis ao deslinde da controvérsia.”⁴³⁸

A pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, que pretenda atuar como *amicus curiae* em um processo deve demonstrar que possui a representatividade adequada. (art.138, *caput*). Dessa forma, temos que para a intervenção deve-se demonstrar a existência de um interesse que transcende o interesse daquele que pretende ser admitido no processo como *amicus curiae*, isto é, que existe um interesse institucional, como esclarece Cassio Scarpinella Bueno:

“O ‘interesse institucional não pode ser confundido (em verdade, reduzido) ao interesse *jurídico* que anima as demais intervenções de terceiro, no que é expresso o *caput* do art.119 ao tratar da assistência. Fossem realidades coincidentes e, certamente, não haveria necessidade de o CPC de 2015 – e, antes dele, algumas leis esparsas, a jurisprudência e a doutrina – disciplinar expressamente o *amicus curiae*. O ‘interesse institucional’, por isso mesmo, deve ser compreendido de forma ampla, a qualificar quem pretende ostentar o *status* de *amicus curiae* em perspectiva meta individual, apto a realizar interesses que não lhe são próprios nem exclusivos como pessoa ou como entidade, interesses, quiçá, que nem poderiam ser fruídos diretamente pelo *amicus curiae*. São, por definição, interesses que pertencem a grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas e que, por isso mesmo, precisam ser considerados no proferimento de específicas decisões; o *amicus curiae*, repito, *representa-os* em juízo como *adequado portador* deles que é. Seja porque trata de decisões que signifiquem tomadas de decisão valorativas (e os valores a serem adotados para as decisões judiciais são os da sociedade e do Estado, desde a CF, não os pessoais do magistrado), seja porque são as decisões que têm aptidão de criar ‘precedentes’, tendentes a *vincular* – é o que o CPC de 2015 inequivocamente quer – outras tantas decisões a serem proferidas posteriormente e a partir dela.”⁴³⁹

⁴³⁸ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019. p.581.

⁴³⁹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2018, p.211-212.

Exemplos de pessoas que podem intervir no feito como *amicus curiae* são : OAB, CADE, CVM, INPI, entre outros.⁴⁴⁰

O juiz ou relator que solicitar ou admitir a intervenção definirá os poderes do *amicus curiae* (art.138, §2º). Tal se dá para evitar discussões a respeito do que pode ou não pode fazer o *amicus curiae*, caso por exemplo de poder fazer sustentação oral, somente manifestação por escrito, participar de audiências públicas, entre outros.⁴⁴¹ Por disposição legal pode o *amicus curiae* recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (art.138, §2º) e opor embargos de declaração (art.138,§1º). A decisão do juiz/relator que admite ou requer a intervenção do *amicus curiae* é irrecorrível (art.138, *caput*) não havendo em nenhuma situação a alteração da competência do feito em função da intervenção (art.138, §2º).

No art.1038,I do CPC verificamos preceito que permite ao relator solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno.

Verificamos nesse dispositivo o requisito da relevância da matéria, requisito verificado no art.138 para a intervenção dos *amicus curiae*. Esse dispositivo abarca entre aqueles que poderão participar da formação da tese aqueles que podem atuar como *amicus curiae*. Tal se daria independentemente de previsão expressa no art.1038,I em função do disposto no art.138 do CPC que regula de forma autônoma o *amicus curiae*.

Alexandre de Freitas Câmara, ao comentar o referido artigo chama a atenção para o fato de no mesmo não haver a exigência da representatividade adequada, requisito necessário para a intervenção como *amicus curiae* e que no âmbito dos processos repetitivos não pode ser interpretado como um mero esquecimento.⁴⁴²

Destaca que em função do comando do art.1037,II em que o relator determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, após a seleção dos recursos e

⁴⁴⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2018.p.212.

⁴⁴¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2018.p.212-213.

⁴⁴² “É que há aí, como se vê, uma necessidade de ampliação do contraditório que atrai, naturalmente, a possibilidade de participação de *amici curiae*. E é inegável tal possibilidade. Deve-se considerar, porém, que o inc.I do art.1038 do CPC/2015 tem um alcance ainda maior, e sua interpretação vai muito além da abertura para a atuação de *amici curiae*. É que no texto do dispositivo legal de que ora se trata não há (como se têm no art.138 do Código, por exemplo), a exigência de que os terceiros que poderão se manifestar sejam dotados de *representatividade adequada*. E isto, no estrito campo dos processos repetitivos, não pode ser interpretado como se fosse mero ‘esquecimento’ ou ‘silêncio eloquente’ do texto normativo. Definitivamente não. Há aí um elemento a mais a ser levado em consideração.” (destaques do original) (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.230).

verificados os requisitos do art.1036, “[...] aqueles que são partes nos processo não afetados e, pois, suspensos – enquadram-se no conceito de ‘pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia’ e, portanto, poderão manifestar-se no procedimento destinado ao julgamento do recurso excepcional repetitivo nos termos do inc.I do art.1038 do CPC/2015.”⁴⁴³

O mesmo raciocínio pode ser desenvolvido para o IRDR. que no caput do art.983, faz referência aos demais interessados. Nesse dispositivo, ao contrário do art.1038,I, não encontramos referência ao requisito da relevância da matéria e qualquer outro que legitima a intervenção de *amicus curiae*⁴⁴⁴. A respeito deste dispositivo, Alexandre de Freitas Câmara esclarece que:

“É claro o sentido da disposição legal: qualquer interessado será ouvido, inclusive aqueles que estão legitimados - na forma do art.138 do CPC/2015 – intervir na qualidade de *amicus curiae*. inclusive eles, mas não só eles. É que também poderão ser ouvidos, na forma do art.983, todos aqueles que sejam partes (ou estejam na iminência de o ser) em demandas isomórficas, ou seja, em demandas integrantes da mesma série daquela que originou o processo em que instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas.”⁴⁴⁵

⁴⁴³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense,2018.p.231.

⁴⁴⁴ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. [...]

⁴⁴⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense,2018.p.240. Vale aqui destacar observação do autor: “Há quem sustente, é certo, que aqueles que são partes nos demais processos repetitivos poderão intervir no procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas na qualidade de *assistentes litisconsorciais* das partes do processo em que o incidente tenha sido instaurado. Assim, não é, porém, o assistente litisconsorcial, como cediço, é sujeito da própria relação jurídica substancial que se discute no processo. Pois não é esse o caso de quem é parte em processo instaurado por demanda isomórfica àquela que tenha levado a instauração do processo no qual se tenha suscitado o incidente de resolução de demandas repetitivas. As partes dos processos seriais, instaurados por força de demandas repetitivas, podem ter *interesses iguais*. Não terão porém, o mesmo *interesse*, já que não são sujeitos da mesma relação jurídica. Não se têm aí, evidentemente, assistência litisconsorcial.” (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense,2018. p.241). Esse posicionamento é defendido por Marcus de Araújo Cavalcanti: “A *legitimação autônoma* para a condução do IRDR é *concorrente* e *disjuntiva*. Isto é, a legitimidade de um dos legitimados não exclui a de outro. Todos são simultaneamente legitimados para agir (*legitimação concorrente*). Ao mesmo tempo, qualquer um deles pode atuar sozinho, em juízo, sem a necessidade de formar litisconsórcio ou autorizar outro habilitado (*legitimação disjuntiva*). Em que pese a *legitimação autônoma* ser disjuntiva, é plenamente possível haver litisconsórcio facultativo entre eles. Mesmo que o NCPC não preveja a possibilidade de existir litisconsórcio entre colegitimados, o microsistema processual coletivo deve ser aplicado *subsidiariamente*. Incide, nesse caso, o § 2º do art.5º da Lei 7.347/1985, que admite, expressamente, que os colegitimados apresentem-se em litisconsórcio na ação civil pública. Além do mais, aplica-se o § 5º do art.5º da Lei 7.347/1985. Esse último dispositivo permite que os Ministérios Públicos se consorciem para ajuizamento da ação civil pública. Assim, pela aplicabilidade subsidiária do microsistema processual coletivo ao IRDR, deve-se admitir o *litisconsórcio facultativo* entre todos os *legitimados autônomos* inclusive entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados. Com relação às partes dos demais processos repetitivos, a legitimidade não é *disjuntiva*. Essa parte não atua sozinha no incidente processual. Ao formular o requerimento, esse legitimado assume, na verdade, a qualidade de *assistente litisconsorcial*, sendo imprescindível, portanto, o litisconsórcio do assistido, uma das partes do processo pendente no tribunal. (ARAÚJO CAVALCANTI. Marcus. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT,2016.p.255).

Esclarece ainda que a sujeitabilidade do terceiro aos efeitos da decisão é suficiente para legitimar sua intervenção no procedimento⁴⁴⁶ e acrescenta:

“[...]É fundamental, portanto, que haja um espaço de oportunidade, no procedimento de formação dos padrões decisórios vinculantes, para a participação de quem fale por todos os tipos de interesses que poderão vir a ser alcançados pela eficácia vinculante do padrão decisório a ser firmado. Fundamental, insista-se, não é que todas as pessoas interessadas participem, mas que *todos os interesses possam estar representados no processo de formação do padrão decisório vinculante.*”⁴⁴⁷ (destaques do original)

Merece atenção o fato de que no caso do IRDR o prazo para a manifestação é de 15 dias após o requerimento do relator. Vemos que nesse caso existe um limite temporal para a manifestação dos interessados na controvérsia. Em nosso sentir, tudo o que foi dito a respeito do IRDR e dos recursos repetitivos se aplica aos recursos extraordinários julgados no regime de repercussão geral, no que diz respeito à intervenção daqueles que serão e poderão ser afetados pela decisão, dada a similaridade do procedimento em relação à suspensão dos processos.

Essa forma de intervenção torna-se ainda mais importante considerando a inexistência possibilidade de autoexclusão daqueles que terão seus processos suspensos e terão a tese firmada aplicada a seus processos.^{448 449}

A outra forma pela qual terceiros podem participar da formação da tese é a realização de audiências públicas. Existe previsão no § 1º do art.983 do CPC que trata do IRDR,

⁴⁴⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.242.

⁴⁴⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.243.

⁴⁴⁸ “A participação, aqui, é especialmente importante, porque não é viabilizado ao sujeito sobrestado uma forma de ‘auto exclusão’ em relação à definição da tese pelo tribunal (a não ser que esse desista ou não chegue a propor a demanda, o que, aliás, não chega a ser uma espécie de exclusão, mas se assemelha mais a renúncia da prestação jurisdicional. A vinculação é pressuposto necessário do sistema, de modo que se justifica a participação dos sobrestados nos espaços em que os sujeitos condutores não tenham atuado satisfatoriamente.” (TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 1ª Ed. Salvador: Juspodium, 2016. p.175-176).

⁴⁴⁹ Georges Abboud e Marcus de Araújo Cavalcanti, tem posicionamento de que a inexistência do direito de autoexclusão viola o direito de ação (art.5º, XXXVI). O posicionamento foi estabelecido com base no IRDR e se aplica aos recursos julgados no regime de repetitivos e a sistemática de intervenção aqui discutida: “O que existe no CPC/2015, como demonstrado anteriormente, é a possibilidade de o litigante desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo IRDR. Escapando a regra geral, o CPC/2015, nesse ponto, estabelece que a desistência independe de consentimento do réu, ainda que apresentada a contestação. Em outros termos, o CPC/2015 somente admite a desistência da demanda, sem consentimento da parte contrária, quando já existe uma decisão definitiva firmada em julgamento de IRDR. Jamais permite que a parte faça o requerimento de prosseguimento da demanda, isto é, de não ser alcançado pela eficácia suspensiva da decisão de admissibilidade do incidente. Não se admite, então o direito de autoexclusão (*opt out*)” (ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcus de Araújo. *O Sistema Decisório Brasileiro em Risco*. In. NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; GONZAGA JAYME, Fernando. *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2017, p.480-481).

inciso II do art.1038 do CPC que trata do julgamento pelo regime de recursos repetitivos. A Lei 9868/99 também tem disciplina a respeito da realização de audiências públicas, mais precisamente em seu no § 1º do art.9º e no § 1º do art.20 para a ADIN e para a ADECON e no § 1º do art.6º da Lei 9882/99.

Alexandre Freitas Câmara esclarece que na audiência pública serão ouvidas:

“[...] pessoas naturais (afinal só essas podem ser ouvidas em audiência), que não são dotadas de representatividade adequada – ou tendo tal representatividade, não tenham intervindo como *amici curiae* – e não sejam partes em processos nos quais se discuta a mesma questão de direito. Além disso, exige-se que tenham expertise na matéria (ou, como se lê no texto normativo do inc. II do art.1038 do CPC/2015, ‘experiência e conhecimento na matéria’).[...]”⁴⁵⁰

Ao comentar sobre a redação do art.983, relativo à facultatividade da realização de audiências públicas para o IRDR, comentário que se aplica a todos os dispositivos normativos com redação semelhante, Alexandre Freitas Câmara esclarece que:

“Deve-se, então, considerar que a audiência pública será *obrigatoriamente* realizada sempre que sejam identificadas pessoas com experiência e conhecimento na matéria que será decidida e que ainda não tenham se manifestado a algum outro título no processo, e que, além disso, sejam capazes de trazer para o processo elementos que dele ainda não constam ou falar na defesa de interesses que ainda não estejam representados nele.”⁴⁵¹ (destaques do original)

Esclarece ainda que “[...] só haverá razão para a participação se elas foram capazes de trazer para o processo algum elemento que dele não conste ou para promover a defesa de interesses ainda não representados no processo.”⁴⁵²

Note-se que no caso do IRDR e dos recursos julgados no regime de recursos repetitivos existe previsão para a realização de audiências públicas já no processo de formação da tese. Dessa forma, partindo do princípio de que o procedimento de revisão é o mesmo para a formação da tese, tanto em um como no outro, independentemente da previsão do § 2º do art.927 do CPC, existe a previsão da realização de audiências públicas.

No caso das súmulas, simples e vinculantes a previsão legal refere-se unicamente ao processo de alteração da tese. Alexandre de Freitas Câmara chama a atenção a esse ponto,

⁴⁵⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense.2018,p.237.

⁴⁵¹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense.2018,p.249.

⁴⁵² CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense.2018,p.237.

no que diz respeito à súmula vinculante, defendendo haver espaço para a realização de audiências públicas no processo de edição de enunciados de súmula vinculante, o que a nosso ver se aplica para os dois institutos:

“[...] Ora, não haveria qualquer sentido em se realizar audiências públicas antes de se alterar a tese adotada no enunciado, mas não se realizar audiência análoga antes da própria edição do enunciado. O procedimento de edição dos enunciados de súmula vinculante, portanto, deve desenvolver-se de forma participativa de modo a observar um contraditório efetivamente ampliado – por meio da realização de audiência e da intervenção de *amici curiae* – o que confere legitimidade democrática e compatibilidade constitucional ao efeito vinculante que seu resultado produz.”⁴⁵³

A realização de audiências públicas, a intervenção de *amicus curiae* e a participação de interessados contribuem para a ampliação do contraditório no processo de formação da tese jurídica. Dessa forma, deduzem-se perante o órgão julgador uma maior quantidade de argumentos acerca da matéria objeto da decisão, produzindo-se dessa forma decisões qualitativamente melhores.⁴⁵⁴

A ampliação do contraditório tem relação direta com o amplo debate e com manifestação a respeito dos pontos favoráveis e contrários a orientação firmada na decisão. É por meio desse debate amplo que serão extraídos fundamentos determinantes qualitativamente melhores.

3.3 A uniformização de jurisprudência por meio da vinculação empírica (*de facto*).

No tópico anterior analisamos como se dá a vinculação formal dos meios de uniformização de jurisprudência. Verificamos que em todos os mecanismos analisados existe comando específico para a aplicação da orientação obtida, um contraditório diferenciado e um procedimento específico que varia em função do meio de uniformização analisado.⁴⁵⁵

Ao contrário do que se observa nos meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal não existe texto expresso na Constituição Federal e muito menos em Lei que preceitue que a orientação decorrente de meios de uniformização de jurisprudência com vinculação empírica deve ser seguida. Mesmo assim esses meios de uniformização são

⁴⁵³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.226.

⁴⁵⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.250.

⁴⁵⁵ O IAC é uma exceção a regra. O Art.947 não veicula procedimento específico para o julgamento do incidente. O artigo e seus parágrafos apresentam os contornos do procedimento que deverá ser regrado pelo regimento interno do respectivo tribunal.

reconhecidos como vinculantes servindo de orientação para magistrados, advogados, procuradores, defensores e promotores.

Alexander Peczenik, ao discorrer sobre os graus de vinculação de precedentes, esclarece que a expressão “*binding de facto*” dá a entender que o precedente não possui força normativa e que sua orientação é seguida pelo fato de outros a seguirem. Destaca que quando um magistrado “olha para trás” buscando um padrão estabelecido por uma decisão anterior não o faz em função de um dispositivo normativo que disponha dessa forma. O faz em função de reconhecer sua força normativa ou por se tratar de um modelo de decisão *factual*. Esclarece que a expressão vinculação *de facto* (*binding de facto*) é contraditória em si mesmo dado que o termo “vinculação” por si só carrega uma carga normativa sendo mais do que simplesmente seguir o precedente indicando, tendo dessa forma um caráter de justificação.⁴⁵⁶

Se alguma orientação decorrente de um tribunal superior é seguida pelo próprio tribunal que a elaborou, pelos demais juízes e tribunais, pelo Poder Público e por pessoas físicas e jurídicas, é seguida por ter caráter normativo. É reconhecida como direito, mais precisamente como direito aplicável.⁴⁵⁷ A vinculação empírica obtém seu caráter normativo de várias práticas e razões, as quais não são formalmente estabelecidas na Constituição ou nas leis.⁴⁵⁸

Fatores como a autoridade do tribunal que proferiu a decisão, a qualidade da fundamentação da decisão, as mudanças ocorridas na sociedade, a utilização do precedente para a decisão de outros casos, se a decisão foi proferida por um magistrado ou por órgãos colegiado, entre outros fatores exercem influência nessa forma de vinculação.

Aqui que se enquadra o inciso V do art.927 que trata da observação da orientação do plenário ou órgãos especial do tribunal a que os juízes ou tribunais estiverem vinculados. Trata-se de decisão que é tomada pelo órgão que representa todo o tribunal, o que lhe confere

⁴⁵⁶ “To be sure, the situation may be the other way around. A judge deciding a subsequent case looks back, into the past, and follows a pattern established in a previous decision, regardless of the issue whether or not the prior court issued any command or recommendation addressed to lower or subsequent courts. Here, from the point of view of the later court, the precedent may either be conceived as having normative force or may be conceived merely as a factually available model of decision, in some way influential as such. But even if the latter is the case, the expression ‘*binding de facto*’ is self contradictory, because the very word ‘binding’ indicates a normative force, which is something more than the mere fact of following the precedent. Indeed, it indicates that what is going on is taken to be justificatory.” (PECZENICK, Aleksander, *The Binding Force of Precedent*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routledge, 2016.p.465-466).

⁴⁵⁷ “[...] No doubt, the judges often follow precedents and feel motivated to do so, but it is difficult to believe that they do not also consider this motivation, explicitly or implicitly, to be right on account of some stable, even if not stated, normative grounds. If so, precedents have a normative force.” (PECZENICK, Aleksander, *The Binding Force of Precedent*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routledge, 2016.p.466).

⁴⁵⁸ PECZENICK, Aleksander, *The Binding Force of Precedent*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routledge, 2016.p.466.

elevada autoridade. Da mesma forma incluímos a orientação do pleno ou órgão, conforme for o caso, dos tribunais superiores. Se o STF ou o STJ firmar orientação a respeito de uma questão no órgão que representa todo o tribunal, esta decisão servirá de paradigma não só aos órgãos colegiados desses tribunais, mas aos juízes e tribunais de todo o território nacional.

Nossa posição é a de que o principal fator que norteia a vinculação empírica no CPC é o caput do art.926. Trata-se dos deveres de uniformização, estabilidade, coerência e integridade. Esses deveres tornam desnecessária a existência de um artigo específico determinando que a orientação decorrente de um meio de uniformização de jurisprudência vincula os magistrados para o julgamento dos casos a serem decididos no futuro.

Feitas essas observações verificamos duas formas de vinculação. A decorrente da Lei e da Constituição na qual a normatividade decorre do princípio da legalidade, entendido aqui como texto expresso que pode estar na Constituição e na Lei. A decorrente das práticas reconhecidas pelo sistema jurídico. Nos dois casos existe caráter normativo. Nos dois casos as orientações decorrentes dos meios de uniformização vinculam para a tomada de decisão nos casos futuros.

A vinculação empírica é comumente observada no que chamamos de jurisprudência. É de conhecimento que a jurisprudência consiste numa série de decisões que se desenvolve no tempo relativamente sobre a orientação para a decisão relativa a uma questão. Para se falar em jurisprudência é necessária uma grande quantidade de decisões veiculando a mesma orientação. A jurisprudência dominante de um tribunal não é unânime em relação a uma orientação. Sempre encontraremos decisões que não seguem a orientação da jurisprudência.

Da jurisprudência de um tribunal a respeito de determinada matéria é possível extrair um enunciado que é agrupado na súmula do tribunal. Trata-se do enunciado de súmula. Esses enunciados são utilizados como orientação para a tomada de decisão.

A vinculação empírica também é observada nos precedentes com vinculação empírica, isto é, aqueles que são seguidos não em função de comando legal ou constitucional. Mas por serem seguidos como a orientação juridicamente correta. Como observamos no capítulo anterior, precedentes no CPC são acórdãos oriundos do julgamento de casos concretos que tem sua orientação adotada em casos posteriormente julgados. Dentre os acórdãos que julgam casos concretos são fortes candidatos a gerarem precedentes os acórdãos do STJ em recurso especial e os proferidos pelo STF e STJ em embargos de divergência.

O propósito desse trabalho é analisar a vinculação no CPC. No item anterior analisamos a vinculação formal. Neste analisaremos a vinculação empírica. Passaremos agora a analisar os enunciados de súmulas e os precedentes com vinculação empírica, mais

precisamente os acórdãos do STJ em recurso especial e do STF e STJ em embargos de divergência. Demonstraremos o motivo para considerar essas duas categorias de acórdãos fortes candidatos a gerarem precedentes com vinculação empírica.

3.3.1 Os enunciados de súmula.

A súmula consiste em um conjunto de enunciados que retratam a jurisprudência de um tribunal sobre determinada questão. Como observamos no capítulo 1, é dever dos tribunais elaborar enunciados de súmula relativos à sua jurisprudência dominante.

Victor Nunes leal esclarece que a súmula surgiu em função da dificuldade dos ministros do STF de conhecer qual era a jurisprudência dominante relativamente a determinado assunto.⁴⁵⁹ Com o passar do tempo se consolidou em nosso ordenamento a utilização de seus enunciados como orientações para a decisão dos magistrados em todos os tribunais.

O art.927 do CPC em seu inciso IV preceitua que os juízes e os tribunais devem observar os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.⁴⁶⁰

Com o que foi exposto podemos verificar que as referências aos enunciados de súmula são das mais variadas no CPC. Predomina no CPC a referência aos enunciados de súmula do STF e do STJ. É pontual a referência aos enunciados de súmula dos tribunais de justiça dos estados. A opção é coerente se considerarmos que tanto o STF e o STJ proferem

⁴⁵⁹ 64. Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu - e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual - da dificuldade, para os ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente da Corte. Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento. 65. Daí surgiu a ideia da Súmula, que os colegas mais experientes - em especial os companheiros da Comissão de Jurisprudência, Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves - tanto estimularam. E se logrou, rápido, o assentimento da Presidência e dos demais ministros. Por isso, mais de uma vez, em conversas particulares, tenho mencionado que a Súmula é subproduto da minha falta de memória, pois fui eu afinal o relator, não só da respectiva emenda regimental, como dos seus primeiros 370 enunciados. Esse trabalho estendeu-se até às minúcias da apresentação gráfica da edição oficial, sempre com o apoio dos colegas de Comissão, já que nos reuníamos, facilmente, pelo telefone. NUNES LEAL, Victor. *Passado e Futuro da Súmula do STF*. Revista de Direito Administrativo, 1981.n.145.p.14.

⁴⁶⁰ O art.927 faz referência aos os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional O termo infraconstitucional é muito amplo e abarca uma grande quantidade de leis e atos normativos, inclusive estaduais, municipais e distritais. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery salientam esse ponto: “De acordo com a CF 105 III, o STJ tem a importante função, entre outras, de a) uniformizar o entendimento de lei federal do país e b) velar pelo respeito e autoridade da lei federal no país. Não têm competência constitucional para dispor sobre o respeito às leis estadual, distrital ou municipal, que também são dispositivos legais infraconstitucionais. Incorreto e atécnico o texto ora comentado, que dispõe sobre a vinculação de juízes e tribunais à súmula do STJ em, matéria infraconstitucional. A parte final do dispositivo comentado deve receber interpretação conforme a CF, razão pela qual deve ser lido como fazendo referência à súmula do STJ em matéria de lei federal.” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT, 2018.p.2057).

decisões que, respectivamente, servem de paradigma para os outros tribunais em matéria constitucional e em matéria federal. Da mesma forma, os tribunais de justiça proferem decisões que servem de paradigma em termo de direito local. Em nosso sentir também se enquadram na categoria de tribunais que juntamente ao STF e ao STJ e devem ter sua jurisprudência observada pelos órgãos judiciais que estejam em sua área de competência. Essa conclusão decorre da função exercida pelos tribunais de justiça⁴⁶¹.

Os tribunais regionais federais por outro lado não são tribunais superiores e tem competência para julgar causas que envolvam a União. Aplicam a legislação federal. O tribunal superior para as matérias federais é o STJ e dessa forma a jurisprudência e os enunciados de súmula sobre matéria federal do STJ devem ser observados pelos órgãos dos tribunais de justiça dos estados e tribunais regionais federais em todo o Brasil. Com isso queremos afirmar que a jurisprudência e consequentemente os enunciados de súmula desses tribunais devem se coadunar com a jurisprudência, e enunciados de súmula, do STJ em matéria federal.⁴⁶² O mesmo se aplicando à jurisprudência do STF e os enunciados de súmula, do STF em matéria constitucional. Dessa forma será concretizado o dever de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência desses tribunais.⁴⁶³

No que diz respeito à vinculação empírica, não existe dispositivo legal ou constitucional que preceitue a obrigatoriedade de se aplicar enunciados de súmula como se observa na súmula vinculante e nos precedentes com vinculação formal. Mesmo assim os enunciados de súmula são utilizados como orientação nos julgamentos dos tribunais. Alguns exemplos ajudarão a elucidar esse ponto.

O primeiro é o do enunciado de súmula 7 do STJ, o qual possui a seguinte redação: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. O enunciado foi elaborado em 28 de junho de 1990 e sua publicação se deu em 03 de julho do mesmo ano. O enunciado possui aproximadamente 30 anos e ainda é utilizado pelo STJ.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ Por desencargo de consciência ressaltamos que os tribunais de justiça não julgam unicamente causas envolvendo direito estadual ou municipal. Também aplicam direito federal, como por exemplo o código civil e o CPC.

⁴⁶² Merece destaque o enunciado de súmula 92 do Tribunal de Justiça de São Paulo que reproduz o enunciado 302 da súmula do STJ: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação do segurado ou usuário (Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça)”.

⁴⁶³ Estamos aqui afirmando como as coisas devem ser e não como elas são.

⁴⁶⁴ Destacamos as ementas dos três julgados mais recentes de nossa pesquisa:
AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO AUTOR.1. O Tribunal a quo, com base no conjunto fático e probatório carreado aos autos, afastou a alegação de cerceamento de defesa, por considerar suficientes as provas acostadas aos autos, bem como entendeu que o episódio narrado nos autos causou incômodo e eventual aborrecimento, mas não gerou dano de natureza moral.1.1. A alteração de tais conclusões demanda a incursão nas questões de fato e de prova dos autos, inadmissível por esta via especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.1.2. Esta Corte de Justiça tem entendimento no sentido de que a incidência do referido

Outro exemplo é o enunciado de súmula 5 do STJ que tem a seguinte redação: “a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”. O enunciado foi elaborado em 10 de maio de 1990 e publicado em 15 de maio do mesmo ano.⁴⁶⁵ O enunciado possui aproximadamente 20 anos e ainda está em uso para a tomada de decisão.

óbice impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual deu solução a causa a Corte de origem. Precedentes.2. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1633967/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2020, DJe 30/06/2020)

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. MANUTENÇÃO DO NOME DA PARTE AUTORA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO DO CRÉDITO. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SÚMULA 284 DO STF. VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211 DO STJ. CONFIGURAÇÃO DE DANOS MORAIS EM PROCESSO JUDICIAL DIVERSO. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Não há que se falar em nulidade do acórdão por vício de contradição sem deduzir de que modo o acórdão recorrido teria incorrido em aludida deficiência ou demonstrar impacto no deslinde da causa. Súmula 284/STF. 2. Para que se configure o prequestionamento da matéria, ainda que implícito, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal (Súm.211/STJ). 3. A subsistência de fundamento inatado apto a manter a conclusão do aresto impugnado impõe o não-conhecimento da pretensão recursal, a teor do entendimento disposto na Súmula nº 283/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.” 4. O reexame de fatos e provas sobre o preenchimento dos requisitos para responsabilidade civil por danos morais decorrente da inclusão indevida da inscrição em cadastros de inadimplência, em evento considerado apto a gerar o dever sucessivo de reparar, demandaria o revolvimento das premissas fático-probatórias estabelecidas nas instâncias ordinárias, remetendo até mesmo a processo judicial distinto, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ. Dissídio jurisprudencial prejudicado.5. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1817645/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2020, DJe 30/06/2020)

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXECUÇÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. EXTINÇÃO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTE. HIPÓTESE DE CABIMENTO. DOCUMENTO NOVO. CAPAZ DE ALTERAR O RESULTADO DO JULGADO RESCINDENDO. POSSIBILIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO. VALOR REDUZIDO. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. SÚMULA 284 DO STF. APLICAÇÃO ANALÓGICA. AFASTAMENTO DA NOVIDADE DO DOCUMENTO. SÚMULA 7 DO STJ. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REDUZIDO. AINDA EXCESSIVO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Não há que se falar em nulidade do acórdão por vícios de omissão, sem deduzir de que modo o acórdão recorrido teria incorrido em aludidas deficiências ou demonstrar impacto no deslinde da causa. Súmula 284/STF.2. Para revisar o acórdão quanto ao preenchimento dos requisitos para configuração de documento novo e sobre a desproporcionalidade do valor de indenização fixado, a pretensão formulada pela parte recorrente demandaria o revolvimento das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo v. acórdão recorrido, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ. Dissídio jurisprudencial prejudicado.3. Agravo interno não provido.(AgInt no REsp 1661049/MA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2020, DJe 30/06/2020)

⁴⁶⁵ Destacamos julgado que aplica o enunciado 5 da súmula do STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CANCELAMENTO DO CONTRATO NO PERÍODO DE REMISSÃO. ABUSIVIDADE. DANO MORAL VERIFICADO. SÚMULAS 5 E 7/STJ.1. O Tribunal de origem assentou que o cancelamento do contrato de plano de saúde no período de remissão violou as cláusulas contratuais, revelando-se conduta abusiva, sobretudo por estarem as beneficiárias em tratamento médico. Desse modo, insindicação a conclusão do Tribunal por esta Corte Superior, ante os óbices das Súmulas 5 e 7/STJ.2. Montante indenizatório pelos danos morais estabelecido pelo

Da mesma forma o enunciado 279 da súmula do STF que tem a seguinte redação: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". O enunciado foi aprovado na Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963.⁴⁶⁶ O enunciado possui 63 anos e ainda é utilizado para a tomada de decisão.

3.3.2 Acórdãos do STJ proferidos no julgamento de recurso especial.

O recurso especial está previsto na Constituição Federal no art.105,III. Trata-se de recurso destinado a garantir a manutenção da uniformidade do ordenamento jurídico, mais precisamente em relação à lei federal. Dessa forma as decisões do STJ em recurso especial tornam-se paradigmas para que juízes e tribunais decidam questões idênticas a eles submetidos.

Tribunal de origem que não se mostra excessivo, a justificar sua reavaliação em recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.3. Agravo Interno não provido.(AgInt no AREsp 1562124/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2020, DJe 26/06/2020)

⁴⁶⁶ Destacamos julgado que aplica o enunciado 279 da súmula do STF:

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. PIS/COFINS. Incidência sobre a receita ou o faturamento. Sistema FUNDAP/ES. Importação por conta e ordem de terceiros. Base de cálculo. Receita auferida com a intermediação. Especificidades fáticas do caso concreto. Revenda das mercadorias importadas. Impossibilidade de se rever o entendimento do tribunal de origem. Incidência da Súmula nº 279/STF. 1. Considerada a estruturação de operações de importação, cujo desembaraço aduaneiro ocorre em estados federados que, por questões geográficas e logísticas, concentram as zonas alfandegárias primárias, o Tribunal tem considerado relevante a indagação de quem foi o importador, a pessoa efetivamente responsável pelo negócio jurídico que subsidiou a operação que trouxe os produtos ao território nacional. 2. Conquanto o regime do FUNDAP e os pressupostos de incidência do ICMS sejam matérias de competência estadual que não interferem na incidência do PIS e da COFINS, tributos de competência da União, as orientações da Corte acerca do propósito negocial que subsidiou a operação de importação de bens ou mercadorias ao território nacional também são determinantes na análise do pressuposto de fato necessário à ocorrência do fato gerador dessas contribuições. 3. O regime de importação por conta e ordem de terceiro, no contexto do sistema FUNDAP, foi agasalhado pela legislação federal. Nos termos da MP nº 2.158-35/01, nas operações de importação realizadas no âmbito do FUNDAP, a incidência do PIS e da COFINS poderá se dar sobre o valor da prestação de serviços - na importação por conta e ordem de terceiros - ou sobre o valor total da importação, que representará o faturamento do adquirente - na importação em nome próprio. 4. Se a importadora é contratada para prestar o serviço de importação por conta e ordem de terceiros (clientes), figurando explicitamente como consignatária nos pertinentes documentos de importação, não efetuando, assim, operação de venda, a base de cálculo da COFINS e do PIS será a receita auferida com os serviços de intermediação comercial e de outras prestações de serviços efetivadas para o contratante. 5. O tribunal de origem foi categórico na assertiva de que a empresa importadora aderente ao sistema FUNDAP emitiu nota fiscal representativa de revenda das mercadorias importadas, fato que não se ajusta ao chamado contrato de consignação. A situação fática soberanamente firmada pelo tribunal de origem realmente não se ajusta à importação por conta e ordem de terceiro. Verificar, no caso concreto, se a recorrente operou ou não por meio desse tipo de contrato ou mesmo se revendeu ou não as mercadorias importadas importaria no revolvimento do conjunto fático e probatório dos autos, providência vedada em sede de apelo extremo, a teor da Súmula nº 279/STF. 6. Recurso extraordinário não provido, propondo-se a seguinte redação para a tese da repercussão geral do tema nº 391: "É infraconstitucional, e sobre ela incide a Súmula nº 279/STF, com aplicação dos efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à base de cálculo da COFINS e do PIS na importação feita no âmbito do sistema FUNDAP quando tal controvérsia for fundada na análise dos fatos e das provas que originaram o negócio jurídico subjacente à importação e no enquadramento como operação de importação por conta e ordem de terceiro de que trata a MP nº 2.158-35/2001."(RE 635443, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05-2020)

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery tratam da relevância das decisões dos tribunais superiores, destacando sua transcendência relativa aos casos individuais:

“Sendo uma das funções dos tribunais superiores uniformizar o entendimento da CF (STF) e da lei federal no país (STJ e TST), toda a decisão tomada pelas cortes superiores em casos individuais projeta o entendimento no tribunal, atuando como que paradigma para casos idênticos futuros. A relevância das decisões dos tribunais superiores em lides individuais, portanto, não está apenas na sua aplicação ao caso concreto, como atuação da verdadeira atividade substitutiva da constituição e como fator de implementação da paz social. Sua relevância transcendente à situação individual está no quadro da fundamentação do acórdão, fundamentos esses que se aplicarão aos casos concretos futuros que serão examinados pelo tribunal superior ou por qualquer outro órgão do Poder Judiciário. Daí podermos nominar de decisões-quadro os pronunciamentos do STF, STJ, TST, TSE e STM a respeito das matérias que são de sua competência constitucional.”⁴⁶⁷

As hipóteses de cabimento do recurso especial estão previstas no art.105,III da CF, que transcrevemos a seguir:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

No inciso III do art.105, o STJ julgará, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. No que diz respeito a causas decididas em única ou última instância, os requisitos os mesmos encontrados no Recurso Extraordinário. Há, entretanto, uma diferença, as causas devem ser decididas pelos: Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Esse requisito inexistente no recuso

⁴⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2019.p.981.

extraordinário e restringe o cabimento do Recurso Especial. Dessa forma não cabe recurso especial de decisões de juízes singulares e de turmas de julgados especiais.⁴⁶⁸

As hipóteses de cabimento do recurso especial estão previstas nas alíneas do inciso III do Art.105 da CF. O verdadeiro fundamento para o cabimento do recurso especial está na alínea *a* do inciso III do art.105, dado que as demais alíneas são desdobramentos daquela.⁴⁷⁰

No que diz respeito a hipótese constante na alínea *a* “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”, Cassio Scarpinella Bueno esclarece que:

“[...] é correto o entendimento de que o recurso especial, para ser admitido, pressupõe a alegação de que a decisão recorrida, desde que preenchidos também os demais pressupostos, genéricos e específicos, contrariar lei federal, no sentido de violá-la, interpretando-a e aplicando-a mal ao caso concreto, quer porque se aplica a lei inaplicável, quer porque se deixa de aplicar a que merecia incidência.”⁴⁷¹

No que diz respeito à alínea *b*, a qual preceitua que “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”. Temos situação em que a lei federal será afrontada pelo ato e não lei do governo local.⁴⁷² Arruda Alvim destaca que:

“O fundamento, nesse caso, em face da hipótese específica do cabimento, é mais restrito do que aquele presente na alínea *a*, visto que está ligado a uma hipótese específica de desrespeito da lei federal, que deveria (aos olhos do recorrente) ter prevalecido em face do ato do governo local e não prevaleceu. Há sempre de se analisar a relação – confronto – entre *ato de governo* e *lei federal*, com vistas a resguardar a última. Esse é, pois, o fundamento que se

⁴⁶⁸ “Somente das decisões colegiadas dos tribunais regionais federais e tribunais de justiça é que caberá REsp, não se o admitindo contra decisões de juízes singulares. Decisões ainda que finais, de tribunais trabalhistas, militares e eleitorais não são impugnáveis por REsp. Também não são recorríveis por REsp as decisões singulares de membros de tribunais e as proferidas por turmas dos julgados especiais cíveis (CF 98 I e LJE 41). Decisões monocráticas proferidas nos tribunais não são impugnáveis por REsp.” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT.2019.p.1120. Comentário ao art.105 n.25).

⁴⁶⁹ “[...] dão ensejo ao cabimento do recurso especial as decisões de única ou última instância, proferidas pelos Tribunais Regionais Federais, e pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, que contrariem leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, a lei estrangeira quando aplicável por força de norma de direito internacional, os tratados (de hierarquia infraconstitucional), os decretos e os regulamentos federais.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed. São Paulo: RT.2019.p.1418.)

⁴⁷⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed. São Paulo: RT.2019.p.1425.

⁴⁷¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva.2019.p.702.

⁴⁷² Cassio Scarpinella Bueno esclarece o alcance dessa hipótese de cabimento: “O ato a que se refere o dispositivo constitucional, destarte, não pode ser lei, mas sim, necessariamente, ato infralegal. Coerentemente com o entendimento do que é compreendido na locução ‘lei federal’, para todos os fins da letra *a* do inciso III do art.105, da Constituição Federal, contudo, o recurso para contraste de decretos estaduais, distritais e municipais em face de lei federal é o extraordinário, fundado no art.102,III,d, e não o especial, com base no art.105,III,b, ambos da Constituição Federal.”(SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva.2019.p.704).

dessume ser possível de ser invocado diante da redação da alínea *b*, do inciso III, do art.105.”⁴⁷³

No que diz respeito à alínea *c*, a qual preceitua que “dar a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. Temos hipótese em que fica claro que o recurso especial tem como função de uniformizar a aplicação do ordenamento jurídico federal, por meio da uniformização da jurisprudência.⁴⁷⁴ Merece atenção que essa hipótese de cabimento é a mesma verificada no IRDR, súmula vinculante, recurso especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos. A diferença é que no recurso especial avulso a hipótese de cabimento não pressupõe a repetitividade.

Não é demais lembrar que estamos tratando do recurso especial avulso. Este ao contrário do recurso extraordinário não possui um filtro como o da repercussão geral. Da mesma forma não existe um regime específico de admissibilidade para o recurso especial. Em outros termos, não existe nenhum dispositivo que de forma expressa estabeleça que o recurso especial vincula formalmente. Essa vinculação decorre da função concedida pela constituição ao recurso especial. Destacamos que para que o recurso especial possa exercer essa função, será necessário que a jurisprudência seja uniformizada no seu interior. Colocando de outra forma, o STJ deverá se posicionar de forma contundente sobre os posicionamentos que adotar. Em outros termos, cabe ao próprio STJ manter sua jurisprudência estável, íntegra, coerente e uniforme.

Exemplo em que isso ocorreu e o posicionamento do STJ foi utilizado como precedente é o do recurso especial 1.108.542/SC, da segunda turma, de relatoria do Ministro Castro Meira julgado em 18 de maio de 2009⁴⁷⁵.

Trata-se do não conhecimento de remessa necessária em ação civil pública em função da causa ter valor inferior a 60 salários mínimos (art. 475, § 2º, do CPC de 1973)⁴⁷⁶. O Ministério Público de Santa Catarina sustenta que:

⁴⁷³ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18ª Ed. São Paulo: RT. 2019. p. 1431.

⁴⁷⁴ “A respeito dessa hipótese de cabimento, Cassio Scarpinella Bueno destaca que: “[...] A constatação de que há divergência jurisprudencial entre dois ou mais tribunais, é, por si só, suficiente para demonstrar que, em pelo menos um dos casos, há ‘contrariedade’ ou, o que é o mesmo, ‘negativa de vigência’ a lei federal. O que vale destacar é que, nesse caso do permissivo da letra *c*, a circunstância de que a decisão viola a lei federal é *objetivamente* constatável, o que levou o legislador a impor uma específica *forma* para demonstração da existência e da ocorrência da divergência, assunto disciplinado pelo § 1º do art. 1029.” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 705).

⁴⁷⁵ REsp 1108542/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 29/05/2009

⁴⁷⁶ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)[...]

“O recorrente defende que o art. 19 da Lei nº 4.717/65 seria aplicável no caso vertente, asseverando que “o fato de tal dispositivo legal estar inserido na lei que rege as ações populares não impede sua aplicação no âmbito das ações civis públicas, pois tanto a Lei nº 4.717/65 quanto a Lei nº 7.347/85 compõem o chamado microssistema coletivo” (fl. 546). Nesse raciocínio, conclui que é indispensável o reexame da sentença de improcedência da ação civil pública de reparação de danos ao erário independentemente do valor dado à causa ou mesmo da condenação nos consectários legais.

No mais, sustenta que o acórdão hostilizado infringiu o art. 475, § 2º, do CPC na medida em que não conheceu da remessa necessária da sentença proferida pelo juiz de primeira instância no bojo de ação civil pública de reparação de danos ao erário, ignorando a expressão “direito controvertido” constante do dispositivo legal em tela, cujo valor no caso concreto superaria 60 (sessenta) salários mínimos, impondo o reexame da controvérsia pelo Tribunal de Justiça.”⁴⁷⁷

No recurso firmou-se a orientação de que é possível a aplicação analógica da remessa necessária prevista no art. 19 da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), às sentenças de improcedência em Ação Civil Pública.⁴⁷⁸

Firmou-se dessa forma precedente a respeito do assunto. O posicionamento firmado está sendo adotado pelo STJ em seus julgamentos, sendo que verificamos a citação direta ao precedente ⁴⁷⁹. A jurisprudência do STJ se consolidou sobre a matéria tendo por base

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

⁴⁷⁷ REsp 1108542/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 29/05/2009.

⁴⁷⁸ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA. ART. 19 DA LEI Nº 4.717/64. APLICAÇÃO. 1. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário. Doutrina. 2. Recurso especial provido. (REsp 1108542/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 29/05/2009)

Do bojo do acórdão extraímos o seguinte trecho:

“Portanto, dada a ausência de dispositivo na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) versando sobre a remessa oficial, deve-se, prioritariamente, buscar norma de integração dentro do microssistema processual da tutela coletiva, o que confirma como legítima a aplicação por analogia do art. 19 da Lei nº 4.717/65.”

⁴⁷⁹ A título de exemplo destacamos os julgados a seguir:

AgInt no REsp 1641233/MT, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 04/04/2019. Na ementa consta referência expressa ao precedente firmado no recurso especial 1.108.542/SC. No acórdão encontramos referência expressa ao precedente firmado no 1.108.542/SC : “[...] Alega-se, nas razões do Recurso Especial, ofensa ao artigo 475, I, do CPC/73, sob os seguintes fundamentos: a) “inexistindo regramento especial sobre a hipótese de não cabimento do reexame necessário contra a sentença de procedência na ação civil pública contra a Fazenda Pública, aplica-se a regra geral disposta no art. 475, I, do CPC” (fl. 372e); b) a aplicação analógica da primeira parte do artigo 19 da Lei 4.717/65 deve ser entendida em benefício do interesse público, logo, não comporta interpretação ampliativa, para o fim de excluir do reexame necessário as sentenças de procedência proferidas em ação civil pública; c) “no caso em tela, o Estado figura no polo passivo da ação civil pública e a sentença de procedência declarou a nulidade de um ato emanado do Estado de Mato Grosso, sendo claro, portanto, que a sentença foi proferida contra o ente público” (fl. 374e). Na forma da jurisprudência do STJ, por “aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (STJ, REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro

esse precedente. Verificamos que o precedente também é citado com outros julgados da corte que se referem ao precedente de forma indireta.⁴⁸⁰.

CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 29.5.2009). Nesse sentido: [...]” Após o qual são citados outros julgados que adotam o entendimento.

REsp 1733729/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 17/12/2018. Na ementa consta referência expressa ao precedente firmado no recurso especial 1.108.542/SC. Do bojo do acórdão destacamos o seguinte trecho: “[...]Com efeito, a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Portanto, é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade, nos termos do artigo 475 do CPC/1973. Além disso, por “aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009) Nesse sentido: [...]” Após o qual são citados outros julgados que adotam o entendimento.

AgInt no REsp 1596028/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 29/09/2017. Na ementa consta referência expressa ao precedente firmado no recurso especial 1.108.542/SC. No acórdão encontramos citação unicamente ao precedente firmado no recurso especial 1.108.542/SC: “[...]O argumento da agravante quanto à aplicação de precedente desta Corte (REsp 1.220.667/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho) não prospera, uma vez que a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, por “aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei n. 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 29/5/2009). Confira-se recente julgado da Segunda Turma:[...]”.

REsp 1613803/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017. Na ementa consta referência expressa ao precedente firmado no recurso especial 1.108.542/SC. Do bojo do acórdão extraímos o seguinte trecho, no qual menciona-se um julgado que faz referência do precedente firmado no recurso especial 1.108.542/SC: “[...]Ademais, por “aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário”. A propósito: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. 1. “Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009). 2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1219033/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 25/04/2011) Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Especial para anular o v. acórdão recorrido e determinar a devolução dos autos para o Tribunal de origem a fim de prosseguir no julgamento. É como voto.[...]”. Da mesma forma menciona-se outros julgados que veiculam o mesmo posicionamento.

AgInt no REsp 1379659/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 18/04/2017. Consta da ementa do acórdão a referência ao precedente firmado no recurso especial 1.108.542/SC. O acórdão faz referência à decisão agravada que tem como fundamento o precedente firmado no recurso especial 1.108.542/SC: “[...]Desta feita, não há falar em reparo na decisão ora agravada, pelo que reitera-se o seu teor: A Segunda Turma do STJ adotou posicionamento unânime de que o CPC/1973 e as leis específicas que disciplinam demandas coletivas compõem um sistema cujas normas interagem e se complementam. Cito o precedente: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA. ART. 19 DA LEI Nº 4.717/64. APLICAÇÃO. 1. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário. Doutrina. 2. Recurso especial provido. (REsp 1108542/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 29/05/2009) Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Especial e determino o retorno dos autos nos termos da fundamentação supra.(...).

⁴⁸⁰ AgInt no REsp 1690987/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018. Do bojo do acórdão destacamos a seguinte passagem:

“Em razão disso, a despeito da ausência de previsão legal acerca da necessidade do reexame necessário para a sentença de improcedência proferida na ação civil pública, esta Corte Superior tem adotado o entendimento de ser aplicável, por analogia, a regra do art. 19 da Lei n. 4.717/1965, a qual prevê expressamente a necessidade de remessa necessária ao Tribunal ad quem na hipótese em que se concluir pela carência ou pela improcedência da ação, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal. A propósito:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. REFORMA DA SENTENÇA QUE REJEITOU A INICIAL. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. INCIDÊNCIA,

POR ANALOGIA, DO ART. 19, CAPUT, DA LEI N. 4.717/65. 1. Não merece prosperar a tese de violação do art. 535 do CPC/73, porquanto o acórdão recorrido fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada. 2. Sendo assim, não há que se falar em omissão do aresto. O fato de o Tribunal a quo haver decidido a lide de forma contrária à defendida pela recorrente, elegendo fundamentos diversos daqueles por ela propostos, não configura omissão ou qualquer outra causa passível de exame mediante a oposição de embargos de declaração. 3. Por "aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei n. 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 29/5/2009). 4. A sentença que rejeita a inicial da ação de improbidade, por sua Documento: 1741096 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 30/08/2018 Página 5 de 4 Superior Tribunal de Justiça manifesta improcedência, sujeita-se ao reexame necessário. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1596028/MG, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 26/09/2017, DJe 29/09/2017)

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUSAS COM SUCUMBÊNCIA DA UNIÃO INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. MICROSSISTEMA DE DIREITOS COLETIVOS. PREVISÃO DE REMESSA OFICIAL NA LEI DE AÇÃO POPULAR. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CABIMENTO. 1. Trata-se de Ação de Improbidade Administrativa julgada improcedente, cuja sucumbência para União não ultrapassa o valor de 60 (sessenta salários mínimos). 2. É patente a possibilidade de utilização da lei de regência da Ação Popular (Lei 4.717/1965) como fonte do microssistema processual de tutela coletiva, prevalecendo, inclusive, sobre disposições gerais do Código de Processo Civil. A existência dos microssistemas processuais em nosso Ordenamento Jurídico é reconhecida em diversas searas de direitos coletivos, de forma que os seus instrumentos podem ser utilizados com o escopo de propiciar sua adequada e efetiva tutela. 2. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei 4.717/1965, as sentenças de improcedência de Ação Civil Pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29/5/2009). 3. Julgada improcedente Ação de Improbidade Administrativa, há necessidade de remessa oficial, independente do valor da sucumbência. 4. Agravo Interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1379659/DF, Rel. Min. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 18/04/2017 - sem grifo no original)

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. PACÍFICO ENTENDIMENTO NO STJ DE QUE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DEVE SER APLICADO SUBSIDIARIAMENTE À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Município de Vieiras contra Juvenal Soares Duarte, objetivando a condenação do réu por ter deixado que prescrevessem, durante o seu mandato, as dívidas de IPTU e ISS relativas aos anos de 1999 e 2000. 2. O Juiz de 1º Grau julgou improcedente o pedido e afirmou que a sentença estava sujeita ao reexame necessário. 3. O Tribunal a quo não conheceu da remessa oficial. 4. É pacífico o entendimento no STJ de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Assim, é cabível o reexame necessário na Ação de Documento: 1741096 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 30/08/2018 Página 6 de 4 Superior Tribunal de Justiça Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 496 do CPC/2015. 5. No mais, por "aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009). 6. Recurso Especial provido para anular o v. acórdão recorrido e determinar a devolução dos autos para o Tribunal de origem a fim de prosseguir no julgamento. (REsp 1613803/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017 - sem grifo no original)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. 1. Segundo jurisprudência consolidada desta Corte, aplica-se o art. 19 da Lei n. 4.717/65 por analogia às ações civis públicas, de forma que a sentença de improcedência deve ser submetida ao reexame necessário. 2. O Tribunal de origem não se pronunciou sobre a matéria versada no art. 475, § 1º, do CPC/73 apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração. Nesse contexto, caberia à parte recorrente, nas razões do apelo especial, indicar ofensa ao art. 535 do CPC/73, alegando a existência de possível omissão, providência da qual não se desincumbiu. Incide, pois, o óbice da Súmula 211/STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1264666/SC, Rel. Min. Sergio Kukina, Primeira Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016 - sem grifo no original)

REsp 1787858/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 03/05/2019: do Bojo do acórdão extraímos as citações a seguir: “

Verifica-se, então, que o ora recorrente teve negado um dos seus pedidos: a condenação com fulcro no inciso I do artigo 11 da Lei n. 8.429/92, razão pela qual a remessa necessária é medida que se impõe. Não é outro o entendimento sufragado por esta Corte, como ilustram as ementas a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. CABIMENTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. 1. As sentenças de improcedência de pedidos formulados em ação civil pública por ato de improbidade administrativa sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário, seja por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 475 do Documento: 1816165 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 03/05/2019 Página 9 de 4 Superior Tribunal de Justiça CPC/1973), seja pela aplicação analógica do Lei da Ação Popular (art. 19 da Lei n. 4.717/65). Nesse sentido: EREsp 1.220.667/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 30/6/2017. 2. O reexame necessário devolve ao Tribunal ad quem a apreciação de toda a matéria referente à sucumbência do autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, de modo que resta afastada a alegação de que o provimento da remessa, a fim de ser julgada procedente a demanda, configura indevido reformatio in pejus ao réu. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AgInt no AREsp n. 520.897/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 19/6/2018, DJe 14/8/2018.)

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. É FIRME O ENTENDIMENTO NO STJ DE QUE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DEVE SER EMPREGADO SUBSIDIARIAMENTE À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal contra os recorridos, objetivando a condenação pela prática de atos ímprobos. 2. Sustenta o Parquet federal que Domingos Silas Demitte utilizou-se de seu prestígio como servidor público - policial rodoviário federal - para facilitar a prática do crime de descaminho por Leandro Bortolato e Edson Victor Kohakoski. 3. O Juiz de 1º Grau julgou improcedente o pedido e afirmou que a sentença estava sujeita ao reexame necessário. 4. O Tribunal a quo não conheceu da remessa oficial e negou provimento à Apelação do Parquet federal. 5. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido: REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013, e REsp 1.098.669/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/11/2010. 6. Portanto, é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973. Nessa linha: REsp 1556576/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/5/2016. 7. Ademais, por "aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19/5/2009, DJe 29/5/2009). Nesse sentido: AgRg no REsp 1.219.033/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/4/2011. 8. Recurso Especial parcialmente provido para anular o v. acórdão recorrido e determinar a devolução dos autos para o Tribunal de origem a fim de prosseguir no julgamento. (REsp n. 1.600.340/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/3/2017, DJe 1/8/2017.)” (destaques não constantes do original).”, AgInt no AREsp 1008646/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 22/06/2018. Do bojo do acórdão destacamos o seguinte trecho:

“ O acórdão recorrido considerou que não há reexame necessário das ações de improbidade julgadas improcedentes. Percebe-se assim, contrariedade à jurisprudência desta Corte que é no sentido de que as ações de improbidade julgadas improcedentes estão sujeitas ao reexame necessário. Nesse sentido: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA. CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 16/11/2017, que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. Na origem, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública, postulando a condenação do ora agravante, então Prefeito de São Sebastião do Rio Preto, pela prática de atos de improbidade administrativa. O Juiz julgou improcedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC/73, sujeitando a sentença à remessa necessária. O Tribunal Documento: 1691381 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 22/06/2018 Página 10 de 5 Superior Tribunal de Justiça de origem, no acórdão objeto do Recurso Especial, não conheceu da remessa necessária. III. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é cabível a remessa necessária, em Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. Com efeito, a Primeira Seção do STJ, em recente julgado, firmou entendimento "no sentido de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido: REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013, e REsp 1.098.669/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/11/2010. Portanto, é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973. Nessa linha: REsp 1556576/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/5/2016. Ademais, por 'aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário' (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009). Nesse sentido: AgRg no REsp 1219033/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/04/2011" (STJ, EREsp

Da mesma forma encontramos julgados com a adoção do precedente do STJ (recurso especial 1.108.542/SC, da segunda turma, de relatoria do Ministro Castro Meira julgado em 18 de maio de 2009) no Tribunal de Justiça de São Paulo^{481 482}. Temos entendimento

1.220.667/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 30/06/2017). Em igual sentido: STJ, REsp 1.605.572/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/11/2017; REsp 1.600.340/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/08/2017; AgInt no REsp 1.596.028/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/09/2017. IV. Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1.531.501/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/4/2018, DJe 26/4/2018). (destaques não constantes do original)”

⁴⁸¹TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1000926-36.2016.8.26.0411; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Pacaembu - 1ª Vara; Data do Julgamento: 27/02/2020; Data de Registro: 27/02/2020. No bojo do acórdão encontramos referência ao precedente do STJ: “Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso, observando-se, ainda, a imposição do reexame necessário, ante a jurisprudência do E. STJ, que aponta a aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65 às sentenças de improcedência de ação civil pública (REsp 1.108.542/SC, rel. Min. Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009; AgRg no REsp 1219033/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/03/2011, DJe 25/04/2011)”.

⁴⁸²A título de exemplo destacamos outros julgados que adotam o precedente: TJSP; Apelação Cível 1000742-36.2016.8.26.0070; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público. Não encontramos referência ao precedente na ementa do acórdão. No bojo do acórdão encontramos referência ao precedente: “Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade da apelação, observando-se, ainda, a imposição do reexame necessário, ante a jurisprudência do E. STJ, que aponta a aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65 às sentenças de improcedência de ação civil pública (REsp 1.108.542/SC, rel. Min. Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009; AgRg no REsp 1219033/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/03/2011, DJe 25/04/2011).”;

Foro de Batatais - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/11/2018; Data de Registro: 27/11/2018, TJSP; Remessa Necessária Cível 1028049-16.2016.8.26.0053 Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/10/2017 Data de Registro: 30/10/2017.. Na ementa do acórdão encontramos referência ao posicionamento do STJ sem fazer referência ao precedente: “REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PEDIDO FORMULADO POR SINDICATO FUNCIONAL PARA IMPLEMENTAR EM FOLHA DE PAGAMENTO A PROMOÇÃO POR MÉRITO INSTITUÍDA PELA LC 1.144/2011 E REGULADA PELO DECRETO EXECUTIVO N. 58.648/2012 - ação julgada procedente in totum – ausência de recurso voluntário - descabimento de remessa necessária – aplicação subsidiária do art. 19 da Lei da Ação Popular – microssistema do processo coletivo - precedentes do STJ – Fazenda Pública como ré - inaplicabilidade do art. 496, I, do CPC/2015 e da Súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça – o processo coletivo prestigia o interesse público primário titularizado pela coletividade, não podendo ser sacrificado em favor do interesse público secundário a cargo da Fazenda - Remessa necessária não conhecida.

No bojo do acórdão encontramos referência ao precedente e ao posicionamento do STJ em acórdão citado que faz referência ao precedente: “Nesta linha, a Lei Federal nº 4.717/65, que regula a ação popular, dispôs expressamente que a sentença de improcedência ou de carência da demanda está sujeita ao duplo grau de jurisdição; cabendo contra a decisão de procedência tão somente o recurso voluntário de apelação, *ipsis litteris*: Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo. Ab initio, consoante a dinâmica 1 DIDIER JR., Fredie, Curso de Direito Processual Civil, Vol. 3, 5ª Ed., Salvador: Jus PODIVM, 2008, p. 449. consagrada do microssistema do direito coletivo, segundo o qual as normas que o regem são permeáveis entre si, apesar de ser o único dispositivo a prever especificamente o reexame necessário de sentenças proferidas no processo coletivo, o supra citado art. 19 da Lei da Ação Popular tem extrema relevância para todas as ações coletivas porque pacífico o entendimento de sua aplicabilidade, além da Ação Popular, alcançando todas as ações coletivas, dentre elas a Ação Civil Pública, espécie ajuizada pelo sindicato autor. Neste sentido, vide o quanto pontificado pelo c. Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o *códex* processual e as leis específicas que disciplinam demandas coletivas compõem um sistema cujas normas interagem e se complementam: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. 1. “Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (REsp 1.108.542/SC, Rel.

de que o que diferencia o precedente da jurisprudência de um tribunal é que o precedente é citado diretamente e conforme o caso com outras decisões que demonstrem que o tribunal adota a orientação. A citação pode se dar por meio de outro julgado, desde que fique claro que a orientação do precedente é adotada por esse julgado. Essa forma de situação é útil para demonstrar a atualidade do precedente.

Quando se faz uso da jurisprudência ocorre a citação de julgados que a compõem com o intuito de demonstrar a orientação sobre determinada questão que prevalece no tribunal. Não se faz referência ao julgado que originou a série de julgados. As formas distintas de citação

Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009). 2. Agravo Regimental não provido (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.219.033 RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. em 17/03/2011)"

(TJSP; Remessa Necessária Cível 1028049-16.2016.8.26.0053; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/10/2017; Data de Registro: 30/10/2017)." Não encontramos referência ao precedente na ementa. No Bojo do acórdão encontramos citação do precedente de forma indireta: "Neste sentido, vide o quanto pontificado pelo c. Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o códex processual e as leis específicas que disciplinam demandas coletivas compõem um sistema cujas normas interagem e se complementam: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. 1. "Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009). 2. Agravo Regimental não provido (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.219.033 RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. em 17/03/2011)" (destaques não constantes do original);

TJSP, Apelação Cível 1000639-49.2016.8.26.0128; Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Cardoso - Vara Única; Data do Julgamento: 25/09/2017; Data de Registro: 25/09/2017. Não encontramos referência ao precedente na ementa. No bojo do acórdão encontramos referência ao precedente: "Pondere-se, desde logo, que a hipótese vertente não está enquadrada no disposto no artigo 19 da Lei Federal nº 4.717/65, aplicável à ação civil pública, por força da jurisprudência consolidada perante o Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme o REsp nº 1.108.542/SC, Rel. o Ministro Castro Meira, E. Segunda Turma, Julgado em 19.05.09, DJ 29.05.09, de tal sorte que a r. sentença a quo não está submetida ao duplo grau de jurisdição." (destaques não constantes do original)

TJSP e Remessa Necessária Cível 1000609-75.2015.8.26.0022; Relator (a): Gilberto Leme; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Amparo - 1ª Vara; Data do Julgamento: 14/08/2017; Data de Registro: 15/08/2017. Não encontramos referência ao precedente na ementa. No bojo do acórdão encontramos referência ao precedente: "Conforme bem observado pela Procuradoria Geral de Justiça, o precedente citado na r. sentença refere-se à ação civil pública que tinha por objeto a reparação de danos ao erário (REsp 1.108.542/SC, 2.ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 19.5.2009). Note-se que o Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a sentença de improcedência de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público ou mesmo por associações, que tenha por objeto a defesa do patrimônio público, é suscetível de reexame necessário, uma vez que se conclui que a sentença foi proferida contra os interesses da União, do Estado ou do Município, incidindo por analogia o art. 19 da Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65)." (destaques não constantes do original)

TJSP; Apelação Cível 1001328-37.2017.8.26.0103; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Caconde - Vara Única; Data do Julgamento: 18/09/2019; Data de Registro: 18/09/2019. Não encontramos referência ao precedente na ementa. Do bojo do acórdão extraímos o seguinte trecho: "De acordo com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, as disposições constantes da Lei Federal nº 4.717/65, que trata da ação popular, devem ser aplicadas ao recurso oficial na ação civil pública (REsp 1108542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 29/05/2009)." (destaques não constantes do original)

do precedente indicam que a vinculação empírica nele existente está sendo transferida para outros julgados, e conseqüentemente para a jurisprudência do tribunal.⁴⁸³

3.3.3 Os embargos de divergência.

Os embargos de divergência consistem num recurso que tem por escopo uniformizar a jurisprudência no âmbito interno do STF e do STJ. Tem por escopo manter a estabilidade, a coerência e a integridade da jurisprudência dos tribunais que tem por função uniformizar a interpretação da lei e da constituição.⁴⁸⁴ Isso pode ser depreendido de suas hipóteses de cabimento que estão nos incisos I e III do art.1043 do CPC.

Os embargos de divergência são cabíveis contra acórdãos de órgãos fracionários do STF e do STJ. É a divergência entre os órgãos fracionários do mesmo tribunal que ensejará a propositura do recurso de embargos de divergência (*caput* do art.1043).

Dessa forma é vedada a interposição desse recurso relativamente a acórdão do pleno ou do órgão especial, respectivamente do STF e do STJ.⁴⁸⁵ Da mesma é vedada sua interposição contra decisões monocráticas.⁴⁸⁶

Os enunciados de súmula 315 do STJ⁴⁸⁷ e 300 do STF⁴⁸⁸ preceituam serem incabíveis os embargos de divergência no âmbito, respectivamente, do agravo manejado contra a inadmissão do recurso especial e do recurso extraordinário.⁴⁸⁹

⁴⁸³ Para efeitos desse estudo temos por objetivo unicamente demonstrar a utilização do recurso especial avulso como precedente. Não é nosso objetivo adentrar no mérito da questão no que diz respeito ao cabimento ou não da remessa necessária na ação de improbidade administrativa julgada improcedente.

⁴⁸⁴ “É correto, a esse respeito, entender que, para bem desempenharem o seu papel institucional, a eles reservado pelo modelo constitucional do direito processual civil, é fundamental que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tenham, eles próprios sua jurisprudência uniformizada, o que significa, até mesmo, a larguíssima aplicação diuturna do recurso no âmbito daqueles Tribunais. É o que decorre do art.926, quando impõe o dever de os Tribunais manterem sua jurisprudência *íntegra e coerente*.” (destaques do original) (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva.2019.p.753).

⁴⁸⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva.2019.p.756.

⁴⁸⁶ “É irrelevante que a decisão haja sido proferida por unanimidade ou, diversamente, por maioria. Exige-se apenas que a decisão tenha resultado de deliberação do órgão fracionário em julgamento de recurso especial ou extraordinário, conforme o caso. Também têm cabimento os embargos de divergência de acórdão proferido em agravo interno que tenha julgado o próprio recurso, especial ou extraordinário.” (ARRUDA ALVIM, Eduardo; GRANADO, Daniel Willian, ARANHA FERREIRA, Eduardo. *Direito Processual Cível*.6ª Ed. São Paulo: Saraiva.2019.p.1052).

⁴⁸⁷ Enunciado de súmula 315 do STJ : “Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial.”

⁴⁸⁸ Enunciado de súmula 300 do STF: “São incabíveis os embargos da Lei 623, de 19-2-1949, contra provimento de agravo para subida de recurso extraordinário.”

⁴⁸⁹ “Todavia se o agravo interno for interposto de decisão monocrática que tenha julgado o próprio recurso especial ou extraordinário, são cabíveis os embargos de divergência. O acórdão resultante do julgamento do mencionado agravo, poderá, em nosso entender, ser alvo de embargos de divergência, desde que presentes os pressupostos

No STF será cabível se for verificada divergência entre turmas ou entre turma e plenário, sendo o acórdão paradigma do plenário e o acórdão embargado da turma. No STJ será cabível se for verificada divergência entre (a) turmas da mesma seção, (b) turma e seção da qual pertença a turma, (c) ou turmas de seções diversas, (d) ou entre seções, (e) ou turma e seção da qual a turma não faça parte, ou (f) ou órgão fracionário e órgão especial, sendo o acórdão embargado do órgãos fracionário e o acórdão paradigma do órgãos especial.

No STF a competência para o julgamento será sempre do plenário (parágrafo único do art.336 do RISTF), ao passo que no STJ dependerá da divergência. Se se tratar de conflito interno da seção (hipóteses (a) e (b) a competência será da própria seção (parágrafo único do art.12 do RISTJ). Se se tratar de conflitos entre seções distintas ou turmas de seções distintas, entre turma e seção da qual a turma não faça parte e de órgão fracionário e a corte especial (hipóteses (c) a (f)), a competência será da corte especial (art.11 do RISTJ). Ante o exposto podemos verificar que será sempre um órgão de maior hierarquia que irá julgar os embargos de divergência.

É cabível a interposição de embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros (§3º do art.1043). Temos aqui um dispositivo que se coaduna com o art.926 e § § 2º a 4º do CPC. Como salientamos ao comentar o art.926 do CPC a estabilidade deve ser analisada tendo por base a coerência, a integridade e a modificação/alteração de teses jurídicas. A possibilidade de interposição de embargos de divergência na situação ora comentada permite a oxigenação da jurisprudência da turma e consequentemente do tribunal dado que pode ensejar divergência com orientações de outra(s) turma(s).⁴⁹⁰

constantes do inc.I ou III do art.1043 do CPC 2015. A partir e por causa do julgamento do agravo interno, supondo-se não seja acolhido e mantido a decisão monocrática, ter-se-á, então, o pronunciamento da própria turma. Confirma o que dissemos a recente Súmula 316 do STJ: ‘Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental decide recurso especial.’ Trilhando o mesmo caminho, o STF cancelou a Súmula 599, cujo teor era o seguinte: ‘São incabíveis embargos de divergência de decisão de turma em agravo regimental’.” (ARRUDA ALVIM, Eduardo; GRANADO, Daniel Willian, ARANHA FERREIRA, Eduardo. Direito Processual Ciiivl.6ª Ed. São Paulo: Saraiva.2019.p.1052. nota de rodapé nº 3).

⁴⁹⁰ “O dispositivo, que para os puristas do ‘common law brasileiro’ deve ser criticado porque enaltece o posicionamento pessoal dos julgadores e não do próprio Tribunal, já era antevisto pelas decisões anteriores deste Curso e deve ser aplaudido em função do *direito jurisprudencial* brasileiro e de suas características. Ela tem o condão de viabilizar a atualização da jurisprudência dos órgãos fracionários diante de seus atuais membros. A *integridade* e a *coerência* da jurisprudência devem levar em conta essa particularidade dos Tribunais brasileiros, mormente do Superior Tribunal de justiça.” (destaques do original) (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva.2019.p.757).

Note-se que na hipótese prevista no inciso I ambos os acórdãos, embargado e paradigma, são de mérito, ao passo que no inciso III um acórdão é de mérito e o outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia. Essa é uma das novidades instituídas pelo CPC 2015 nos embargos de divergência, como destacam Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins de Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres:

“A novidade está justamente no inciso III em que a nova lei admite expressamente o confronto de acórdãos – recorrido e divergente – não necessariamente do mesmo *nível de cognição*. Pode se tratar de acórdão de mérito posto lado a lado com acórdão de não conhecimento do recurso desde, é claro, que este último, de não conhecimento, se baseie em matéria de mérito. Isto porque o *objetivo é uniformizar*: as duas decisões devem ser uma o “avesso” da outra. A existência de ambas deve revelar falta de uniformidade de entendimento do tribunal sobre certa tese jurídica. este dispositivo, como afirmamos acima, tem o claro propósito de pôr fim à jurisprudência que teimosamente não admite embargos de divergência **se ambos os acórdãos não forem ou de mérito ou de admissibilidade**. Esta exigência é **absolutamente injustificável**, pois o que importa é que as decisões expressem desarmonia no pensamento do Tribunal como um todo.”⁴⁹¹ (destaques do original)

O § 1º do art.1043 permite a confrontação de teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária. Essa disposição evidencia a diversidade das hipóteses concretas em que o recurso poder ser interposto,⁴⁹² como por exemplo na que o agravo interno é utilizado para colegiar a decisão monocrática.⁴⁹³ Essas teses podem ser relativas a direito material ou processual (§ 2º do art.1043).

O § 4º do art.1043 preceitua que o recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados. Arruda Alvim chama a atenção para o fato de os requisitos serem análogos aos do recurso especial fundado no art.105,III,b da CF.⁴⁹⁴ Cassio Scarpinella Bueno destaca que são duas as divergências que devem ser demonstradas.

⁴⁹¹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.1696.

⁴⁹² ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019. p.1485.

⁴⁹³ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva, 2019. p.757.

⁴⁹⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019. p.1488.

A formal que tem relação com a forma como a divergência será demonstrada⁴⁹⁵ e a material que tem relação com o conteúdo do acórdão, impondo ao recorrente que demonstre “as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados”.⁴⁹⁶

Para que sua hipótese de cabimento seja satisfeita é necessário demonstrar a existência de uma mesma situação fática com solução jurídica distinta no mesmo tribunal.⁴⁹⁷ A esse respeito Cassio Scarpinella Bueno esclarece que:

“Pela sua própria natureza, os embargos de divergência não se prestam a uniformizar a interpretação de normas jurídicas diversas ou meras teses doutrinárias. Trata-se, é importante enfatizar, de interpretação do direito aplicável às mesmas premissas fáticas. O recurso também não se presta ao revolvimento das provas ou dos fatos subjacentes ao julgamento.”⁴⁹⁸

Por se tratar de recurso com função de uniformizar a jurisprudência no âmbito interno do tribunal possui efeito devolutivo restrito ao pedido realizado no recurso, isto é, a solução da divergência objeto do recurso. Não possui efeito translativo.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ Art.1043 [...] § 4º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

⁴⁹⁶ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva.2019.p.758.

⁴⁹⁷ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva.2019.p.754.

⁴⁹⁸ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva.2019.p.754.

⁴⁹⁹ A respeito do efeito devolutivo e do efeito translativo do recurso destacamos os posicionamentos a seguir: A respeito do efeito devolutivo dos Embargos de Divergência: “Seu efeito devolutivo é restrito ao pedido do embargante, e considerando que se trata de ‘recurso extraordinário’, deve ser afastado o efeito ‘translativo’. Até porque, ao recusar tal efeito ao recurso extraordinário e ao recurso especial, não há espaço para que o acórdão a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça diga respeito a matérias não discutidas e não decididas que, em rigor, não guardam nenhuma relação com os objetivos dessa espécie recursal.” SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva.2019.p.760). ‘Na primeira fase do julgamento dos RE, Resp e EmbDiv (juízo de cassação) não se aplica o efeito translativo dos recursos, isto é, o exame *ex officio* das questões de ordem pública não suscitadas pela parte. No entanto, esse efeito translativo se aplica à segunda fase do julgamento dos recursos excepcionais, inclusive dos EmbDiv na medida em que o STF e o STJ, conhecendo e dando provimento aos recursos (*juízo positivo de cassação*), deverão julgar a causa e aplicar o direito à espécie (STF 456 e RISTJ 255, §5º), vale dizer, deverão proferir *juízo de revisão*. [] Em suma: reconhecida a divergência – conhecidos e providos os EmbDiv -, o tribunal fixará a esse por ele afirmada como a que deve prevalecer e a aplicará ao caso concreto (julgará a causa aplicando o direito à espécie). Este é o sentido da expressão ‘recebidos os embargos’: receber quer dizer dar provimento.[...]’ (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT,2018.p.2505). Comentário ao art.1043. Nota nº 10). “Como abordamos no item referente ao efeito translativo dos recursos especial e extraordinário, há orientação jurisprudencial do STJ de que o efeito translativo não se aplica aos recursos de estrito direito – e, portanto, também aos embargos de divergência – uma vez que, mesmo as matérias que podem ser conhecidas de ofício, estariam sujeitas ao prequestionamento. Há contudo decisões do STJ, alinhada à posição doutrinária dessa matéria, que admitem o efeito translativo em recursos de estrito direito, mas em fase subsequente, quando superada a admissibilidade e a cassação, no rejuízo da causa.(ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito*

Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins de Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres, esclarecem que nessa modalidade de recurso pode ser utilizada para a uniformização de jurisprudência por identidade essencial:

“[...] esta ferramenta de **uniformização de jurisprudência** não se presta exclusivamente a corrigir discrepâncias de decisões sobre casos **absolutamente** idênticos. Há necessidade, isto sim, de que existe **identidade jurídica estrutural**, de essência, embora à vezes, os fatos possam ser diferentes. É que nem sempre a desarmonia se revela quando são **decididos de modos diferentes casos iguais**: por exemplo, a incidência de um tributo sobre certa operação jurídica. Às vezes, os fatos não são idênticos, mas o fenômeno jurídico é o mesmo. Há outros expedientes que se prestam a **uniformizar** as decisões de casos iguais em que a **identidade**, em nosso entender, **deve ser absoluta**, como por exemplo, o julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos, ou o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no NCPC. Mas os **embargos de divergência** são recurso que se presta a **uniformizar a jurisprudência** por meio de um método de analogia mais requintado, que não parte da **identidade absolutamente integral** das situações fáticas subjacentes aos acórdãos confrontados.”⁵⁰⁰

Merece atenção o preceito veiculado pelo art.266-C do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental n. 22, de 2016, que preceitua que:

Art. 266-C. Sorteado o relator, ele poderá indeferir os embargos de divergência liminarmente se intempestivos ou se não comprovada ou não configurada a divergência jurisprudencial atual, ou negar-lhes provimento caso a tese deduzida no recurso seja contrária a fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema.

Esse preceito estabelece uma conexão entre os embargos de divergência e os recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos, recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça e a jurisprudência dominante acerca do tema. Merece atenção a ausência do incidente de resolução de demandas repetitivas nesse rol. Note-se que se a tese defendida nos embargos

Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 18ª Ed. (revista, atualizada e ampliada) São Paulo: RT.2019).

⁵⁰⁰ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. p.1697-1698.

de divergência for contrária a orientação firmada por esses meios estar-se-á subvertendo o propósito desse recurso . O comando é coerente com a sistemática introduzida pelo CPC e com a função do recurso. Trata-se de recurso que tem por função corrigir desvios na jurisprudência dos tribunais superiores e não contribuir para criá-los. Uma vez que existam orientações decorrentes dos meios de uniformização de jurisprudência enumerados no art.266-C ou jurisprudência dominante sobre o tema não é viável fazer uso do recurso para defender tese contrária a essas orientações. O enunciado de súmula 168 do STJ adota a mesma orientação em relação à jurisprudência do tribunal: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

O regimento interno do STF veicula comando similar no art.332 no sentido de não serem cabíveis embargos de divergência, se a jurisprudência do Plenário ou de ambas as Turmas estiver firmada no sentido da decisão embargada, exceção feita a hipótese em que ocorra a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula.

O art.266-C do RISTJ e o art.332 do RISTF demonstram de forma concreta que a função dos embargos de divergência é manter a jurisprudência do tribunal uniforme, estável, íntegra e coerente.

Dentre os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação empírica analisados, este é o único que tem por função precípua a uniformização de jurisprudência interna dos tribunais. Trata-se de recurso que atua em um outro plano de uniformização de jurisprudência. Note-se que ao uniformizar a jurisprudência interna dos tribunais superiores, de forma indireta atua para a uniformização de jurisprudência em todo o território nacional.

Como destacamos não existe dispositivo normativo que determine que as orientações firmadas em embargos de divergência sejam adotadas pelos outros órgãos do tribunal. Ocorre que na prática essas orientações são adotadas.

Como exemplo iremos analisar a forma como era interpretado o enunciado 182 da súmula do STJ:

Súmula 182 - É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. (Súmula 182, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/02/1997, DJ 17/02/1997)

O referido enunciado foi elaborado na vigência do CPC 73 e tem relação com o art.545, que trata do agravo no recurso extraordinário e especial, que possui a seguinte redação:

Art. 545. Da decisão do relator que não conhecer do agravo, negar-lhe provimento ou decidir, desde logo, o recurso não admitido na origem, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 557. (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010)

Analisando os julgados que originaram o enunciado verificamos referência a impugnação específica das razões utilizadas para a inadmissão do recurso. Trata-se de preceito que visa combater a mera repetição das razões veiculadas no recurso especial sem impugnar as razões da decisão que inadmite o recurso especial. São esses os fundamentos da decisão agravada a que se refere o enunciado de súmula.

O inciso I do § 4º do art.544 faz referência ao agravo que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada:

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010)

[...]

§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010)

I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

[...]

O dispositivo faz referência ao regimento interno do STJ que em seus arts.34, XVIII, e 253, parágrafo único, I, ambos com redação dada pela Emenda Regimental n.22 de 2016, preceituam que:

Art. 34. São atribuições do relator:

[...]

XVIII - distribuídos os autos:

a) não conhecer do recurso ou pedido inadmissível, prejudicado ou daquele que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida; [...]

Art. 253. O agravo interposto de decisão que não admitiu o recurso especial obedecerá, no Tribunal de origem, às normas da legislação processual vigente. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 16, de 2014)

Parágrafo único. Distribuído o agravo e ouvido, se necessário, o Ministério Público no prazo de cinco dias, o relator poderá: (Redação dada pela Emenda Regimental n. 16, de 2014)

I - não conhecer do agravo inadmissível, prejudicado ou daquele que não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)

[...]

Verificamos que os dispositivos referidos foram alterados em 2016, após a entrada em vigor do CPC 2015.

O art.932, III, do CPC 2015 reproduz o comando agora aplicável a todos os recursos. O artigo possui a seguinte redação: “Incumbe ao relator:[...] III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.” O art.1021, § 1º, do CPC reproduz o comando para o agravo interno. Reproduzimos a seguir sua redação: “Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. [...] § 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.”

Verificamos que a nova redação do art.34,XVIII e do art.253, parágrafo único, I do RISTJ, ambos com redação dada pela Emenda Regimental n.22 de 2016, se coadunam com as disposições dos arts.932,III e 1021, § 1º do CPC.

Ocorre que o enunciado de súmula passou a ser interpretado como que sendo obrigatória a impugnação de todos os pontos da decisão agravada (agravo de recurso especial ou interno no STJ)⁵⁰¹. Dessa forma, se a decisão recorrida possuir capítulos autônomos a parte deverá impugnar todos, independentemente da sua intenção de desistir do pedido relativo a um ou mais deles. No que diz respeito à inadmissibilidade do recurso, haverá apenas um capítulo composto por todos os fundamentos para a inadmissibilidade da decisão agravada.

Nos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EAREsp) 701.404/SC⁵⁰², 746.775/PR⁵⁰³ e 831.326/SP⁵⁰⁴ ⁵⁰⁵ o STJ reafirmou orientação a respeito. O julgamento

⁵⁰¹ Para exemplificar destacamos alguns julgados do STJ: AgRg no AREsp 766.962/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 20/09/2018, AgInt nos EDcl no AREsp 567.850/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 30/08/2018, DJe 10/09/2018, AgInt no AREsp 1152147/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 30/08/2018, AgInt no AREsp 902.869/SC, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 22/08/2018 e AgRg no REsp 1460338/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018.

⁵⁰² EAREsp 701.404/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 30/11/2018.

⁵⁰³ EAREsp 746.775/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 30/11/2018.

⁵⁰⁴ EAREsp 831.326/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 30/11/2018

⁵⁰⁵ Dada a similitude das ementas citaremos apenas a EAREsp 746.775/PR. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. ART. 544, § 4º, I, DO CPC/1973. ENTENDIMENTO RENOVADO PELO NOVO CPC, ART. 932. 1. No tocante à admissibilidade recursal, é possível ao recorrente a eleição dos fundamentos objeto de sua insurgência, nos termos do art. 514, II, c/c o art. 505 do CPC/1973. Tal premissa, contudo, deve ser afastada quando houver expressa e específica disposição legal em sentido contrário, tal como ocorria quanto ao agravo

conjunto foi realizado na Corte Especial do STJ a sessão de 19.9.2018. Tratava-se de julgamento de agravo em recurso especial. Na ocasião do julgamento foi realizada interpretação do enunciado de súmula 182 do STJ no sentido de que ela incide para não conhecer da totalidade do recurso nas hipóteses em que o recorrente ataca apenas parte da decisão recorrida de inadmissibilidade do recurso especial, ainda que a parte controvertida seja capítulo autônomo em relação à parte não impugnada. Colocando de outra forma, firmou-se o entendimento de que a decisão de inadmissibilidade do recurso especial não possui capítulos autônomos, sendo incindível e deve ser impugnada em sua integralidade. Merece atenção o fato de se tratar de orientação firmada pela corte especial, o que enquadra esse precedente no art.927,V do CPC.

Os acórdãos paradigmas em cada recurso são relativos aos anos de 2012 e dois a 2014. Os três acórdãos são anteriores à vigência do atual CPC.

Em busca no site do STJ encontramos acórdãos seguindo entendimento da Corte Especial do STJ, fazendo referência expressa aos três acórdãos^{506 507}.

contra decisão denegatória de admissibilidade do recurso especial, tendo em vista o mandamento insculpido no art. 544, § 4º, I, do CPC, no sentido de que pode o relator "não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada" - o que foi reiterado pelo novel CPC, em seu art. 932. 2. A decisão que não admite o recurso especial tem como escopo exclusivo a apreciação dos pressupostos de admissibilidade recursal. Seu dispositivo é único, ainda quando a fundamentação permita concluir pela presença de uma ou de várias causas impeditivas do julgamento do mérito recursal, uma vez que registra, de forma unívoca, apenas a inadmissão do recurso. Não há, pois, capítulos autônomos nesta decisão.3. A decomposição do provimento judicial em unidades autônomas tem como parâmetro inafastável a sua parte dispositiva, e não a fundamentação como um elemento autônomo em si mesmo, ressoando inequívoco, portanto, que a decisão agravada é incindível e, assim, deve ser impugnada em sua integralidade, nos exatos termos das disposições legais e regimentais. 4. Outrossim, conquanto não seja questão debatida nos autos, cumpre registrar que o posicionamento ora perfilhado encontra exceção na hipótese prevista no art. 1.042, caput, do CPC/2015, que veda o cabimento do agravo contra decisão do Tribunal a quo que inadmitir o recurso especial, com base na aplicação do entendimento consagrado no julgamento de recurso repetitivo, quando então será cabível apenas o agravo interno na Corte de origem, nos termos do art.1.030, § 2º, do CPC. 5. Embargos de divergência não providos. (EAREsp 831.326/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 30/11/2018)

⁵⁰⁶ Para exemplificar: AgInt no AREsp 1573260/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 03/03/2020 , AgInt nos EDcl no AREsp 1513487/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 03/03/2020 , AgInt no AREsp 497.148/RJ, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019, AgInt nos EAREsp 1497593/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 23/06/2020, DJe 29/06/2020, AgInt nos EDv na Pet 12.923/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/05/2020, DJe 04/06/2020, AgRg nos EDcl no AREsp 1471529/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 12/05/2020 e AgInt no AREsp 1585249/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/04/2020, DJe 06/05/2020, .

⁵⁰⁷ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA E DE COTEJO ANALÍTICO. PARADIGMA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.1. A impossibilidade de se analisar a correta aplicação de regra técnica de admissibilidade do recurso especial ou do agravo em recurso especial, em embargos de divergência, decorre, no caso, da ausência de similitude entre o acórdão embargado e o paradigma.2. A Corte Especial do STJ fixou entendimento de que é "insuficiente para comprovação do preparo a apresentação somente do comprovante de pagamento das custas processuais, pois é

indispensável a juntada das respectivas guias de recolhimento da União" (AgRg nos EAREsp 562.945/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15/6/2015).3. A "jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que, mesmo sob a vigência do CPC/2015, não se admite como paradigma, em embargos de divergência, acórdão proferido em ações que possuem natureza de garantia constitucional como habeas corpus, recurso ordinário em habeas corpus, mandado de segurança, recurso ordinário em mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção" (AgInt nos EDv nos EREsp 1.382.354/PE, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/2/2020, DJe 10/3/2020).4. "A decisão que não admite o recurso especial tem como escopo exclusivo a apreciação dos pressupostos de admissibilidade recursal. Seu dispositivo é único, ainda quando a fundamentação permita concluir pela presença de uma ou de várias causas impeditivas do julgamento do mérito recursal, uma vez que registra, de forma unívoca, apenas a inadmissão do recurso. Não há, pois, capítulos autônomos nesta decisão. A decomposição do provimento judicial em unidades autônomas tem como parâmetro inafastável a sua parte dispositiva, e não a fundamentação como um elemento autônomo em si mesmo, restando inequívoco, portanto, que a decisão agravada é incindível e, assim, deve ser impugnada em sua integralidade, nos exatos termos das disposições legais e regimentais" (EAREsp 746.775/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Relator p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/9/2018, DJe 30/11/2018).5. Agravo interno a que se nega provimento.(AgInt nos EAREsp 1423676/PE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 16/06/2020, DJe 22/06/2020) (destaques não constantes do original)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE INADMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.1. Trata-se de Agravo Interno contra decisão proferida pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do recurso. 2. Da análise da presente insurgência conclui-se que a parte interessada não impugnou especificamente todos os fundamentos da decisão de inadmissibilidade, sobretudo o de que "o recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art.105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ".3. Na sessão de 19.9.2018, no julgamento dos EAREsps 701.404/SC, 746.775/PR e 831.326/SP, a Corte Especial decidiu, interpretando a Súmula 182/STJ, que ela se aplica para não conhecer de todo o recurso nas hipóteses em que o recorrente impugna apenas parte da decisão recorrida, ainda que a parte impugnada seja capítulo autônomo em relação à parte não impugnada. 4. Com efeito, nos termos da jurisprudência do STJ, a decisão que não admite o Recurso Especial tem como escopo exclusivo a apreciação dos pressupostos de admissibilidade recursal. Seu dispositivo é único, ainda quando a fundamentação permita concluir pela presença de uma ou de várias causas impeditivas do julgamento do mérito recursal, uma vez que registra, de forma unívoca, apenas a inadmissão do recurso. Não há, pois, capítulos autônomos nesta decisão.5. Portanto, não se conhece do Agravo em Recurso Especial que deixa de atacar especificamente todos os fundamentos da decisão de inadmissibilidade. Inteligência do art. 253, I, do RISTJ e do art.932, III, do CPC/2015.6. Agravo Interno não provido.(AgInt no AREsp 1525911/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJe 16/06/2020) (destaques não constantes do original)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE INADMISSÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.1. Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisum da Presidência do STJ que indeferiu liminarmente os Embargos de Divergência, sob o argumento de de não ser este admissível quando o recorrente não comprova a divergência nos termos do art. 1.043, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 e do art. 266, § 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. 2. É certo que os Embargos de Divergência foram indeferidos liminarmente por atacarem outra classe processual, ou seja, não foram opostos contra os acórdãos prolatados pelos órgãos fracionários em Recurso Especial, o que constitui obstáculo intransponível ao seu cabimento. 3. Constata-se que a parte agravante deixou de impugnar especificadamente o fundamento da decisão agravada relativo à possibilidade/impossibilidade de interposição concernente à classe processual em que foram formulados os Embargos de Divergência.4. Assim, da análise da presente insurgência conclui-se que a parte interessada não impugnou especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, o que atrai o disposto no art. 932, III, CPC de 2015, no art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ e na Súmula 182 do STJ, aplicável por analogia.5. Consoante a jurisprudência do STJ, "se a lei estabelece pressupostos ou requisitos para a admissibilidade do recurso - no particular, tanto o art. 544, § 4º, I, do CPC/73 quanto o art. 932, III, do CPC/2015 determinam a necessidade de impugnação específica dos fundamentos da decisão de inadmissibilidade do Recurso Especial -, cabe à parte proceder em estrito cumprimento às determinações legais. Isso porque, admitindo-se que a não impugnação específica de um dos pontos pudesse ensejar o conhecimento dos demais controvertidos, incorrer-se-ia no julgamento, posteriormente, no Recurso Especial, de questão contra a qual não houve irresignação (preclusa, portanto). Ou seja, a questão não impugnada, como por exemplo a ausência de violação ao art. 535 do CPC/73, voltaria a ser objeto de análise, quando do enfrentamento Recurso Especial, porque o Agravo ultrapassou o juízo prévio de admissibilidade. Não se olvida

Verificamos que uma vez que o posicionamento do STJ foi firmado em sede de embargos de divergência os três acórdãos de forma conjunta ou em separado passaram a fornecer a orientação utilizada para a decisão de casos envolvendo o enunciado 182 do STJ. O mesmo posicionamento foi adotado em relação ao agravo interno.

Antes de prosseguir devemos destacar um aspecto do julgamento conjunto dos três embargos de divergência ora analisados. Nesse julgamento verificamos um caso prático de superação de enunciado de súmula, mais precisamente os enunciados de súmula 168 e 315 do STJ. Transcrevemos a seguir trecho do voto do Ministro João Otávio Noronha nos embargos de divergência nº 746.775 - PR:

Considerando que os embargos de divergência foram oferecidos contra acórdão que negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que desproveu agravo em recurso especial, estando, pois, inadmitido o apelo extremo, tem incidência na hipótese a Súmula n. 315 do STJ ("Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial"). Contudo, a situação revela caráter de excepcionalidade, a justificar que se supere o enunciado sumular, o que proponho no presente voto. Isso porque a tese objeto de divergência somente pode ser suscitada no âmbito de agravo em recurso especial, por referir-se à devolutividade do recurso que impugna a admissibilidade do apelo especial. Com efeito, não haveria como se enfrentar a matéria senão por essa via. Além disso, a questão mostra-se relevante sob a perspectiva de se assegurar a uniformidade e coerência da atuação do STJ, além garantir a igualdade dos jurisdicionados no tocante às decisões por ele proferidas. Por fim, ressalte-se que a Terceira Seção, ao apreciar questão de ordem nos EAREsp n. 386.266/SP, em 12.11.2014, igualmente afastou, em caráter excepcional, a aplicação da

que, com o advento da Lei 12.322, de 09/09/2010, o Agravo de Instrumento contra decisão que não admite Recurso Especial passou a ser Agravo nos próprios autos. Porém, o legislador incorporou, ao texto legal, o princípio da dialeticidade, há muito sedimentado na jurisprudência desta Corte, com amparo na doutrina sobre o tema" (AREsp 1.337.254/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 29/8/2018). 6. Na sessão de 19.9.2018, ao julgar os EAREsp 701.404/SC, 746.775/PR e 831.326/SP, a Corte Especial decidiu, interpretando a Súmula 182/STJ, que ela incide para não conhecer de todo o recurso nas hipóteses em que o recorrente ataca apenas parte da decisão recorrida, ainda que a parte controvertida seja capítulo autônomo em relação à parte não impugnada. 7. Portanto, não se conhece do Agravo que deixa de atacar especificamente todos os fundamentos da decisão de inadmissibilidade. É o que dispõem o art. 253, I, do RISTJ e o art.932, III, do CPC/2015.8. Agravo Interno não conhecido. (AgInt nos EDv na Pet 12.923/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/05/2020, DJe 04/06/2020)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA.1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende ser necessária a impugnação dos fundamentos da decisão denegatória da subida do recurso especial para que se conheça do respectivo agravo. 2. Como registrado na primeira oportunidade, o agravante não infirmou devidamente a alegação de que incidiria o óbice da Súmula 7/STJ. Logo, a Súmula 182 desta Corte foi corretamente aplicada ao caso. 3. A Corte Especial do STJ firmou orientação de que a decisão de inadmissão do recurso especial é incidível em capítulos autônomos, tornando imprescindível a impugnação específica de todos os seus fundamentos (cfr. EAREsp 701.404/SC, 746.775/PR e 831.326/SP, Rel.p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão).4. Agravo interno a que se nega provimento.(AgInt no AREsp 1461155/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 09/09/2019)

*Súmula n. 315 do STJ e admitiu embargos de divergência justamente por considerar que a matéria objeto de dissenso – natureza dos efeitos da decisão do STJ que, ao analisar agravo em recurso especial, confirma o juízo negativo de admissibilidade realizado pelo Tribunal a quo – somente poderia ser suscitada no âmbito do agravo em recurso especial. Assim, voto no sentido de ultrapassar, em caráter excepcional, a Súmula n. 315 do STJ para se admitir os embargos de divergência, sugerindo à Excelentíssima Senhora Presidente que destaque a votação da preliminar. Superado o juízo de admissibilidade, passo ao exame do mérito dos embargos de divergência.*⁵⁰⁸ (destaques nossos)

O mesmo posicionamento foi adotado pelo Ministro Mauro Campbell Marques que, após fazer referência a julgados do STJ que adotam a mesma posição do acórdão embargado, destacou:

“Todavia, não obstante a recente orientação jurisprudencial, em razão da relevância e repercussão do tema, bem como pelo fato da discussão somente ser possível em sede de agravo em recurso especial e da constante divergência de interpretação no âmbito desta Corte Superior, em caráter excepcional, o referido enunciado sumular deve ser afastado a fim de permitir o conhecimento dos embargos de divergência para a efetiva análise do apontado dissídio interno da jurisprudência do STJ. Aliás, como bem ponderado pelo ilustre Relator Ministro João Otávio de Noronha, é necessário "assegurar a uniformidade e coerência da atuação do STJ e igualdade dos jurisdicionados no tocante às decisões por ele proferidas". Ultrapassado o juízo de admissibilidade dos embargos de divergência, deve ser enfrentado o mérito recursal.”⁵⁰⁹

A superação do enunciado de súmula 315 do STJ também foi objeto do voto do Ministro Og Fernandes:

Isso porque, como bem anotado pelo Min. Mauro Campbell Marques, "não obstante a recente orientação jurisprudencial, em razão da relevância e repercussão do tema, bem como pelo fato de a discussão somente ser possível em sede de agravo em recurso especial e da constante divergência de interpretação no âmbito desta Corte Superior, em caráter excepcionalíssimo, o referido enunciado sumular deve ser afastado a fim de permitir o conhecimento dos embargos de divergência para a efetiva análise do apontado dissídio interno da jurisprudência do STJ".⁵¹⁰

Um aspecto merece ser destacado. O enunciado de súmula 315 do STJ foi superado pela Corte Especial do STJ, o que permitiu a realização do julgamento dos três embargos de

⁵⁰⁸ EAREsp 746.775/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 30/11/2018..

⁵⁰⁹ EAREsp 746.775/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 30/11/2018..

⁵¹⁰ EAREsp 746.775/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 30/11/2018.

divergência. Outro é o de que a superação se deu por se tratar de decisão que servirá de paradigma para a decisão de outros casos. Verificou-se nessa situação que a repercussão da decisão dos embargos transcende os casos analisados.

Um outro ponto a ser destacado é a manifestação do Ministro Luis Felipe Salomão em seu voto. Após citar uma série de julgados com que adotam o mesmo posicionamento do acórdão embargado destaca que:

“É que, segundo penso, deve ser ressaltada a preocupação desta Corte Superior com a estabilização e coerência da jurisprudência interna, de modo a criar uma previsibilidade de conduta que enseja expectativa legítima de que o Poder Judiciário continuará a decidir conforme seus precedentes e súmulas, prestigiando, assim, a segurança jurídica e, por conseguinte, a isonomia.
[...]

Dessarte, estando o posicionamento perfilhado no acórdão embargado em consonância com a jurisprudência maciça de todos os órgãos colegiados desta Corte Superior - inclusive evidenciando o caráter excepcional da posição assumida no aresto paradigma -, é certa a não configuração da divergência jurisprudencial ante a manifesta superação daquele entendimento, impondo-se a aplicação da Súmula 168 do STJ, segundo a qual ‘não cabem Embargos de Divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado’.”⁵¹¹

Merece atenção que mesmo com esse óbice houve julgamento dos embargos de divergência. Verificamos mais de uma superação de enunciado de súmula nesse julgamento, o que reforça a transcendência da questão analisada, indicando que a análise da questão não se limita aos três recursos.

Outro ponto a ser destacado é que nesse julgamento verificamos a observância dos deveres de uniformização, estabilidade, coerência e integridade previstos no art.926 do CPC. Da mesma forma verificamos referência a enunciados de súmula e jurisprudência do STJ relacionados à questão discutida, bem como referência a enunciados de súmula do STF (284 e 287). O que caracteriza a observância do comando decorrente do caput do art.927 do CPC. Da mesma forma constatamos observância ao inciso VI do § 1º do art.489 do CPC no que diz respeito a realização de superação de enunciados de súmula do STJ aplicáveis ao caso de forma fundamentada.

Uma outra situação em que verificamos os embargos de divergência como precedente é a da remessa necessária em ação de improbidade administrativa. Já analisamos essa questão quando o recurso especial avulso. Na ocasião verificamos que o recurso especial

⁵¹¹ EAREsp 746.775/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 30/11/2018.

1.108.542/SC, da segunda turma, de relatoria do Ministro Castro Meira julgado em 18 de maio de 2009 firmou precedente a respeito do cabimento da remessa necessária nas ações civis públicas julgadas improcedentes. A tese firmada no precedente é a da aplicação analógica do art.19 da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular).

Posteriormente na, primeira seção, a questão foi objeto de embargos de divergência nº 1220667/MG, de relatoria do Ministro Herman Benjamin⁵¹². Nestes a posição anteriormente firmada foi reafirmada. A seguir destacamos a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. É FIRME O ENTENDIMENTO NO STJ DE QUE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DEVE SER APLICADO SUBSIDIARIAMENTE À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Verifica-se que, no acórdão embargado, a Primeira Turma decidiu que não há falar em aplicação subsidiária do art. 19 da Lei 4.717/65, mormente por ser o reexame necessário instrumento de exceção no sistema processual.

2. Já o v. acórdão paradigma da Segunda Turma decidiu admitir o reexame necessário na Ação de Improbidade. 3. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido: REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013, e REsp 1.098.669/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/11/2010.

4. Portanto, é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973. Nessa linha: REsp 1556576/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/5/2016. 5. Ademais, por "aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009). Nesse sentido: AgRg no REsp 1219033/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/04/2011.

6. Ressalta-se, que não se desconhece que há decisões em sentido contrário. A propósito: REsp 1115586/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22/08/2016, e REsp 1220667/MG, Rel.

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/10/2014.

7. Diante do exposto, dou provimento aos Embargos de Divergência para que prevaleça a tese do v. acórdão paradigma de que é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973, e determino o retorno dos autos para o Tribunal de origem a fim de prosseguir no julgamento.

(EResp 1220667/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017)

⁵¹² EREsp 1220667/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017.

O que merece atenção é que o acórdão paradigma fazia referência à não aplicação analógica do art.19 da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular) no que diz respeito ao cabimento da remessa necessária nas ações de improbidade administrativa.⁵¹³ Foram apresentados argumento relativo à aplicação subsidiária do CPC é a aplicação analógica do art.19 da Lei 4.717/65 à Lei de Improbidade Administrativa. O precedente firmado no recurso especial 1108542/SC foi mencionado juntamente com outros dois julgados. Ocorre que decisão refere-se unicamente à aplicação subsidiária do CPC à Lei de Improbidade Administrativa⁵¹⁴. Ponto que merece atenção é o de que o precedente firmado em sede de embargos de divergência passou a fornecer orientação para julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo assumindo o papel do precedente firmado no recurso especial 1.108.542/SC.⁵¹⁵ Ressaltamos que o precedente firmado no recurso

⁵¹³ Do bojo do acórdão destacamos esse trecho: “Sustenta o embargante que, enquanto o v. acórdão recorrido entendeu que a ausência de previsão da remessa de ofício não pode ser vista como uma lacuna da Lei de Improbidade que precisa ser preenchida – razão pela qual não há falar em aplicação subsidiária do art. 19 da Lei 4.717/65, mormente por ser o reexame necessário instrumento de exceção no sistema processual, devendo, portanto, ser interpretado restritivamente –, o v. acórdão paradigma adotou o entendimento no sentido diametralmente oposto ao admitir o reexame necessário na Ação de Improbidade.

⁵¹⁴ “Diante do exposto, dou provimento aos Embargos de Divergência para que prevaleça a tese do v. acórdão paradigma de que é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973, e determino o retorno dos autos para o Tribunal de origem a fim de prosseguir no julgamento.”

⁵¹⁵ Como exemplos destacamos: TJSP; Apelação Cível 1016441-80.2019.8.26.0161; Relator (a): Borelli Thomaz; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Diadema - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/05/2020; Data de Registro: 26/05/2020. No bojo do acórdão verificamos citação do EREsp 1220667/MG como julgado paradigma e outros julgados indicando como reforço. O EREsp 1220667/MG foi introduzido da seguinte forma: “Nesse viés julgamento na Primeira Seção daquele E. Tribunal no sentido de se aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil à Lei de Improbidade Administrativa, bem como de se dar aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/19651. Confira-se o julgamento dos embargos de divergência em Recurso Especial nº 1.220.667/MG, sob relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 24.05.2017:”

TJSP; Apelação Cível 1000822-30.2018.8.26.0587; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de São Sebastião - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/04/2020; Data de Registro: 14/04/2020. No bojo do acórdão encontramos referência unicamente ao EREsp 1220667/MG como julgado paradigma, sendo que o relator em seu voto faz a seguinte observação antes de mencionar o precedente: “Admitido também o processamento da remessa necessária decorrente de entendimento jurisprudencial firmado perante o Colendo STJ (CPC, art. 927, V), fundado na aplicação subsidiária CPC por orientação da sua 1ª Seção, “especialmente porque como, pela divisão de competência interna, a 1ª Seção é o órgão máximo do Superior Tribunal de Justiça nessa matéria, seu pronunciamento faz as vezes do plenário da Corte, de modo que se constitui padrão decisório vinculante nos termos do inc. V do art. 927”(4), não sendo despidendo lembrar também a presença do MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO no polo ativo, na qualidade de assistente litisconsorcial (CPC, art. 496, I; LIA, art. 17, § 3º):”

TJSP; Apelação Cível 1000527-97.2018.8.26.0326; Relator (a): Borelli Thomaz; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Lucélia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 14/04/2020; Data de Registro: 14/04/2020. No Bojo do acórdão encontramos referência ao EREsp 1220667/MG como julgado paradigma. Destacamos ainda a introdução realizada no voto relativa a julgado”: Nesse viés julgamento na Primeira Seção daquele E. Tribunal no sentido de se aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil à Lei de Improbidade Administrativa, bem como de se dar aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/19651. Confira-se o julgamento dos embargos de divergência em Recurso Especial nº 1.220.667/MG, sob relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 24.05.2017:”

TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1007248-02.2019.8.26.0562; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/03/2020; Data de Registro: 11/03/2020. Analisando o acórdão desse julgado verificamos um fato interessante. O REsp 1108542/SC de relatoria do. Ministro Castro Meira, primeiro precedente sobre o assunto (analisado no tópico relativo ao recurso especial) é mencionado como caso paradigma e o EREsp 1220667/MG como julgado

especial 1.108.542/SC ainda é utilizado como orientação no Tribunal de Justiça de São Paulo. Colocando de outra forma, verificam-se julgados, como já destacamos, que continuaram se orientando pelo precedente firmado em recurso especial, ao passo que outros passaram a se orientar pelo precedente firmado em sede de embargos de divergência. No âmbito do STJ verificamos o precedente originalmente firmado no recurso especial 1.108.542/SC sendo utilizado como orientação em outros julgados do STJ, sendo o acórdão dos embargos de divergência ora analisado utilizado para reforçar a argumentação indicando que a orientação do precedente é adotada pelo STJ.⁵¹⁶

em que a orientação foi consolidada. Destacamos a seguir as colocações realizadas pelo relator antes de mencionar o precedente firmado no REsp 1220667/MG: “Há reexame necessário. De acordo com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, as disposições constantes da Lei Federal n.º 4.717/65, que trata da ação popular, devem ser aplicadas ao recurso oficial na ação civil pública (REsp 1108542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 29/05/2009). Estabelece o artigo 19 do referido Diploma Legal: “A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente, caberá apelação, com efeito suspensivo”. Ademais, este entendimento foi reforçado no Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, também com a orientação de que o Código de Processo Civil se aplica subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Confira-se a orientação consolidada no julgamento dos embargos de divergência no recurso especial n.º. 1.220.667/MG:”

⁵¹⁶ Como por exemplo: AgInt no REsp 1641233/MT, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 04/04/2019.

No acórdão verificamos referência ao precedente firmado no recurso especial sem menção ao precedente firmado nos embargos de divergência. Verificamos menção ao outros julgados como demonstração de que a orientação é adotada: “ [...]Com efeito, esta Corte firmou entendimento no sentido de que por 'aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário' (STJ, REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, DJe de 29.5.2009). Nesse sentido(...”

REsp 1733729/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 17/12/2018. No acórdão verificamos referência ao precedente firmado no recurso especial sem menção ao precedente firmado nos embargos de divergência. Verificamos menção ao outros julgados como demonstração de que a orientação é adotada: Além disso, por "aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe29.5.2009). [...]”. Merece atenção que dentre os acórdãos utilizados para reforçar a argumentação verificamos o REsp 1220667/MG.

AgInt no REsp 1531501/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018. O acórdão do REsp 1220667/MG foi utilizado como precedente e outros julgados foram mencionados para demonstrar que a orientação é adotada pelo STJ (“Com efeito, a Primeira Seção do STJ, em recente julgado, firmou entendimento no sentido de que é cabível a remessa necessária em Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. O acórdão assim ementado: [...]O que nos chama a atenção é que a ementa não reflete o conteúdo do acórdão no que diz respeito a orientação utilizada. Pela ementa o REsp 1220667/MG é utilizado como mais um julgado para reforçar a argumentação: “[...] II. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é cabível a remessa necessária, em Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa. Com efeito, a Primeira Seção do STJ, em recente julgado, firmou entendimento “no sentido de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido: REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013, e REsp 1.098.669/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/11/2010. Portanto, é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 475 do CPC/1973. Nessa linha: REsp 1556576/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/5/2016. Ademais, por 'aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário' (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009). Nesse sentido: AgRg no REsp 1219033/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/04/2011” (STJ, REsp 1.220.667/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 30/06/2017). Em igual sentido: STJ, REsp 1.605.572/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de

Da análise dos embargos de divergência concluímos que essa modalidade de meio de uniformização de jurisprudência tem por escopo principal consolidar a jurisprudência do tribunal. Colocando de outra forma, por meio dos embargos de divergência afirma-se o entendimento do tribunal sobre como deve ser decidida determinada questão. Os óbices a interposição do recurso relacionados no regimento interno e em enunciados de súmula do STJ e do STF relacionados a jurisprudência dominante do tribunal evidenciam nossa conclusão. Nas situações em que a jurisprudência está consolidada e o acórdão embargado está em consonância com a jurisprudência dominante os embargos de divergência se tornam desnecessários.

Na discussão travada em torno da interpretação do enunciado de súmula 182 verificamos a superação dos óbices a interposição do recurso com o intuito de reafirmar a orientação consolidada na jurisprudência do STJ. Nessa situação ficou evidenciada a natureza paradigmática das orientações firmadas nos embargos de divergência.

22/11/2017; REsp 1.600.340/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/08/2017; AgInt no REsp 1.596.028/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/09/2017. IV. Agravo interno improvido.” (destaques não constantes do original).
REsp 1605572/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017. Do acórdão verificamos a citação de julgados do STJ a respeito do cabimento da remessa necessária por aplicação analógica do CPC e referência ao EREsp 1220667/MG como precedente para a aplicação do art.19 da Lei 4717/65: “Destaca-se, inicialmente, que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a lei adjetiva civil deve ser aplicada subsidiariamente à Lei n.8.429/92. Nesse sentido: (...) Cabível, portanto, o reexame necessário da sentença, no termos do art. 475 do CPC de 1973, pois, como já mencionado, o objeto do presente recurso é, reconhecidamente, uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Em relação, especificamente, à aplicação analógica do art. 19 da Lei n. 4.717/65 nos casos relacionados às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, destaca-se o recente precedente da Primeira Seção do STJ, assim ementado(...).

4 A ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA E A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE.

Verificamos no capítulo 01 que a jurisprudência dos tribunais deve ser uniformizada, mantida estável íntegra e coerente. Verificamos também a relação entre a fundamentação das decisões judiciais e os meios de uniformização de jurisprudência. Posteriormente analisamos quais são os meios de uniformização de jurisprudência existentes em nosso ordenamento. Verificamos que são duas as categorias de meios de uniformização existentes: aqueles que possuem vinculação formal e aqueles que possuem vinculação material. De todos os meios de uniformização de jurisprudência origina-se uma orientação que pode ser uma tese jurídica, um enunciado ou decorrer da coisa julgada. Mesmo a jurisprudência não uniformizada pode veicular um entendimento consolidado pelo tribunal a que pertence. Uma vez que essa orientação é estabelecida ela exerce efeito vinculante que pode se limitar ao âmbito do Poder Judiciário e conforme o caso alcançar a administração pública.

O direito uma vez positivado torna-se alterável ao longo do tempo⁵¹⁷. A positivação de determinado comando exclui outras possibilidades, as quais permanecem em potência, latentes. A mutabilidade é característica do direito positivo, diferentemente do direito natural que é eterno e imutável.⁵¹⁸ As alterações que ocorrem na sociedade ditam a mudança do direito.

Quando discorremos sobre o princípio da legalidade analisamos os reflexos dos conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios. Em todos eles verificamos a ocorrência da vaguidade semântica. O uso de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais consiste em uma evolução da técnica legislativa. Dada a dificuldade de se prever todas as possibilidades de situações fáticas que podem ocorrer, faz-se uso de termos com elevada vaguidade semântica que permite o ajuste do texto normativo a uma grande amplitude de situações fáticas imprevisíveis quando da elaboração do texto normativo. Da mesma forma permite uma maior adaptação do texto legal a alterações que ocorrem na sociedade. Isso também pode ocorrer de forma não intencional. Um termo antes preciso pode se tornar impreciso, como no caso da evolução do conceito de “família”, que possui reflexos diretos no conceito de união estável. É no caso concreto que se aferirá se estamos ou não perante uma família.

A utilização de termos com elevada vaguidade semântica permite que as alterações ocorridas na sociedade sejam internalizadas pelo texto normativo. Este permanece o mesmo,

⁵¹⁷ LUHMANN, Niklas. *A Sociological Theory of Law*. 2ª Ed. Nova Iorque: Routledge, 2015. p.161.

⁵¹⁸ LUHMANN, Niklas. *A Sociological Theory of Law*. 2ª Ed. Nova Iorque: Routledge, 2015. *Passim*

mas sua amplitude de aplicação se altera à medida que se verificam mudanças da sociedade. O mesmo se passa com os princípios. Estes também possuem elevada vaguidade semântica permitindo a oxigenação do direito.

Da mesma forma pode haver alteração do direito sem alteração do texto normativo e sem que o texto faça uso de conceitos indeterminados. Trata-se da alteração decorrente da interpretação.

O art.926 do CPC preceitua que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência devendo mantê-la estável, íntegra e coerente. A integridade e a coerência são atributos que devem ser observados na jurisprudência do tribunal. São esses atributos que definem a estabilidade. O termo estabilidade não está sendo utilizado como sinônimo de imutabilidade. Trata-se de uma estabilidade regrada, isto é, a jurisprudência de um tribunal deve ser alterada para que a mesma esteja em consonância com as mudanças do ordenamento e das relações sociais. Em outros termos, deve ser alterada para manter a coerência e integridade. Verificamos que a estabilidade prevista no art.926 é ao mesmo tempo dinâmica.

Analisaremos a seguir aspectos relativos aos meios de uniformização de jurisprudência relacionados à estabilidade.

4.1 As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Como observamos no capítulo 03 deste trabalho as decisões de controle concentrado do STF possuem efeito vinculante e eficácia contra todos. A magnitude dessas decisões e sua vinculação levantam questões que possuem repercussão em toda a sociedade. Trata-se da vinculação do Poder Legislativo às decisões em que é declarada a inconstitucionalidade de uma lei em controle concentrado, da vinculação do STF às decisões em que a lei é declarada constitucional em controle concentrado, do efeito vinculante das decisões em que é declarada a constitucionalidade em controle concentrado de constitucionalidade e da extensão da vinculação aos motivos determinantes da decisão.

O § 2º do art.102 da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, preceitua que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O referido dispositivo não faz referência à vinculação ao Poder

Legislativo. Surge então a questão se o Poder Legislativo estaria ou não autorizado a elaborar lei com o mesmo teor da declarada inconstitucional pelo STF.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem descabida a vinculação do legislador às decisões em que lei seja declarada inconstitucional pelo STF. Destacam que como não existe um órgão que controle as decisões do STF, e considerando que o STF erre ao declarar a inconstitucionalidade da lei, o efeito vinculante da decisão atingirá o Poder Legislativo que, no caso, seria o único órgão que poderia realizar esse controle. Citam o exemplo de uma lei relativa ao divórcio que uma vez declarada inconstitucional não poderia mais ser reeditada mesmo com a alteração do contexto histórico da sociedade.⁵¹⁹

Georges Abboud, tomando por base os ensinamentos de Helmut Simon, destaca que a reprodução da lei inconstitucional deve ser garantida para que as mudanças sociais e políticas sejam contempladas. Sendo o princípio democrático vedação a vinculação do legislativo às decisões em controle concentrado de constitucionalidade do STF que declaram uma lei inconstitucional. Ressalta ainda que admitir a vinculação do legislador implicaria admitir que este estaria no polo passivo da ação o que na prática não ocorre.⁵²⁰ Lastreado nos ensinamentos de Rui Medeiros, tem posicionamento de que o legislador pode ser responsabilizado se persistir de forma teimosa na promulgação de lei declarada inconstitucional, ignorando sem motivo justificado a jurisprudência do tribunal constitucional.⁵²¹

J.J. Gomes Canotilho é favorável a vinculação do legislador pelas decisões que declaram a inconstitucionalidade de leis em controle concentrado. Destaca que esse limite negativo a atuação do legislador decorre do princípio da constitucionalidade que é um limite jurídico-constitucional. Entende que os limites não são eternos, destacando que em determinadas situações:

“[...] poderá acontecer que uma lei constitucional (= lei de revisão) venha «constitucionalizar» a disciplina ou regime jurídico anteriormente considerado inconstitucional (ex.: a eliminação da irreversibilidade das nacionalizações na 2.^a revisão da Constituição neutraliza as decisões do TC que declararam inconstitucionais as leis privatizadoras), ou, então, permite ao legislador a emanção de nova disciplina com conteúdo idêntico ao de leis declaradas inconstitucionais (ex.: a consideração do serviço nacional de saúde como tendencialmente gratuito, nos termos do art.64.º/2/a, na redação da L

⁵¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2019, p.100-1001. Comentário ao § 2º do art.102, Nota 85.

⁵²⁰ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019, p.626-627.

⁵²¹ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019, p.628-629.

1/89, possibilita ao legislador a adoção de taxas moderadoras). Além disso, as concepções e valores radicados na consciência jurídica da comunidade podem ter sofrido alterações substanciais cabendo ao legislador “atualizar” as normas de acordo com os novos princípios ou valores (é significativo, a esse propósito, a diferença de argumentação dos tribunais constitucionais nas sentenças relativas às leis do aborto proferido na década de sessenta a oitenta e as sentenças proferidas na década de noventa).⁵²²

Outro ponto que gera polêmica é a vinculação do STF às suas próprias decisões quando a lei ou ato normativo é declarado constitucional.

Georges Abboud esclarece que essa vinculação existe, mas deve ser flexibilizada “[...] em razão de alterações fático-jurídicas substanciais, ou ainda, quando a interpretação anteriormente conferida pelo STF passe a ser inconstitucional.[...]”⁵²³ Destaca ainda que a modificação deve ser fundamentada e os efeitos da decisão devem se dar para o futuro.⁵²⁴

Ressalta ainda que admitir que o STF está vinculado às suas decisões em que declarou a constitucionalidade da lei em controle concentrado “[...] obrigaria à aplicação de leis que, em razão de alterações fáticas e históricas, tornaram-se inconstitucionais.”⁵²⁵

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Blanco adotam o mesmo entendimento destacando que a sentença contém implícita a cláusula *rebus sic standibus*. Dessa forma o STF fica vinculado a sua decisão mas “[...] as alterações posteriores que alterem a realidade normativa bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria podem tornar inconstitucional a norma anteriormente considerada legítima (*inconstitucionalidade superveniente*).”⁵²⁶

⁵²² GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003.p 1011.

⁵²³ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.633.

⁵²⁴ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.633.

⁵²⁵ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.638.

⁵²⁶ FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*.14ª Ed. São Paulo: Saraiva.2019.p.1511. Georges Abboud entende que a clausula *rebus sic standibus* não se aplica às sentenças em que é declarada a constitucionalidade: “Essa invocação da cláusula *rebus sic standibus* é feita principalmente com base na obra de Schönke; de acordo com esse processualista, a coisa julgada pode ser revista diante de uma modificação das circunstâncias de fato, e tal alteração deve ser significativa, verdadeiramente extraordinária, e que afete toda a ordem jurídica, uma simples modificação legislativa não permite alteração da sentença transitada em julgado.No entanto, para que ocorra modificação da sentença transitada em julgado, em razão de alterações fáticas, Schönke identifica a necessidade de alguns elementos: a) deve existir uma sentença de condenação a prestações periódicas a vencer no futuro; b) deve ter ocorrido uma modificação das circunstâncias básicas (fundamentais) da sentença, e sempre com posteridade ao momento em que poderiam ter sido alegadas em juízo. Em face dessa breve explanação da tese de Schönke, é fácil constatar sua inadequação na solução da revisão do STF de suas decisões a respeito da (in)constitucionalidade de determinadas leis. A tese de Schönke é aplicável às demandas constitutivas nas quais ocorre uma condenação a prestações periódicas. A decisão da inconstitucionalidade é primordialmente declaratória e, em nenhuma hipótese, culminará

J.J. Gomes Canotilho esclarece que a declaração de constitucionalidade da lei não impede a repropositura de ação pleiteando a declaração de inconstitucionalidade. Entende que por não se tratar do julgamento de um caso concreto a decisão não possui força de caso julgado. Ressalta que no caso da declaração de inconstitucionalidade o que impede a reapreciação da questão não é a existência de coisa julgada material, mas o fato de a lei deixar de vigorar.⁵²⁷

Georges Abboud é do mesmo posicionamento destacando que a formação da coisa julgada material não ocorre na ação declaratória de constitucionalidade. Por impedir a evolução interpretativa, a atribuição de efeito vinculante a decisão transformaria o STF em dono da constituição impedindo que a decisão seja fiscalizada por pelo Poder Legislativo e impedindo a alegação da inconstitucionalidade da lei. Destaca ainda que essa solução não obterá sucesso na prática e dessa forma a solução mais adequada é a da não aplicabilidade da eficácia preclusiva da coisa julgada no processo objetivo.⁵²⁸

Passaremos agora a análise do efeito vinculante das decisões declaratórias de constitucionalidade proferidas em sede concentrada.

Georges Abboud sustenta que a decisão declaratória de constitucionalidade não pode possuir efeito vinculante destacando que nada impede que num caso concreto a lei se apresente inconstitucional. A existência do efeito vinculante impede que o controle difuso seja realizado destacando que os juízes não podem ser obrigados a aplicar uma lei inconstitucional.⁵²⁹

em decisões condenatórias. Ademais, o próprio Schönke é enfático ao asseverar que em sua tese ‘ *no se admite contra las sentencias declarativas, y además no existe en tales casos una necesidad jurídica que la justifique, pues las partes pueden alegar todas las modificaciones sobrevindas después de la conclusión del juicio de declaración.*’ (destaques do original) (ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.634).

⁵²⁷ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003. p 1022-1023.

⁵²⁸ ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT,2019.p.651-653.

⁵²⁹ “O Supremo na ADC declara a constitucionalidade em abstrato de determinada lei; ele não pode, no entanto, prever todos os desdobramentos que ela adquirirá diante de diversos casos concretos. Logo se o STF declara a Lei X constitucional em processo objetivo, nada impede que ela se apresente inconstitucional ao deslindar um caso concreto. Dessa forma, não pode ser atribuído efeito vinculante à decisão que declare em abstrato a constitucionalidade de uma lei, porque os particulares não podem, diante de seu caso concreto, ficar impedidos de exercer seu direito fundamental de controlar difusamente a constitucionalidade da lei considerada constitucional em abstrato pelo STF. O direito de suscitar a inconstitucionalidade (*judicial control*) é um direito fundamental do cidadão, constituindo, nas palavras de Paulino Jacques uma liberdade civil. [...] Também os juízes não podem ser obrigados a aplicar uma lei que se apresenta inconstitucional diante de um caso concreto, uma vez que ficaria comprometida sua atuação em conformidade com a própria Constituição, na medida em que ficariam obstados de proferir decisão nos termos do inc.IX do art.93 da CF/1988. O controle difuso de constitucionalidade é assegurado desde 1891 no Brasil e corroborado pelo inc. XXXV do art.5º e 97 da CF/1998: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. (ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT.2019.p.654).

Adota o mesmo posicionamento em relação à decisão que veicula uma interpretação conforme à constituição em sede concentrada.⁵³⁰ Destaca que por meio dessa técnica de decisão a lei será constitucional se interpretada da forma estabelecida pelo STF. Ressaltando que:

“[...] o Supremo, ao decidir em abstrato a constitucionalidade da lei, não pode prever toda a constelação de casos que surgirão diante da problematidade dos casos concretos a serem solucionados. É impossível para o STF prever todas as normas que poderão surgir a partir da interpretação dessa lei, logo não pode o Supremo fixar com efeito vinculante um sentido da interpretação da lei.”⁵³¹

O mesmo se aplica às decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade. Nessa situação, entende que se o tribunal *a quo* pode decidir que a interpretação correta é outra distinta da realizada pelo STF, esta decisão não pode ser simplesmente cassada pelo STF por meio da reclamação, “[...] porque o STF não pode simplesmente cassar a decisão e reenviá-la, impondo ao Tribunal recorrido que decida de acordo com a interpretação (X’) fixada por ele próprio, dado que haveria violação à independência decisória dos juízes.”⁵³² O mesmo se aplica ao caso do recurso extraordinário, situação em que o STF “[...] necessita, primeiramente, concluir pela inconstitucionalidade da decisão recorrida, para então poder decidir qual a interpretação mais adequada (conforme a Constituição) ao deslinde do caso concreto.”⁵³³

Alguns pontos do posicionamento do autor merecem atenção. O primeiro é o entendimento do autor de que o efeito vinculante dessa decisão viola a independência dos magistrados e compromete a função do STJ de cumprir sua função que é a de dar a interpretação

⁵³⁰ Arruda Alvim faz considerações sobre a interpretação Conforme a constituição: “A ‘interpretação conforme a Constituição’, que se encontra disciplinada nesta Lei n.º 9.868/1999, deve ser compreendida e assimilada, mas não identificada, a um juízo de inconstitucionalidade. Está implicado nesta modalidade de interpretação um juízo, a respeito de uma norma, dele resultando a interpretação que se julga compatível com a constituição, e, paralelamente, afasta-se aquela (s) que não é compatível com a mesma constituição. Não é, para isso, necessário (e nem isso seria possível) modificar o texto da norma. Ainda que a norma comporte mais de uma interpretação, a que não é congruente com a Constituição haverá de ser afastada, o que é redutível a um juízo de inconstitucionalidade sobre a lei, ou, mais precisamente, sobre um possível significado da lei, dado que esse significado resulta incompatível com a Constituição. A tarefa do Supremo Tribunal Federal, no caso, é a de perquirir com exatidão o significado da lei, inclusive em função de gênese, não podendo atribuir à lei significação que essa não tenha; mas, tendo significado compatível com a Constituição, deverá reconhecer esse sentido, afastando o que não é compatível.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019, p.120-121).

⁵³¹ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019, p.664.

⁵³² ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019, p.663.

⁵³³ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019, p.663-664.

definitiva da legislação federal.⁵³⁴ O segundo é o de que a decisão em controle concentrado do STF na qual se faz uso da técnica interpretação conforme a constituição vincula a administração pública. Esclarece ainda que no caso do STF pretender realizar decisão interpretativa deverá fazer uso da técnica da arguição de nulidade sem redução do texto, isto é, deverá definir quais os sentidos interpretativos que considera inconstitucionais.⁵³⁵ Na interpretação conforme a constituição temos uma decisão em que é declarada a interpretação da lei que a torna constitucional, em outros termos, declara-se a lei constitucional se adotada essa interpretação. Na arguição de nulidade sem redução do texto temos a declaração de inconstitucionalidade de determinada(s) interpretação(ões) da lei.⁵³⁶ As demais variantes interpretativas não são atingidas independentemente de terem sido ou não vislumbradas na propositura da ação.⁵³⁷

Outro ponto a ser analisado é o da vinculação decorrente dos motivos determinantes da decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade em que a lei ou ato normativo é declarado inconstitucional. Trata-se de nomenclatura distinta para o termo fundamentos determinantes (analisados no capítulo 2). Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco esclarecem que por meio da vinculação dos motivos determinantes da

⁵³⁴ ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019, p.666..

⁵³⁵ ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019, p.667-668.

⁵³⁶ “A importância de se distinguir a arguição de nulidade sem redução de texto da interpretação conforme a Constituição é que, na primeira, é possível a concessão de efeito vinculante, ao contrário da interpretação conforme, tal como demonstramos no tópico anterior. Na interpretação conforme a Constituição, não há uma decisão de inconstitucionalidade e explicitamos, contudentemente, nossa rejeição à atribuição de efeito vinculante às decisões de rejeição de inconstitucionalidade, sejam as que aplicam a interpretação conforme ou as que julgam precedente a ADC ou improcedente a ADIn. Acontece que, na arguição de nulidade sem redução de texto (inconstitucionalidade parcial qualitativa), existe uma decisão de inconstitucionalidade sobre norma e não sobre texto normativo; nessa decisão pode-se afirmar que o Supremo procede a um controle normativo de constitucionalidade e não legislativo, visto que apenas uma das normas (interpretações) do dispositivo legal poderá ser declarada inconstitucional; logo, o texto legal mantém sua validade no sistema.” (ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019, p.667-669).

⁵³⁷ “Consoante expusemos, a arguição de nulidade sem redução de texto não realiza nenhum juízo de constitucionalidade sobre o texto legislativo da lei em si. A decisão alcança apenas as normas, ou seja, as interpretações oriundas desses textos: não há uma decisão sobre o texto; assim sendo, mesmo para as correntes que admitem efeito vinculante para as decisões de declaração de constitucionalidade ou de rejeição de inconstitucionalidade, não é possível entender que, declarada a inconstitucionalidade de uma variante interpretativa de um texto legal, automaticamente, está se declarando constitucional o texto legal que permitiu o surgimento dessa interpretação. De acordo com o exemplo que trabalhamos, o fato de o Supremo declarar a inconstitucionalidade sem redução do texto da interpretação X''' da Lei X, não significa que ao restringir sua declaração de inconstitucionalidade, apenas à interpretação X''', automaticamente está declarando a constitucionalidade da Lei X. Outro limite ao efeito vinculante consiste na sua atribuição apenas ao que se refere à interpretação considerada inconstitucional (X'''), não se podendo atribuir efeito vinculante às outras variantes interpretativas porque não foram objeto de decisão de inconstitucionalidade. Por consequência, o texto normativo, ao manter sua validade, permite o surgimento de outras variantes interpretativas possíveis, porque ‘a nulidade parcial sem redução do texto é um processo que evita a nadificação de todo o te3xto normativo (nadifica-se um sentido, mas se preservam todos os sentidos possíveis)’.” (ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019, p.670-671).

decisão “[...] a eficácia da decisão do tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.”⁵³⁸ Destacam que para aqueles que não participaram do processo os efeitos são os seguintes: (1) ainda que não tenham integrado o processo os órgãos constitucionais competentes estão obrigados, a tomar as necessárias providências para o desfazimento do estado de ilegalidade; (2) os órgãos constitucionais competentes de outros Estados, nos quais vigem leis de teor idêntico a que foi declarada inconstitucional, deverão revogar ou a modificar os referidos textos legislativos; (3) os órgãos não participantes do processo devem, observar decisão proferida não podendo adotar conduta ou praticar ato de teor semelhante àquele declarado inconstitucional pelo tribunal.⁵³⁹

Roger Stiefelmann Leal faz esclarecimento a respeito dos deveres dessa forma de vinculação:

“[...] vinculação aos fundamentos determinantes da decisão decorre, a exemplo dos demais países que adotam o efeito vinculante a vedação aos seus destinatários de reproduzir em substância o ato declarado inconstitucional, de manter atos de conteúdo semelhante e de adotar via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle principal de constitucionalidade.”⁵⁴⁰

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que a extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão:

“[...] contraria frontalmente o sistema de coisa julgada do direito processual brasileiro, o qual expressamente determina que não fazem coisa julgada fundamentos e os motivos ainda que determinantes para fixar o alcance da parte dispositiva da sentença (CPC 504). [...]”⁵⁴¹

Georges Abboud⁵⁴² esclarece que a adoção da teoria da vinculação por meio dos motivos determinantes da decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade pode

⁵³⁸ FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.1515.

⁵³⁹ FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.1517.

⁵⁴⁰ STIEFELMANN LEAL, Roger. O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2006. p.150

⁵⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2019. p.998. Comentário ao § 2º do art.102., Nota 78.

⁵⁴² ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019. p.618-623.

levar ao risco do engessamento do sistema jurídico. Haveria violação a independência do juiz entendida como a possibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade. Esclarece ainda que haveria usurpação da prerrogativa do Senado Federal. No controle difuso, em que a declaração de inconstitucionalidade é incidental, é necessária a resolução do Senado Federal para que a decisão possua eficácia *erga omnes*. “[...] Daí que, se nem para a declaração de inconstitucionalidade como motivo da sentença está autorizado o STF lhe atribuir efeito vinculante, com maior razão podemos concluir que restaria vedado ao STF atribuir efeito vinculante a quaisquer outros motivos determinantes da sentença.”⁵⁴³ Outro ponto a que o autor destaca é o relativo a causa de pedir aberta nas ações de controle concentrado de constitucionalidade:

“Em virtude da maleabilidade que possui o princípio da congruência no processo constitucional, justamente por se tratar de processo de cariz objetivo, o STF pode alterar a causa de pedir, mas não o pedido, conforme já realçamos. Caso se atribua efeito vinculante aos motivos determinantes da sentença constitucional, possibilitar-se-á ao STF, por outras vias, uma atuação oficiosa no controle de constitucionalidade. O STF por não estar vinculado à causa de pedir, poderá trocá-la ou substituí-la, e, ao se agregar efeito vinculante a essa motivação, estar-se-á possibilitando ao STF apreciar determinadas questões sem ter sido provocado. Isso permitiria ao Pretório Excelso manifestar-se sobre diversas questões sem ter sido devidamente provocado, atribuindo-lhe praticamente uma atuação oficiosa no controle de constitucionalidade.”⁵⁴⁴

Haveria também violação à competência do STJ em situações em que fosse necessária a interpretação de lei federal como motivação da decisão.⁵⁴⁵

Todas as situações analisadas nesse tópico têm relação com uma estabilidade extrema do direito. Fazemos uso da termo direito e não termo jurisprudência pois o efeito vinculante das decisões em controle concentrado de constitucionalidade do STF tem conexão direta com a lei e indireta com a jurisprudência dos tribunais. A função precípua dessas decisões é combater a inconstitucionalidade e reflexamente ocorre a uniformização de jurisprudência.

⁵⁴³ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019. p. 621.

⁵⁴⁴ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019. p. 622.

⁵⁴⁵ “Em diversos casos de maior complexidade, o STF precisa interpretar a legislação federal como causa de pedir antes de proferir sentença. O STJ é o órgão incumbido de interpretar, em última instância, a legislação federal, tal como dispõe o art. 105, III, da CF/1988. Dotar de efeito vinculante os motivos determinantes da sentença proferida pelo STF pode ocasionar a usurpação de competência do STJ no momento em que o Supremo tiver que interpretar a legislação federal na motivação da sua decisão. A competência do STJ é fixada constitucionalmente (CF/1988, art. 105, III); assim, nem mesmo o STF pode ultrapassar sua competência e agregar efeito vinculante ao decidir matérias cuja competência final é do próprio STJ.” (ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019. p. 623).

Exceção à regra é a ADECON e a ADPF quando utilizada com base na hipótese de verificação de divergência sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos nos tribunais.

Nesse tópico abordamos alguns aspectos relacionados às decisões em controle concentrado proferidas pelo STF que podem produzir reflexos negativos em todo o ordenamento e consequentemente na sociedade. A situação da vinculação do Poder Legislativo relativamente às decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma lei e a do STF em relação às decisões que declaram a constitucionalidade de uma lei consistem em duas faces de uma mesma moeda. Nos dois casos temos um órgão da constituição tendo sua atuação restringida em função de uma decisão vinculante. Admitidas essas duas teorias teremos um efeito reflexo dessas decisões que desestabilizará o ordenamento e consequentemente a sociedade. Dessa forma, o ordenamento não será capaz de assimilar as alterações que ocorrem na sociedade e cada vez mais possuirá uma estabilidade instável. Isso se dá pelo fato da sociedade se transformar e o ordenamento não acompanhar essas transformações o que poderá comprometer a função de pacificação social do direito. Entendemos que o Poder Legislativo não é atingido pela decisão do STF em que uma lei é declarada inconstitucional, podendo editar uma nova lei tratando do assunto, e que o STF não fica vinculado às suas decisões em que uma lei é declarada constitucional, podendo rever sua posição quando provocado em sede concentrada. Um ponto merece atenção. Admitir a vinculação do STF às decisões em que uma lei é declarada constitucional impedirá que a lei seja declarada inconstitucional e que juízes e órgãos fracionários dos tribunais façam o controle difuso de constitucionalidade. Nessa situação teremos a violação ao princípio da legalidade (art.5º, II, da CF), que como vimos, abarca a constituição, dado que o juiz não poderá aplicá-la. Verificamos ainda violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art.5º, II, da CF) dado que os magistrados não poderão decidir pela inconstitucionalidade da lei quando provocados o que ensejará lesão do direito do jurisdicionado.

No que diz respeito à vinculação por meio dos motivos determinantes da decisão. Verificamos situação em que não haverá controle algum sobre o que será declarado inconstitucional pelo STF. A uma em função da causa de pedir aberta dessas ações o que torna ilimitado o alcance da declaração de inconstitucionalidade. A duas pela dificuldade existente em se extrair os motivos determinantes de cada decisão. Tal fato é agravado pela forma como os votos são proferidos. No STF faz-se uso do modelo *seriatim* de decisão, isto é cada ministro profere seu voto “[...] que expressará, portanto, como julga individualmente e as razões para

isso. [...]”⁵⁴⁶ Esse fato torna extremamente complexa a obtenção dos motivos determinantes da decisão. Dado que cada magistrado poderá proferir um voto distinto, e que cada voto possuirá seus próprios motivos determinantes, na prática será difícil a extração dos motivos determinantes da decisão colegiada. Partindo do princípio que motivos determinantes e *ratio decidendi* são sinônimos temos ainda o fato decorrente da extrema complexidade decorrente da extração da *ratio decidendi* das decisões judiciais, fato extremamente controverso no *common law*. Entendemos que, caso prospere a teoria da extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão, deve-se, de antemão, deliberar a respeito de quais são esses motivos e aplicar a técnica unicamente quando se verificar consenso entre os ministros do STF.

No que diz respeito às decisões em que é declarada a constitucionalidade de uma lei em controle concentrado temos duas considerações a fazer. A primeira é a relativa a impossibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade pelos juízes. Como salientamos nos comentários anteriores, havendo alteração das circunstâncias relativas à sociedade e ao ordenamento, a lei pode deixar de ser constitucional. A não ser que o STF seja provocado e se manifeste pela inconstitucionalidade ou pela revogação da Lei pelo Poder Legislativo não será possível deixar de aplicar a lei. Uma outra consideração a ser destacada é a de que temos duas categorias de leis ou atos normativos no sistema. Aqueles que foram declarados constitucionais em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF e aqueles que não foram objeto desse controle. As leis que se enquadram na primeira categoria afastam o controle incidental de constitucionalidade ao passo que as demais não. Temos assim duas categorias de leis em nosso sistema. Nessa situação pode-se verificar violação ao art.5º, XXXV, da CF. Pode ocorrer que num caso concreto se verifique a inconstitucionalidade da lei, a qual não poderá ser declarada inconstitucional em controle difuso.

No que diz respeito às decisões interpretativas é preferível a utilização da arguição de nulidade sem redução do texto a realização da interpretação conforme à constituição. Na primeira temos a declaração de inconstitucionalidade de determinadas interpretações da lei o que não abrange outras interpretações da lei. Na segunda temos apenas uma interpretação da lei sendo declarada constitucional, o que atinge todas as outras interpretações possíveis da lei, mesmo as não previstas no ato da decisão.

⁵⁴⁶ PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia; CUNHA, Leonardo. Transformações do recurso extraordinário e impactos sobre o processo colegiado de decisão do Supremo Tribunal Federal: o que mudou? O que precisa mudar? In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. (coordenadores). Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins.nº14. São Paulo: RT,2018.p.329.

É preferível que as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade em que uma lei é declarada constitucional não possuam efeito vinculante.

4.2 A revisão de orientação de teses, enunciados de súmula e orientação consolidada em jurisprudência

Os parágrafos §§ 2º, 3º e 4º do art.927 do CPC tratam da hipótese da alteração/modificação da orientação adotada em precedentes, enunciados de súmula e orientação firmada em jurisprudência dominante. Os três parágrafos não fazem uso de terminologia uniforme, sendo que no § 2º verificamos referência a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, o § 3º faz referência a alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos e o § 4º faz referência a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos. Reproduzimos a seguir os três parágrafos do art.927 do CPC:

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Os três parágrafos tratam da alteração/modificação da orientação, o que em nosso sentir caracteriza a revisão da orientação. Veiculam os requisitos necessários a serem observados no processo de revisão⁵⁴⁷. A revisão de uma orientação implica em alterar ou modificar a orientação. A revisão consiste no contraponto à estabilidade da jurisprudência constante no *caput* do art.926 do CPC. A jurisprudência uma vez uniformizada deverá se manter estável, salvo se existir motivo para a alteração do entendimento firmado. A alteração da

⁵⁴⁷ “O art.927, §§2º a 4º, estabelece alguns pilares para os procedimentos de revisão e superação de tese jurídica: o amplo debate e participação; a fundamentação exaustiva; a modulação de efeitos. Tais disposições decorrem de exigências constitucionais e também constam do regramento da súmula vinculante, devendo necessariamente ser observadas pelos tribunais.” (TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 1ªEd. Salvador : Juspodium.2016.p.127).

orientação será guiada pela necessidade de se manter a jurisprudência coerente e íntegra. Temos assim que a estabilidade não significa inalterabilidade, mas sim, que a jurisprudência uma vez uniformizada não pode ser alterada a todo o momento sem um motivo que fundamente a alteração. Note-se que com o passar do tempo alteram-se as circunstâncias sociais. A sociedade e o ordenamento sofrem alterações. Os deveres de coerência e integridade acabam por exigir que as orientações firmadas sejam adaptadas à nova realidade. Estando tal entendimento defasado, deverá ser alterado. Arruda Alvim esclarece esse ponto:

“É imprescindível que as teses de observância obrigatória sejam submetidas a um constante controle de *contemporaneidade*, para evitar uma certa cristalização da aplicação do direito. O regime de precedentes serve para uniformizar, e não para engessar ou imobilizar a atividade judicante, e, por esse motivo, toda decisão pode deixar de seguir uma tese se eficazmente restar demonstrada a necessidade de superação do entendimento. [...]”⁵⁴⁸

Sofia Temer destaca que “[...] a decisão pode ser revisada ou superada, sempre que houver mudança substancial nas condições determinantes para a fixação da tese jurídica.”⁵⁴⁹

Fato que merece atenção é o de que o CPC não apresenta um procedimento para a revisão da tese. Temos menções nesses três parágrafos e nos artigos 947, § 3º, relativo ao Incidente de Assunção de Competência (IAC), 985,II e no art.986, ambos sobre a disciplina do IRDR. Em todos existe de forma expressa a expressão “revisão de tese”. O 947, § 3º, preceitua que acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. O art.985,II preceitua que à tese jurídica só não será aplicada no caso de revisão. O art.986 trata dos legitimados, no caso o próprio tribunal, a Defensoria Pública e o Ministério Público, com rol mais restrito do que os legitimados para pedir a instauração e sobre o órgão legitimado para a revisão, no caso o mesmo tribunal que fixou a tese, podendo efetuar a revisão de ofício.

No art.103-A da CF está instituída a súmula vinculante do STF, a qual é regulamentada pela Lei 11.417/2006. O § 2º do art.3º e o art.5º da Lei 11.417/2006, a lei que regula a súmula vinculante, trazem contornos sobre a revisão da tese firmada na súmula:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:
[..]

⁵⁴⁸ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed. São Paulo: RT, 2019.p.1503.

⁵⁴⁹ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 1ª Ed. Salvador: Juspodium.2016.p.254.

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

Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Note-se que o órgão competente para revisão do enunciado de súmula vinculante é o próprio STF, fato que pode ser extraído da ementa e do art.1º da referida lei:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

O mesmo se aplica às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade proferidas pelo STF, as quais só poderão ser revistas, no caso de decisão que declara a norma constitucional, pelo próprio STF. Nossa tradição jurídica privilegia a revisão da tese pelo tribunal que firmou a orientação.

Tomando por base as decisões em controle concentrado de constitucionalidade (art.103 da CF, art.2º da Lei 9868/99 e art.2º,I da Lei 9882/99), Lei da súmula vinculante (art.3º da Lei 11.417/2006) e o art.986 do CPC que trata dos legitimados para a revisão de tese do IRDR⁵⁵⁰, verificamos que os legitimados para iniciar o procedimento o são também para a modificação ou cancelamento da orientação.

No processo de edição, como no de revisão poderá haver a manifestação de terceiros. Essas considerações nos permitem concluir que o procedimento de edição, revisão e cancelamento é o mesmo. Da mesma forma no CPC não existe referência ao processo de revisão. O procedimento de edição de orientações decorrentes de precedentes tem previsão expressa, excluindo-se o caso do IAC em que são fornecidos seus contornos. Dada a ausência de disciplina para o procedimento de revisão, entendemos que o procedimento deve ser, no

⁵⁵⁰ As partes não são legitimadas para o processo de revisão no IRDR. Trata-se de exceção à regra de que os legitimados para a instauração não o são para a revisão.

mínimo, o mesmo para a formação. Nesse sentido o entendimento de Sofia Temer, a respeito da revisão do IRDR:

“Quanto ao procedimento propriamente dito, entendemos que, na ausência de previsão do Código deve ser seguido aquele estabelecido para a instauração de IRDR para a fixação da tese, instaurando-se um *incidente -revisor*. Todas as garantias estabelecidas para a definição da tese devem ser seguidas para que haja novo juízo sobre sua permanência notadamente os que dizem respeito à publicidade e participação dos envolvidos.”⁵⁵¹

Marcus de Araújo Cavalcanti entende que tanto o procedimento concentrado quanto o procedimento difuso se aplicam para o procedimento de revisão, esclarecendo a diferença em cada procedimento:

“Na verdade, o procedimento de revisão nada mais é do que um ‘IRDR revisional’. Esse incidente revisional será instaurado com a finalidade de o tribunal fixar uma *nova decisão* com eficácia vinculante para os processos repetitivos. Como restou explicado no tópico anterior, não se trata de um procedimento com vistas a *autorizar* a superação do precedente vinculante. A superação do precedente independe da instauração e do julgamento do ‘IRDR revisional’. Qualquer juiz pode superar o precedente vinculante, desde que faça de forma adequada e fundamentada, demonstrando as razões pelas quais o precedente não mais se aplica ao caso concreto. O Objetivo do ‘IRDR revisional’ é, como dito, a *análise concentrada da superação* do precedente e a fixação de nova decisão com eficácia vinculante.”⁵⁵²

Temos posicionamento de que a revisão de tese deve ser realizada de forma concentrada, por meio de procedimento revisor específico expresso ou por um órgão judicial hierarquicamente superior. Aceitar o procedimento difuso de revisão implica em desuniformizar a jurisprudência do tribunal e permitir que a orientação seja aplicada a uns casos e não a outros. Pode o juiz entender que essa sistemática viola a constituição. Entendemos que nessa situação pode, por meio do controle difuso de constitucionalidade, declarar inconstitucional, de forma fundamentada, o texto que obriga a aplicação da orientação e a dessa forma decidir como entender mais adequado. O raciocínio que acabamos de expor não se aplica a situação em que o magistrado discorda do entendimento firmado na orientação.

O magistrado ao constatar a necessidade de revisão da orientação deverá instaurar o procedimento de revisão junto ao órgão competente, desde que possua legitimidade. Pode

⁵⁵¹ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 1ª Ed. Salvador: Juspodium. 2016. p. 255.

⁵⁵² ARAÚJO CAVALCANTI, Marcus. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT. 2016. p. 349.

ocorrer de o órgão competente entender que não existe fundamento para a revisão. Nessa situação, o magistrado deverá fazer uso da orientação não revista para a tomada de decisão. Caso o procedimento de revisão seja instaurado e a nova tese definida esta será utilizada para a decisão do caso. Caso o magistrado não possua legitimidade para instaurar o procedimento, deverá aplicar a orientação.

Em nosso sentir, regra geral, a revisão de tese deve ser realizada pelo mesmo órgão de onde provém a tese jurídica e a revisão deve ser dar pelo mesmo procedimento. Em outros termos, o procedimento de elaboração da orientação possui os requisitos mínimos necessários para o procedimento de revisão de tese, o qual deverá ainda observar o preceito dos §§ 2º a 4º do art.927. As considerações acima realizadas para o IRDR aplicam-se a todos os procedimentos de uniformização de jurisprudência, desde que não tenham disciplina específica a respeito da revisão da tese. A única exceção a essa regra é a revisão por órgão judiciário hierarquicamente superior. Temos assim que a orientação poderá ser revista de forma expressa ou tácita por órgão de hierarquia superior, ao adotar orientação que altere a anteriormente adotada pelo tribunal. Caso por exemplo de orientação firmada em IRDR ou IAC por tribunal de justiça ou regional federal em matéria federal ou constitucional, e em momento posterior pelo STF/STJ sobre a mesma questão. Nessa situação prevalece a orientação do STF/STJ aplicável a todo o território nacional. Nosso posicionamento decorre da função dessas cortes no sistema e do comando do art.926, mas precisamente no que diz respeito a integridade.

Pode ocorrer da revisão de uma orientação firmada por um meio de uniformização de jurisprudência se dar por meio de outro no mesmo tribunal que firmou a orientação. Trata-se da situação em que por alguma razão, estarão satisfeitos os requisitos desse outro meio de uniformização de jurisprudência. Nessa situação é aplicável a revisão da tese por outro procedimento.

4.3 O processo de revisão

Os preceitos relativos ao processo de revisão no CPC referem-se aos casos repetitivos (§§ 2º, 3º e 4º do art.927 do CPC), enunciado de súmula (§§ 2º e 4º do art.927 do CPC) e jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores (§§ , 3º do art.927 do CPC).

O § 2º do art.927 do CPC traz ainda um outro elemento que nos permitirá definir aspectos do procedimento de revisão da orientação. Trata-se da possibilidade da admissão de terceiros no procedimento de revisão. Verifica-se a possibilidade daqueles que serão alcançados

pela orientação definida, daqueles que poderão algum dia se submeter a tal posicionamento, influir na definição da orientação.

O texto do CPC apresenta a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese e a realização de audiências públicas. Como uma faculdade e não uma obrigação do órgão que irá fazer a revisão da tese jurídica. Isso também pode ser extraído do art.983 do CPC que faz referência ao IRDR e do art.1038 do CPC que trata do regramento dos recursos repetitivos, sem contar o disposto no §2º do art.927. Em nosso sentir não se trata de uma faculdade. Dadas as repercussões da tese em toda a sociedade, e de suas características, em parte abstratas, similares ao texto de lei, deve haver a mais ampla participação da sociedade em sua definição. A questão pode ser colocada de outra forma: sempre que necessário deverá haver a participação de terceiros com interesse no resultado, podendo ser por meio de *amicus curiae*, audiências públicas ou mesmo pessoas que sejam partes em processos em que se discute a mesma controvérsia.⁵⁵³

Um ponto merece atenção. Trata-se de não existir procedimento uniforme para a edição de enunciados de súmula. Esse procedimento é regrado pelos regimentos internos dos tribunais (art.926, § 1º). Os requisitos previstos nos parágrafos do art.927 relativos à alteração/modificação da orientação devem ser observados no procedimento de revisão de tese. Entendemos que o legislador errou ao não regradar requisitos mínimos para a edição de enunciados de súmula simples, os quais poderiam ser os mesmos para a revisão da tese. Da mesma forma, não existe previsão da realização de audiências públicas no procedimento de edição de enunciados de súmula vinculante. Reiteramos que o legislador poderia ter aproveitado a oportunidade e regrado essa situação.

O § 2º do art.927 do CPC estabelece regra geral para o caso de revisão de orientação, o que abarca também às sumulas simples e vinculantes. Note-se que no caso do IRDR e dos recursos julgados no regime de recursos repetitivos existe previsão para a realização de audiências públicas já no processo de formação da tese. Dessa forma, partindo do princípio de que o procedimento de revisão é o mesmo para a formação da tese, tanto em um como no

⁵⁵³ “Tese jurídica adotada em súmula ou como base de decisão de casos repetitivos pode ser alterada. Mas só o fato de a nova lei prever que esta alteração pode ser precedida de audiência(s) pública(s) e da manifestação de *amici curiae* já demonstra **que esta mudança não pode** – e de fato, **não DEVE – ser corriqueira**. A sociedade deve ser ouvida - e esta é, ainda uma outra e nova dimensão do princípio do contraditório. Ora, se a sociedade deve ser ouvida, é porque se imagina que essas alterações tenham lugar para responder a novas necessidades sociais - hipótese a que antes se aludiu. Muda-se a jurisprudência para se adaptar o direito à realidade social, nos casos em que esta adaptação é desejável e permitida pelo direito. [...]” (destaques do original) (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.1461).

outro, independentemente da previsão do § 2º do art.927 do CPC, existe a previsão da realização de audiências públicas.

A realização de audiências públicas, a intervenção de *amicus curiae* e a participação de interessados contribuem para a ampliação do contraditório no processo de revisão da orientação. Dessa forma, deduzem-se perante o órgão julgador uma maior quantidade de argumentos acerca da matéria objeto da decisão, produzindo-se dessa forma decisões qualitativamente melhores.⁵⁵⁴ Merece atenção que a realização de audiências públicas, a intervenção de *amicus curiae* e a participação de interessados permitem que as alterações ocorridas na sociedade sejam refletidas de forma maximizada na nova orientação.

O § 3º do art.927 do CPC trata da possibilidade de modulação de efeitos quando da alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos. Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas esclarecem que:

“Trata-se de instituto que se traduz na possibilidade de os tribunais decidirem expressamente, quando alteram a orientação antes seguida a respeito de aspectos temporais, territoriais etc., ligados à “eficácia” da decisão. Com isso, quer-se dizer que os Tribunais podem, por exemplo, dizer que só vão decidir com base no novo entendimento a partir do ano seguinte, ou a partir daquele momento, etc. Se se quer, realmente, prestigiar o princípio da confiança e da segurança jurídica, a modulação é instrumento que se presta a fazê-lo de forma extremamente satisfatória.”⁵⁵⁵

A modulação de efeitos foi inserida no ordenamento por meio da Lei 9868/99, Lei da ADIN em seu art.27. A Lei 9882/99, que regula a ADPF, tem previsão a respeito da modulação de efeitos em seu art.11. A Lei 11.417/2006, que regula a súmula vinculante, em seu art. 4º, tem previsão relativa a modulação de efeitos.

Aspecto que merece ser destacado nos dispositivos destacados é a da previsão de quórum qualificado para a modulação de efeitos (2/3 dos membros do STF). Tal requisito não está previsto no §3º do art.927 do CPC. Dado ser o CPC norma geral em matéria processual, traz no §3º do art.927 o regime jurídico geral para a modulação dos efeitos das decisões judiciais relativas a um caso concreto. Dessa forma o regime jurídico previsto para a modulação nas Leis 9868/99, 9882/99 e 11.417/2006 é específico e limitado a essas leis.

⁵⁵⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p.250.

⁵⁵⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2019.p.293.

O §3º do art.927 do CPC preceitua que a modulação de efeitos é cabível nos casos de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos. O referido dispositivo não faz referência aos enunciados de súmula. Mas como já observamos ao discorrer sobre as súmulas, estas consistem num meio de uniformização de jurisprudência utilizado quando a jurisprudência do tribunal está consolidada. Nos parece que a modulação de efeitos se aplica também ao caso da alteração e do cancelamento do enunciado de súmula de um tribunal, dado que uma vez alterado ou cancelado, haverá reflexo na jurisprudência dominante do tribunal que emitiu o enunciado. Ademais o enunciado de súmula representa a jurisprudência dominante do tribunal relativa à determinada questão. Dessa forma, o que vale para a jurisprudência deve se aplicar ao enunciado de súmula.

No caso da súmula vinculante, por haver disciplina própria em lei especial, prevalece o quórum qualificado para a revisão e o cancelamento da súmula. Dessa forma, aplica-se à disciplina do art.4º da Lei 11.417/2006 relativamente à modulação de efeitos na revisão de tese para os enunciados de súmula vinculante.

Note-se que a modulação de efeitos prevista no CPC deve se dar em função do interesse social e da segurança jurídica. Como salienta Cassio Scarpinella Bueno a “[...] regra é que a alteração não tenha efeitos retroativos que deve, consoante as circunstâncias e as peculiaridades de cada caso concreto, ser expressamente reconhecida e justificada.”⁵⁵⁶

A modulação não é regra geral devendo ser realizada somente quando as circunstâncias do caso indicarem.

Reiteramos que a modulação pode ser espacial ou temporal, como salientam Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres:

“[...] **Modular efeitos de uma decisão judicial** (como a que decide casos repetitivos) ou da jurisprudência dominante de um tribunal, normalmente *significa que aquele novo entendimento deve aplicar-se dali para a frente*. Mas não necessariamente. A modulação pode ser temporal ou espacial. E a temporal nem sempre significa que a nova forma de compreender o direito deve-se aplicar dali para a frente. Pode ser, por exemplo, a partir de um momento X, para a frente. Ou, ainda, pode ser escalonada no tempo. A

⁵⁵⁶ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva.2019.p.396.

modulação poderá ter lugar para prestigiar o princípio da segurança jurídica, que é de interesse social, É a nosso ver isto que a lei quer significar.”⁵⁵⁷

O § 4º do art.927 trata da necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, quando da modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos. Note-se que a fundamentação adequada a que se refere o dispositivo é relativa à segurança jurídica, da proteção à confiança e a isonomia.

Deve-se demonstrar a necessidade da realização da revisão, isto é, de que algo mudou no mundo fenomênico ou no mundo normativo, que justifique a revisão da tese, como bem salienta Sofia Temer:

“Haverá, certamente, um requisito adicional de cabimento, que dirá respeito à comprovação das alterações políticas, econômicas, sociais, normativas, dentre outras, que justifiquem a revisão da tese. Tais elementos devem ser suficientes para provocar uma nova reflexão do tribunal sobre o tema e, por isso, devem ser relevantes e significativas.”⁵⁵⁸

É por meio da fundamentação que ficará demonstrado que a revisão da tese se faz necessária.

Outro requisito que se aplica ao processo de revisão é a existência de processo pendente no tribunal. É por meio desses processos que será iniciado o procedimento de revisão de tese. Não se admite revisão de orientação em abstrato. Nos enunciados de súmula o procedimento é distinto. A revisão não se dá no bojo de um processo em curso, mas depende da existência de processos em curso que demonstrem a necessidade de revisão.

4.4 Revisão de orientação e vinculação empírica.

⁵⁵⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. P.1462-1463.

⁵⁵⁸ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 1ªEd.Salvador: Juspodium.2016.p.255.(No mesmo sentido: “Para revisar o precedente não é suficiente o simples requerimento. O interessado deve demonstrar os argumentos fáticos e jurídicos que podem servir de baliza para demonstrar a necessidade de revisão da posição firmada no IRDR anterior. O interessado pode alegar, *por exemplo*, a revogação ou modificação de texto normativo em que se fundou a decisão; ou alteração econômica, cultural, política ou social referente à matéria decidida no IRDR.[...]” (ARAÚJO CAVALCANTI. Marcus. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT.2016.p.349).

Na análise dos §§ 2º a 4º do art.927 chama à atenção a referência aos enunciados de súmula nos §§ 2º e 4º e a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores no § 3º. Tanto na jurisprudência dominante quanto nos enunciados de súmula verificamos a ocorrência de vinculação empírica.

Já discorremos a respeito da vinculação empírica nos enunciados de súmula. Não o fizemos em relação à jurisprudência. Nesta a vinculação se dá não em relação a um julgado específico, mas em relação à orientação a encampada pela série de julgados que a compõem. O enunciado de súmula quando elaborado procura reproduzir essa orientação. Nossa posição é de que a referência a alteração de enunciado de súmula ou de jurisprudência dominante acaba por fazer referência ao mesmo processo de alteração. A jurisprudência é construída ao longo do tempo por meio da vinculação empírica a uma orientação. O processo de alteração da jurisprudência dominante se dará por meio de uma decisão que não possuirá vinculação formal. Em nosso sentir para que a alteração tenha força para vincular de forma empírica deverá ser realizada pelo plenário ou órgãos especial do tribunal, o que enquadraria a decisão no art.927,V do CPC.

Uma outra forma de realizar a alteração seria por meio da elaboração de um enunciado de súmula com a nova orientação. Nessa situação deve existir uma orientação se formando no tribunal. Isso se dá pela necessidade da existência de julgados que serão os precedentes utilizados na elaboração do enunciado.

Nos dois casos será necessário que o próprio tribunal e os tribunais e juízes singulares hierarquicamente inferiores adotem a orientação em suas decisões. Isso pode se dar de forma instantânea ou pode levar algum tempo. Dependerá de o próprio tribunal uniformizar sua jurisprudência em conformidade com a nova orientação. Se no STF ou no STJ e havendo controvérsia sobre a questão, pode-se fazer uso dos embargos de divergência.

A realização de audiências públicas, a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da orientação, a modulação de efeitos e a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia permitirão que aqueles que sofrerão os efeitos da orientação e que poderão vir a ter seus casos decididos com base nela participem do processo e tenham seus interesses considerados no processo de alteração. Isso tudo se dará em meio a um procedimento instaurado pelo tribunal.

Em nosso sentir uma revisão de orientação que satisfaça esses requisitos terá amplo debate e publicidade e possuirá maiores chances de ser observada na tomada de decisão por juízes e tribunais.

Registramos que será adequado observar os preceitos dos §§ 2º a 4º do art.927 do CPC na alteração da orientação dos precedentes com vinculação empírica. Nesses casos como no dos enunciados de súmula e jurisprudência dominante do STF e tribunais superiores deve-se desfazer a vinculação empírica a tese anteriormente firmada e estabelecer vinculação a tese que virá a se formar. A melhor forma de realizar esse feito é levar em conta os interessados no processo de formação da nova orientação.

Pode ocorrer que a revisão da orientação se dê em função de controvérsia que venha a surgir ou que exista na jurisprudência do tribunal. Ao tratar do precedente oriundo do julgamento do recurso especial avulso analisamos o precedente firmado com base no recurso especial 1.108.542/SC, da segunda turma, de relatoria do Ministro Castro Meira julgado em 18 de maio de 2009. A orientação firmada é a de que é cabível a aplicação por analogia do art.19 da Lei 4717/65, Lei da Ação Popular, no sentido da realização da remessa necessária nas ações civis públicas julgadas improcedentes. Ao tratarmos dos embargos de divergência destacamos dos embargos de divergência de nº 1220667/MG, de relatoria do Ministro Herman Benjamin e que foram julgados em 24/05/2017.

O ponto que merece atenção é o de que os embargos de divergência não pacificaram a questão em nível nacional, fato que levou o STJ a afetação para o julgamento da tese em sede de recursos repetitivos (tema 1042).⁵⁵⁹

Dois aspectos referentes ao ocorrido merecem reflexão mais aprofundada. Primeiramente, é mais complexo efetuar a revisão da tese em jurisprudência e meios de uniformização que possuem vinculação empírica. Nessa modalidade de vinculação sempre haverá espaço para aqueles que não aceitam a vinculação da orientação, o que pode levar a uniformização de jurisprudência por meio de meios de uniformização com vinculação formal.

O outro aspecto a ser analisado é mais sutil. A possibilidade de que a tese do recurso repetitivo seja firmada no sentido da não aplicabilidade da remessa necessária de ofício, quando as ações de improbidade forem julgadas improcedentes, criará uma exceção à regra do precedente firmado no recurso especial nº 1220667/MG. O precedente continuará no sistema e

⁵⁵⁹ A questão submetida a julgamento é a seguinte: “Definir se há - ou não - aplicação da figura do reexame necessário nas ações típicas de improbidade administrativa, ajuizadas com esteio na alegada prática de condutas previstas na Lei 8.429/1992, cuja pretensão é julgada improcedente em primeiro grau. Discutir se há remessa de ofício nas referidas ações típicas, ou se deve ser reservado ao autor da ação, na postura de órgão acusador - frequentemente o Ministério Público - exercer a prerrogativa de recorrer ou não do desfecho de improcedência da pretensão sancionadora.”(Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1042&cod_tema_final=1042 . Acesso em 25 jul. 2020.

vinculando empiricamente, mas sua orientação não poderá ser aplicada às ações de improbidade administrativa. Temos um precedente e uma exceção à regra.

4.5 A revisão de orientação por meio de interpretação.

As teses jurídicas decorrentes de precedentes e os enunciados de súmula devem ser aplicados tendo por base as circunstâncias fáticas que ensejaram a elaboração da orientação por eles vinculada. Cassio Scarpinella Bueno esclarece esse ponto ao tratar dos enunciados de súmula:

“Assim é que afirmar, como na maioria das vezes faz o Código de Processo Civil, que é mais correto referir-se a *enunciado de súmula*, e não como há mais de cinquenta anos se faz, a *súmula*, nada acrescenta ao assunto. Mais importante do que a súmula e seu enunciado é entender o que os casos lhes dão fundamento (os seus precedentes) decidiram concreta e precisamente e de que maneira é correto dizer que aquelas decisões podem querer ser empregadas em casos futuros. Sim, porque súmulas nada mais são do que a consolidação formalizada, em verbetes (ou enunciados), da jurisprudência dos tribunais em decorrência da reiteração de decisões idênticas proferidas a partir de casos substancialmente iguais. Elas, em si mesmas consideradas, revelam bem menos do que os seus ‘precedentes’ têm capacidade de revelar. Até porque, como formuladas invariavelmente em forma de enunciados, põe-se a inafastável necessidade de interpretação de seus textos, o que, em rigor, aproxima-os das mesmas dificuldades hermenêuticas reservadas para a interpretação e aplicação das próprias leis e demais atos normativos que, para o direito brasileiro, são *escritos*.”⁵⁶⁰ (destaques do original)

O que merece atenção no trecho citado é o de que os enunciados de súmula são textos escritos originados dos casos concretos (precedentes) que os originaram. Dessa forma, devem ser interpretados tendo por base esses casos concretos e não de forma descoladas desses como se fossem enunciados gerais e abstratos como as leis.

Georges Abboud, Guilherme Luneli e Leonard Ziesemer Schmitz chamam a atenção para esse ponto: “Quem tem força normativa, portanto, não é a súmula em si, mas o conjunto de decisões que lhe deram origem - ou, ainda melhor, a força normativa vem do comportamento reiterado pelos tribunais ao julgar determinada questão jurídica.”⁵⁶¹

⁵⁶⁰ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p.385.

⁵⁶¹ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme; ZIESEMER SCHMITZ, Leonard. Como Trabalhar – E como não Trabalhar – com súmulas no Brasil: um acerto de paradigmas. in: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito Jurisprudencial V.II*. São Paulo: RT, 2014, p.672.

Ronaldo Cramer ressalta a importância de se aplicar o texto do enunciado de súmula de forma conectada aos precedentes⁵⁶² que lhe deram origem:

“[...] No sistema de precedentes, a súmula não deve ser aplicada de forma autônoma em relação ao precedente originário, como se ela mesma fosse o precedente, ou ainda, um texto normativo. É isso o que se tem feito até hoje, seja na teoria, seja na prática. Pega-se o texto da súmula e se promove a sua aplicação de forma indiferente ao precedente originário.”⁵⁶³

Victor Nunes Leal esclarece que os enunciados de súmula não podem ser interpretados. Estes já são a interpretação da lei adotada pelo tribunal e por isso devem ser redigidos com a maior clareza possível. Destaca que se existir necessidade de esclarecimento de algum enunciado de súmula, este deve ser cancelado. Na hipótese de alteração de enunciado de súmula o novo texto deve ser inserido na súmula com outro número e o antigo cancelado.⁵⁶⁴

Em sentido contrário, Georges Abboud, Guilherme Luneli e Leonard Ziesemer Schmitz esclarecem que não é possível aplicar um enunciado de súmula sem interpretá-lo. Destacam que o enunciado será aplicado tendo por base o aspecto normativo e o fático de um caso decidido, o que não impede a interpretação do enunciado.⁵⁶⁵ Destacam que a aplicação mecanizada do enunciado de súmula da ensejo ao que chamam de uso estratégico da jurisdição:

“O uso estratégico decorre de alguns problemas apontados neste estudo: a ideia de que a súmula é já a norma extraída do texto; a confiança na legitimidade de uma decisão que se limita a mencionar uma súmula,

⁵⁶² Ronaldo Cramer faz uso do termo precedente no singular e não no plural. Tal se dá por entender que “[...] súmula não é precedente, mas a síntese da tese jurídica (ou norma jurídica, como se verá mais adiante) criada pelo precedente que retrata o entendimento consolidado do tribunal. Não há nenhuma dúvida quanto a isso.” (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: Teoria dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.81.). Ver também CRAMER, Ronaldo. *A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC*. in: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; GONZAGA JAIME, Fernando. *A Nova Aplicação da jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2017, p.968.

⁵⁶³ CRAMER, Ronaldo. *A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC*. in: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; GONZAGA JAIME, Fernando. *A Nova Aplicação da jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2017, p.968.

⁵⁶⁴ “46. Cuidando ainda da Súmula como método de trabalho - aspecto em relação ao qual seria até indiferente o conteúdo dos seus enunciados - é oportuno mencionar que estes não devem ser interpretados, isto é, esclarecidos quanto ao seu correto significado. O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal.

47. A Súmula deve, pois, ser redigida tanto quanto possível com a maior clareza, sem qualquer dubilidade, para que não falhe ao seu papel de expressar a inteligência dada pelo Tribunal. Por isso mesmo, sempre que seja necessário esclarecer algum dos enunciados da Súmula, deve ele ser cancelado, como se fosse objeto de alteração, inscrevendo-se o seu novo texto na Súmula com outro número.” (LEAL NUNES, Victor. *Passado e Futuro da Súmula do STF*. Revista de Direito Administrativo, 1981, n.145, p.12).

⁵⁶⁵ ABBOD, Georges; LUNELLI, Guilherme; ZIESEMER SCHMITZ, Leonard. Como Trabalhar – E como não Trabalhar – com súmulas no Brasil: um acerto de paradigmas. in: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito Jurisprudencial V.II*. São Paulo: RT, 2014, p.674.

desapegada do contexto fático do caso; a aposta na desnecessidade de interpretação de súmulas. [...].”⁵⁶⁶

Frisam ainda que essa forma de atuação acaba por tornar a súmula “‘um instrumento de discricionariedade’ que mascara as convicções pessoais do julgador”.⁵⁶⁷

Um exemplo poderá ilustrar a questão. Trata-se da interpretação conferida ao enunciado da súmula 304 do STF, cujo enunciado é: “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.⁵⁶⁸

O referido enunciado foi editado ainda na vigência da Lei 1.533/1951, a qual nos artigos 15 e 16 preceituava que:

Art. 15 - A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Art. 16 - O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

Ronaldo Cramer ao comentar o enunciado esclarece que:

“A expressão ‘decisão denegatória’ era entendida tanto como sentença de improcedência do pedido, quanto como sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito. A Súmula 304 do STF retratava o entendimento de seu precedente, segundo o qual a decisão denegatória do mandado de segurança, seja processual, seja de mérito, não faz coisa julgada e não impede que o mesmo pedido fosse deduzido em ação ordinária”⁵⁶⁹

No julgamento da Ação Rescisória n.725 houve discussão sobre se a decisão de mérito fazia coisa julgada. Se a resposta fosse afirmativa, seria caso de ação rescisória, o que afastaria o uso da ação pelo rito ordinário.⁵⁷⁰ Victor Nunes Leal sintetiza a controvérsia:

⁵⁶⁶ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme; ZIESEMER SCHMITZ, Leonard. Como Trabalhar – E como não Trabalhar – com súmulas no Brasil: um acerto de paradigmas. in: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito Jurisprudencial V.II*. São Paulo:RT, 2014.p.675.

⁵⁶⁷ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme; ZIESEMER SCHMITZ, Leonard. Como Trabalhar – E como não Trabalhar – com súmulas no Brasil: um acerto de paradigmas. in: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito Jurisprudencial V.II*. São Paulo:RT,2014.p.677.

⁵⁶⁸ Precedentes: AR 569, Publicação: DJ de 22/08/1963; AR 569, Publicação: DJ de 22/08/1963; RE 50816; Publicações: DJ de 18/04/1963 RTJ 26/327 e RE 46283 EI, Publicação: DJ de 19/07/1962.

⁵⁶⁹ CRAMER, Ronaldo. *A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC*. in: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; GONZAGA JAIME, Fernando. *A Nova Aplicação da jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: RT,2017.p.970.

⁵⁷⁰ LEAL NUNES, Victor. *Passado e Futuro da Súmula do STF*. Revista de Direito Administrativo,1981.n.145.p.12.

“A corrente vitoriosa foi no sentido de que havia duas proposições na Súmula: uma, afirmando que decisão denegatória de mandado de segurança não faz coisa julgada, mesmo que o julgamento tenha sido em razão do mérito; a outra, afirmando que cabe ação ordinária para obter o mesmo resultado de mandado de segurança indeferido. Discutia-se, portanto, o sentido da cláusula "não fazendo coisa julgada contra o impetrante", a qual poderia entender-se, com conseqüências diferentes, como sendo: a) "posto que não faz coisa julgada contra o impetrante", ou b) "desde que não faça coisa julgada contra o impetrante".”⁵⁷¹

O caso foi decidido sem que a questão fosse solucionada, alguns “[...]anos mais tarde, veio a prevalecer o entendimento de que a denegação de mandado de segurança, com o exame do mérito, faz coisa julgada contra o impetrante, só podendo ser atacada por via de ação rescisória (ver RE n.078.119 e precedentes citados, D/, de 8 de junho de 1975).”⁵⁷²

O STF interpretou o enunciado de forma descolada dos precedentes que o originaram como se fosse um texto abstrato. Georges Abboud, Guilherme Luneli e Leonard Zieseimer Schmitz destacam que:

“Em verdade, no caso, o Tribunal simplesmente modificou seu posicionamento, passando a entender que a decisão denegatória em mandado de segurança faria, sim, coisa julgada material. Entretanto, não entendeu necessário revogar a súmula 304, já que sua semântica comportava interpretação condizente com o novo entendimento! Modificou-se, assim, a interpretação da súmula para adaptá-la ao novel posicionamento da Corte. E ainda há quem sustente que as súmulas seriam normas prontas e acabadas, não sujeitas a interpretação.”⁵⁷³

Trata-se de caso em que houve mudança de entendimento, ou melhor dizendo, alteração abrupta na “jurisprudência do STF”.

O mesmo se deu com a nova interpretação conferida pelo STJ ao enunciado de súmula 182 (analisada quando tratamos dos embargos de divergência). A alteração da legislação, no caso o CPC fez com que o STJ, alterasse seu regimento interno e por meio de sua jurisprudência, realizasse o ajuste do enunciado por meio de interpretação. Nesse processo foram desconsiderados os precedentes que originaram o enunciado. O escopo do enunciado era evitar que no agravo de recurso especial fossem reiterados os fundamentos do recurso especial inadmitido. O objetivo do enunciado era que o recorrente impugnasse o fundamento da decisão

⁵⁷¹ LEAL NUNES, Victor. *Passado e Futuro da Súmula do STF*. Revista de Direito Administrativo, 1981.n.145.p.12.

⁵⁷² LEAL NUNES, Victor. *Passado e Futuro da Súmula do STF*. Revista de Direito Administrativo, 1981.n.145.p.13.

⁵⁷³ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme; ZIESEMER SCHMITZ, Leonard. Como Trabalhar – E como não Trabalhar – com súmulas no Brasil: um acerto de paradigmas. in: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito Jurisprudencial V.II*. São Paulo:RT, 2014.p.682.

que levou à inadmissão do recurso. Isso pode ser concluído pela análise dos precedentes que originaram o enunciado.

Com a alteração ocorrida por meio da jurisprudência e a consolidação da posição nos embargos de divergência, surgiu um novo problema. O enunciado de súmula por si só não fornece mais elementos para seu correto entendimento. Os precedentes que o originaram foram julgados na vigência de outro código de processo civil. O enunciado foi reinterpretado para se adaptar código atualmente em vigor. Não houve atualização do texto do enunciado e nem mesmo dos precedentes que levaram a atual interpretação. Da mesma forma, não houve menção ou a inclusão da orientação firmada por meio dos embargos de divergência. O enunciado foi interpretado como se não existissem precedentes que o originaram, como uma norma geral e abstrata.

A melhor forma de realizar mudança seria por meio de um procedimento de revisão formal, instaurado para esse fim. O procedimento deveria ter sido instaurado tão logo o CPC 2015 entrou em vigor. A revisão do enunciado ou seu cancelamento com a edição de outro permitiriam o ajuste da jurisprudência do STJ ao novo entendimento. Ademais nesse procedimento poderiam ser observados os §§ 2º a 4º do art.927 do CPC, o que permitiria uma discussão mais rica e a modulação de efeitos para que a orientação só fosse aplicada aos casos que chegaram ao STJ após a vigência do CPC 2015.

4.6 Os entraves ao processo de revisão.

O CPC apresenta uma série de entraves para a realização da revisão da orientação dos meios de uniformização nele previstos. Trata-se de um sistema decisório que impede que uma questão que já foi objeto do procedimento de uniformização de jurisprudência seja submetida a análise pelo Poder Judiciário.⁵⁷⁴

Basicamente são quatro os dispositivos que veiculam essa espécie de restrição. São eles o art.332 que trata da improcedência liminar do pedido, 932, IV e V e ao art.1030,I, e § 4º do art.496.

O art.332 permite ao magistrado, nas causas que dispensem a fase instrutória, julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar: enunciado de súmula do Supremo Tribunal

⁵⁷⁴ A esse respeito Lenio Luiz Streck questiona: “Uma pergunta simples: Será que depois de assentada a ‘autoridade’ do precedente será possível fazer chegar até a Corte de Precedentes? Não podemos esquecer que, ao lado da doutrina das teses e precedentes, vem junto um rígido sistema de filtros recursais, a impedir que as Cortes de Precedentes sejam sujeitas ao constrangimento epistemológico de corrigirem seus próprios erros? (STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015..2ª* Ed. Salvador: Juspodium,2019.p.75).

Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial ou extraordinário julgado no regime de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. O julgamento liminar se dará sem que seja realizada a citação do réu.

O art.932 permite ao relator negar provimento ao recurso que for contrário a: súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça relativo a recurso extraordinário ou especial julgado no regime de recursos repetitivos e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Da mesma forma permite que depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial ou extraordinário julgado no regime de recursos repetitivos e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

O art.1030, I permite ao presidente negar seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral, ao recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral e a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

Existe ainda a dispensa da remessa necessária prevista no § 4º do art.496 do CPC. Essa dispensa se aplica nos casos em que a sentença esteja fundada em recurso extraordinário e especial julgado no regime de recursos repetitivos, IRDR, IAC e súmula do tribunal superior, que em nosso sentir abarca a sumula vinculante e as súmulas do STF e do STJ.

Verificamos uma vez que se estabeleça orientação por meio de IRDR, IAC e enunciado de súmula do próprio tribunal ou do STJ e do STF, inclusive a súmula vinculante, será extremamente difícil fazer com que um pedido de revisão de orientação alcance o órgão que a editou. Três são as barreiras, a depender de quem é parte: a possibilidade da improcedência liminar do pedido e o poder que tem o relator de não prover o recurso contrário, ou prover o recurso em consonância, com às orientações firmadas em IRDR, IAC ou enunciados

de súmula do próprio tribunal, STJ e STF e a dispensa da remessa necessária quando a sentença estiver em consonância com essas orientações.

No que diz respeito ao recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral o art.1030,I,*a* torna praticamente impossível que um recurso extraordinário que pleiteie a revisão de orientação chegue ao STF. No caso dos recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos são quatro as barreiras a serem enfrentadas a depender de quem é parte no processo: a possibilidade da improcedência liminar, o não provimento do recurso contrário a orientação firmada por meio dessas modalidades de julgamento, o provimento do recurso que esteja em consonância com a orientação firmada por meio dessas modalidade de julgamento e a negativa de seguimento em função do art.1030,I,*b* e a dispensa da remessa necessária quando for o caso.

No caso dos enunciados de súmula do próprio tribunal, do STF e do STJ existe a barreira relativa à improcedência liminar do pedido, a negativa de provimento ou o provimento do recurso e no caso dos enunciados de súmula do STF e STJ, incluindo a súmula vinculante, a dispensa de remessa necessária.

Temos aqui barreiras que inibem a propositura de ações e de recursos e que ao mesmo tempo dificultam que esses recursos atinjam o tribunal que tem competência para a revisão da orientação. No caso do IRDR o fato de o Ministério Público e a Defensoria Pública terem aptidão para instaurar o procedimento de revisão minimiza essa questão. O mesmo se aplica ao IAC no qual não existe óbice para que os legitimados instaurem o processo de revisão.

Verificamos aqui que o sistema é extremamente rígido em termos de instauração do procedimento de revisão. Esse fato pode acabar tornando a jurisprudência do tribunal praticamente imutável. Tal fato pode criar um descolamento entre a jurisprudência do tribunal e as mudanças na sociedade e no ordenamento jurídico.

Em função dessa rigidez, havendo alteração no ordenamento jurídico, na sociedade ou em ambos e não se verificando alteração nessas orientações no sentido de acompanharem essas mudanças, ocorrerá violação ao *caput* do art.926 do CPC. Vislumbramos ainda violação ao art.5º, XXXV, da CF dado que as alterações na sociedade e no ordenamento não refletidas na jurisprudência do tribunal podem ensejar violação ao direito do jurisdicionado e que dessa forma não serão tutelados pelo judiciário. Da mesma forma, havendo alteração do ordenamento jurídico pode haver violação ao art.5º, II, da CF. Isso se dá pois o juiz deve julgar tendo por base o ordenamento, que abarca a Constituição. Se a orientação não estiver em consonância com ordenamento o juiz não será obrigado a utilizá-la no julgamento.

Nessa situação, entendemos aplicável a superação da orientação estagnada, imutável, de forma difusa. Não se trata de processo de revisão, mas de superação do entendimento em um caso concreto por se verificar violação à Constituição.

4.7 A revisão de orientação pelo tribunal de hierarquia superior

A revisão de orientação pelo STF e STJ ocorre quando estes firmam orientação que conflita com a orientação firmada pelos tribunais regionais federais e tribunais de justiça dos estados.

Como observamos ao analisar o recurso extraordinário e o recurso especial, estes são recursos que tem por escopo zelar pela uniformização da aplicação, respectivamente, da Constituição Federal e da Legislação Federal. Suas decisões servem de paradigmas para os demais tribunais. A jurisprudência do STF e do STJ, bem como seus enunciados de súmula funcionam como orientação para que os demais tribunais decidam casos concretos. Trata-se de raciocínio intuitivo dada a função e a hierarquia desses tribunais.

Surge a questão de se saber como se dá a revisão de tese do IRDR e do IAC por tribunal superior. Não existe previsão a respeito do CPC. Tomando por base o critério hierárquico, uma vez que o tribunal superior defina uma orientação, esta deverá ser seguida pelos tribunais e juízes a ele subordinados.

O § 4º do art.976 reforça esse posicionamento dado que estabelece que a afetação de tese por tribunal superior consiste em óbice para a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas. O §§ 3º e 4º do art.982 traz outro elemento a ser considerado em nosso raciocínio. Trata-se da possibilidade do pedido de suspensão dos processos, que veiculem a mesma questão objeto do incidente instaurado, em todo o território nacional. Esse pedido será requerido ao tribunal competente, no caso o STF ou o STJ a depender da matéria discutida.

Outro elemento a ser considerado é o recurso, especial ou extraordinário conforme a natureza da questão discutida, previsto no art.987. O recurso terá efeito suspensivo (§1º) e uma vez que seu mérito seja apreciado, a tese jurídica será aplicada em todo o território nacional a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito. Por se tratar de recurso é possível que a tese definida no tribunal *a quo* seja mantida ou modificada.

A análise dos dispositivos demonstra a existência de uma relação entre a orientação firmada por meio de IRDR e a orientação firmada pelos tribunais superiores por meio de recurso especial e extraordinário.

A afetação da questão por tribunal superior consiste em óbice para a instauração do IRDR. A instauração de IRDR em tribunais de justiça ou regionais federais, por outro lado, não consiste em óbice a afetação para o julgamento de recursos especial e extraordinário no regime de recursos repetitivos.

Dessa forma, a afetação (por iniciativa do tribunal superior), após a definição de tese por meio de IRDR, da tese jurídica por tribunal superior implicariam na suspensão dos processos em curso (art.1037,II), o que em nosso sentir implicaria na suspensão do procedimento decorrente de IRDR. Uma vez julgada a tese pelo tribunal superior o IRDR instaurado estaria prejudicado. Da mesma forma, havendo tese firmada em IRDR e posterior afetação e julgamento por tribunal superior da mesma questão, esta será aplicada em todo o território nacional. Isso implicaria na não aplicação da tese firmada em IRDR. O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral em função do regramento previsto no art.1030,I,a.

Não existe dispositivo normativo prevendo tal situação no procedimento para o julgamento de recursos repetitivos e, como demonstramos, na disciplina do IRDR, ocorre que é possível extrair de nosso ordenamento e mais precisamente da sistemática prevista no CPC os fundamentos para relacionar os meios de uniformização de jurisprudência decorrentes de órgãos que possuem hierarquias distintas.

Ao estudarmos os recursos especial e extraordinário verificamos que o STJ e o STF têm como função uniformizar o entendimento relativo a questões, respectivamente, relativas ao ordenamento federal e a constituição. Uma vez que esses tribunais definem uma orientação, seja ou não por meio de recursos repetitivos, esta deverá ser observada pelos demais juízes e tribunais. Os tribunais de todo o país devem adequar sua jurisprudência a nova orientação. No que diz respeito as teses jurídicas e enunciados de súmula, devem revê-los ou cancelá-los. O que acabamos de sustentar tem fundamento na vinculação empírica decorrente da função desses tribunais. Colocando de outra forma, independe de texto da Constituição ou de Lei determinando a adequação da jurisprudência.

Um outro fundamento para sustentar a adequação da jurisprudência, enunciados de súmula e teses jurídicas está no art.926 do CPC. Nele estão veiculados os deveres de uniformização, estabilidade, coerência e integridade que deverão ser observados pelos tribunais em relação a sua jurisprudência. O dever de integridade trata da adequação da jurisprudência a todo o ordenamento, o que inclui o entendimento firmado pelos tribunais superiores.

Ressaltamos que a tese por nós defendida se aplica às decisões dos tribunais superiores com efeito vinculante formal ou empírico. A tese se aplica ao recurso especial e

extraordinário, independentemente do regime utilizado para o julgamento da questão e aos enunciados de súmula vinculantes ou não. Da mesma forma se aplica ao IRDR e ao IAC, bem como aos enunciados de súmula dos tribunais regionais federais e de justiça dos estados.

A existência de orientações divergentes em tribunais localizados em níveis hierárquicos distintos cria situação de insegurança e contribui para que orientações distintas sejam utilizadas na tomada de decisão dos tribunais inferiores e pelos juízes singulares. Dessa forma a mesma questão pode ser decidida de mais de um modo violando o princípio da igualdade, da segurança jurídica e da proteção à confiança.

5 O CPC E OS OITO SISTEMAS IDEAIS TÍPICOS DE RELEVÂNCIA FORMAL

Retomamos aqui os oito sistemas ideais típicos de relevância formal propostos por Pierluigi Chiassoni. Ressaltamos que nesse sistema a vinculação é considerada tendo por base de duas a três prescrições a depender do sistema.

A primeira categoria de prescrições consiste na obrigação do magistrado de procurar e mencionar os precedentes relevantes na decisão. A segunda tem relação com a adoção do precedente como orientação para a tomada de decisão. A terceira espécie de prescrição tem relação com os sistemas de força vinculante forte e diz respeito a existência e a espécie de lista com exceções que permitem a não utilização do precedente como orientação para a decisão. Verificamos que as três espécies de prescrições tem relação com a fundamentação das decisões judiciais, sendo a primeira relativa a pesquisa e manifestação sobre os precedentes relevantes a serem utilizados, a segunda sobre a utilização na decisão e a terceira sobre exceções em que o precedente que deverá ser utilizado como orientação não será utilizado.

Outro ponto a ser considerado é o de que estamos lidando com sistemas ideais. Pode ser que o sistema instituído pelo CPC não se enquadre em nenhum desses sistemas. Ressaltamos ainda que pode ser necessário fazer alguns ajustes para o devido enquadramento em cada sistema. Tomaremos por base nossas conclusões relativas à fundamentação, aos meios de uniformização de jurisprudência e a revisão de orientação para fazer o enquadramento.

Constatamos que o sistema instituído pelo CPC não se enquadra no primeiro sistema ideal apresentado. Nos sistemas de relevância proibida (*prohibited- relevance systems*) o magistrado deve decidir sem considerar outras decisões judiciais e é vedada a publicidade das decisões. Os arts. 926 e 927 demonstram que o magistrado ou órgãos colegiados devem decidir levando em conta a jurisprudência uniformizada e a não uniformizada. Devem ao mesmo tempo zelar pela estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência. Isso não é possível num sistema em que é vedado ao magistrado decidir com base na jurisprudência. A publicidade prevista no § 5º do art. 927 e 979 do CPC evidencia o que acabamos de concluir. Ademais, o comando emanado dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC traz implícito que a utilização de jurisprudência (quando existir jurisprudência sobre o assunto) nas decisões judiciais é permitida, mais precisamente, obrigatória. Outro ponto que evidencia nossa conclusão é a que em nosso sistema os recursos são analisados e julgados com base na decisão recorrida. Tal fato pode ser observado pelas prescrições contidas no art. 1013 do CPC.

Nos sistemas de relevância discricionária o magistrado pode adotar qualquer posicionamento em relação aos meios de uniformização de jurisprudência. Pode, por exemplo, entender que são vinculantes ou não, ou entender que possui um grau mais elevado ou mais baixo de vinculação. Considerando que o art.926 veicula dever de estabilidade, integridade e coerência o magistrado não poderá adotar a posição que considerar adequada frente a esses meios. A título de exemplo, uma vez que a jurisprudência do tribunal esteja consolidada, e um enunciado de súmula seja elaborado, deverá seguir a orientação veiculada pelo enunciado em suas decisões. O mesmo se aplica a orientação firmadas por outros meios de vinculação empírica. Isso fica ainda mais claro quando analisamos os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal, dado que existem dispositivos na Constituição e no CPC que obrigam o magistrado a adotar orientações decorrentes desses meios de uniformização de jurisprudência em suas decisões, como por exemplo o art.103-A da CF e do art.1040 do CPC. Caso o magistrado deixe de utilizar a orientação de um meio de uniformização de jurisprudência com vinculação formal, a decisão poderá ser atacada por meio de recurso e da reclamação.

Um aspecto do sistema instituído pelo CPC merece atenção. Trata-se do dever que possui o magistrado de se manifestar sobre a orientação decorrente dos meios de uniformização de jurisprudência que tenham relação com a questão(ões) discutida(s) no processo, decorrente do *caput* do art.927 do CPC. Da mesma forma, os incisos V e VI do § 1º do art.489 do CPC tratam do dever do magistrado de decidir com base nas orientações aplicáveis ao caso. Esses dois dispositivos excluem os sistemas de relevância argumentativa muito fraca (*very-weak-argumentative-relevance system*) e os sistemas de relevância argumentativa fraca (*weak-argumentative-relevance system*) das possibilidades em que se pode enquadrar o sistema de vinculação instituído pelo CPC.

No primeiro sistema o magistrado age bem se procurar, mencionar e decidir com base no precedente. Temos aqui três faculdades. No segundo, o magistrado deve procurar e mencionar os precedentes relevantes mas não é obrigado a decidir com base neles. Temos aqui um dever e uma faculdade.

No que diz respeito aos meios de uniformização de jurisprudência com vinculação empírica⁵⁷⁵, nos parece que se enquadram no quarto tipo de sistema, isto é, sistemas de relevância argumentativa forte (*strong-argumentative-relevance system*). O magistrado deve se manifestar sobre as orientações existentes a respeito da questão a ele submetida. Essa característica está prevista no sistema instituído pelo CPC por meio do art.927. Da mesma

⁵⁷⁵ Caso dos enunciados de súmula, acórdãos proferidos por meio de embargos de divergência, recurso especial avulso e outros acórdãos que são utilizados como precedentes.

forma só poderá deixar de seguir a orientação que se aplica ao caso se demonstrar a distinção ou superação (inciso VI do § 1º do art.489 do CPC). Sem a demonstração de motivo que justifique a distinção ou a superação, a orientação deverá ser adotada. Os deveres de uniformização, estabilidade, coerência e integridade constantes no *caput* do art.926 do CPC são razões a serem consideradas na fundamentação da decisão para justificar a adoção ou não da orientação. Exige-se um ônus argumentativo muito forte para deixar de seguir a orientação. Caso a orientação não seja adotada na decisão sem a devida fundamentação, essa decisão se enquadrará na categoria de decisão não fundamentada e deverá ser reformada em sede recursal.

Não vislumbramos um sistema que abarque todos os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal.

Tomando por base que a possibilidade da distinção, da superação (não se aplica às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade) e de que não existe uma lista de situações previamente definidas que permite a realização da superação e da impossibilidade de revisão da orientação de forma difusa, os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal, com exceção das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, melhor se enquadram na quinta espécie de sistema, isto é, no sistema de força vinculante fraca (*weak-binding-force system*). Nesse sistema os magistrados devem procurar e mencionar os precedentes relevantes que se aplicam ao caso, devem decidir com base nesses precedentes mesmo que tenham boas razões para não fazê-lo. Podem deixar de aplicar o precedente se ele se enquadrar em uma lista cujo rol de exceções não é taxativo.

Os precedentes vinculantes com vinculação formal não se encaixam perfeitamente nessa classificação. Nesse sistema é vedado aos juízes a realização do *overruling*. Como já afirmamos temos posição de que em nosso sistema a revisão da orientação só pode ser realizada de forma concentrada. Dado que os juízes não podem fazer a revisão de orientação de forma difusa entendemos ser esse o sistema em que melhor se enquadram os precedentes formalmente vinculantes.

O enquadramento dessa espécie de meios de uniformização de jurisprudência nessa categoria não é perfeito. Pierluigi Chiassoni destaca que a força vinculante (*binding force*) se relaciona com a impossibilidade de realização do *overruling* sendo relacionada com a possibilidade de realização de *distinguishing*. Por outro lado, a força argumentativa

(*argumentative force*) tem relação com a possibilidade de se fazer o *overruling*.⁵⁷⁶ Dentre os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal, só no caso das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade em que é declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é que não é possível a revisão/alteração da orientação firmada no julgamento.

Isso nos levaria a incluir os meios de uniformização com vinculação formal na categoria de sistemas de relevância argumentativa forte (*strong-argumentative-relevance system*). Ocorre que incluir esses meios de uniformização nessa categoria implicaria em equipará-los aos meios de uniformização de jurisprudência com vinculação empírica. Os meios de uniformização com vinculação formal possuem comando decorrente da Lei ou da Constituição que, uma vez satisfeitas as condições para a aplicação, determinam que a orientação seja aplicada. Da mesma forma é cabível a reclamação quando não aplicada a orientação decorrente dessa espécie de meios de uniformização quando deveria ser utilizado na decisão (art.988,III, IV e § 5º, II). Some-se a isso que o processo de revisão de orientação é concentrado. Isso torna o processo de revisão muito mais complexo e difícil de se concretizar.

Outro ponto a ser considerado é a possibilidade da realização da superação, situação em que o precedente não será aplicado em função de uma razão forte, mas continuará vinculando, podendo ser aplicado a outros casos. Temos aqui um regime jurídico que reconhece exceções a não aplicação do precedente. Exceções que sendo observadas serão agrupadas em uma “lista que será preenchida à medida que novas situações de superação surgirem”.

Considerando que o magistrado deve se manifestar sobre as orientações decorrentes da questão a ele submetida (art.927 do CPC), de que se afastar da orientação deverá fazê-lo de forma fundamentada (inciso VI do §1º do art.489 do CPC) e que o processo de revisão deve ser realizado de forma concentrada. É mais difícil realizar o processo de revisão nos meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal dado que esse processo deve ser realizado de forma concentrada pelo órgão que estabeleceu a orientação ou órgãos de hierarquia superior. Esse fato não nos permite enquadrá-los na categoria dos sistemas de relevância argumentativa forte (*strong-argumentative-relevance system*).

Dado que não existe uma lista com rol taxativo disciplinando as situações em que ocorre a superação, verificamos uma aproximação à categoria dos sistemas de força vinculante

⁵⁷⁶CHIASSONI, .Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing,2009 Vol.III*. Stutgard: Franz Steiner Verlag. 2012.p.32

fraca (*weak-binding-force system*), nos quais existe um rol exemplificativo de exceções que permitem a não aplicação da orientação quando for o caso.

Tendo em vista que os sistemas apresentados por Pierluigi Chiassoni são sistemas ideais, o que não implica que se verifiquem na prática. Os meios de uniformização com vinculação formal, com exceção das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, se enquadrariam numa categoria intermediária entre os sistemas de relevância argumentativa forte (*strong-argumentative-relevance system*) e os dos sistemas de força vinculante fraca (*weak-binding-force system*). Nessa categoria seria permitido o *overruling*, que seria raro, difícil de ocorrer. A realização do *distinguishing* é permitida nesse sistema. A classificação da vinculação realizada pelo *Biefeld Kreis* possui essa categoria intermediária. Está na categoria 1.b do questionário apresentado no capítulo 2. Trata-se da vinculação formal (*formal bindingness*), com ou sem exceções, sujeita ao *overruling* e ao *modification*.

Considerando que essa categoria não existe na classificação proposta por Pierluigi Chiassoni, os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal, exceção feita às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, melhor se enquadram na categoria dos sistemas de força vinculante fraca (*weak-binding-force system*).

As decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, em que é declarada a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, não se enquadram nos sistemas de força vinculante fraca (*weak-binding-force systems*) por não admitirem a superação. Colocando de outra forma, não existem exceções à sua aplicação. Dessa forma, excluímos também os sistemas de força vinculante forte (*strong-binding-force systems*) por admitir exceções à aplicação da orientação constantes em um rol fechado. Mudanças ocorridas na sociedade e no ordenamento permitem que uma nova ação seja proposta e uma nova decisão seja proferida declarando a lei ou ato normativo antes declarado constitucional, inconstitucional. Nessa situação temos a possibilidade de revisão de orientação o que pode ser enquadrado na categoria do *overruling*. Dado que a alteração de orientação nesses casos não é algo frequente, deve ser realizada de forma concentrada e que não existe exceção quanto a aplicação da orientação, poderíamos enquadrar essa espécie de decisão do STF em uma categoria intermediária entre os sistemas de força vinculante forte (*strong-binding-force systems*) e os sistemas de força vinculante muito forte (*very-strong-binding-relevance systems*). Na classificação da vinculação realizada pelo *Biefeld Kreis* essa categoria seria a mesma em que enquadrámos os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal, exceção feita às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Está no item 1.b do

questionário apresentado no capítulo 2. Trata-se da vinculação formal (*formal bindingness*), com ou sem exceções, sujeita ao *overruling* e ao *modification*. No caso teríamos um sistema sem exceções.

Considerando que não existe essa categoria de decisão, ela melhor se enquadra no sistema de força vinculante muito forte (*very-strong-binding-relevance system*). Note-se que a inobservância da orientação na decisão da ensejo a impugnação por meio de recurso e reclamação (art.102,I,I da CF combinado com art.988,III do CPC), o que demonstra se tratar de um tipo de decisão com vinculação muito forte.

No que diz respeito às decisões em controle concentrado de constitucionalidade em que é declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, dada a impossibilidade de se alterar a orientação, se enquadram no sétimo sistema, isto é, nos sistemas de força vinculante muito forte (*very-strong-binding-relevance system*). Nesse sistema o magistrado deverá se manifestar sobre a orientação (art.927, *caput*), e deverá utilizá-la na decisão, não existindo exceções a utilização e mesmo que existam razões para não a utilizar. A inobservância da orientação na decisão da ensejo a impugnação por meio de recurso e reclamação (art.102,I,I da CF combinado com art.988,III do CPC).

Feitas essas observações verificamos que não é possível enquadrar perfeitamente o sistema de vinculação do CPC nos oito sistemas típicos ideais propostos por Pierluigi Chiassoni. O autor não considera uma categoria intermediária em que o *overruling* é extremamente difícil e raro e é possível a realização do *distinguishing*. Trata-se de sistema intermediário entre os sistemas de força vinculante e de força argumentativa. Da mesma forma não existe um sistema em que o *overruling* é de difícil realização e que não existe um rol com exceções à aplicação à orientação.

Feitas essas considerações verificamos a existência de quatro categorias de meios de uniformização tendo por base a fundamentação das decisões judiciais. Na primeira estão incluídos os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação empírica. Na segunda estão incluídos os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal, exceção feita às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Na terceira estão as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade em que a lei ou ato normativo é declarado constitucional e na quarta as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade em que a lei ou ato normativo é declarado inconstitucional.

A classificação proposta por Pierluigi Chiassoni tem caráter didático e nos permite refletir sobre como classificar as orientações decorrentes dos meios de uniformização de

jurisprudência em nosso sistema. Dessa forma verificamos que existem quatro espécies de orientações no que diz respeito à fundamentação das decisões judiciais.

A primeira espécie é a composta pelas orientações decorrentes dos meios de uniformização de jurisprudência com vinculação empírica. As orientações que se enquadram nessa categoria devem ser mencionadas na decisão judicial (art.927, *caput*) e utilizadas na tomada de decisão a não ser razões sejam apresentadas para não aplicar o precedente ou revisar a orientação (se o órgão judicial possuir competência para realizar a revisão) (incisos V e VI do §1º do art.489 do CPC). Caso a orientação não seja adotada na decisão sem a devida fundamentação, essa decisão se enquadrará na categoria de decisão não fundamentada e será reformada em sede recursal.

A segunda espécie é a composta pelas orientações decorrentes dos meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal, exceção feita às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. As orientações que se enquadram nessa categoria devem ser mencionadas na decisão judicial (art.927, *caput*) e utilizadas na tomada de decisão mesmo que se verifiquem razões para não utilizar a orientação na decisão. A orientação pode não ser aplicada se o caso sob análise se enquadrar em uma lista composta pelas hipóteses de superação da orientação. O rol dessa lista não é taxativo podendo ser complementado à medida que as situações se verificam no caso concreto (incisos V e VI do §1º do art.489 do CPC).

A não utilização da orientação na decisão sem a devida fundamentação a enquadra na categoria das decisões não fundamentadas. A decisão será reformada em recurso, podendo ser cassada por meio de reclamação. A revisão da orientação se dá de forma concentrada pelo mesmo órgão que editou a orientação ou por órgãos de hierarquia superior e é regida por procedimento definido.

A terceira espécie é a composta pelas orientações decorrentes das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade proferidas pelo STF em que a lei ou ato normativo é declarado constitucional. Essas decisões devem ser mencionadas na decisão judicial (art.927, *caput*) e utilizadas na tomada de decisão mesmo que se verifiquem razões para não utilizar a orientação na decisão (art.93,IX, da CF). A não aplicação da orientação dá ensejo à reclamação. Não está sujeita a superação. A revisão da orientação se dá de forma concentrada pelo STF e é regida por procedimento definido em lei.

A quarta espécie é a composta pelas orientações decorrentes das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade proferidas pelo STF em que a lei é declarada inconstitucional. Essas decisões devem ser mencionadas na decisão judicial (art.927, *caput*) e utilizadas na tomada de decisão mesmo que se verifiquem razões para não utilizar a orientação

na decisão (art.93,IX, da CF). A não aplicação da orientação dá ensejo à reclamação. Não estão sujeitas a superação e a revisão de orientação.

Nos quatro sistemas apresentados a utilização ou não da orientação deve se dar de forma fundamentada.

CONCLUSÃO

1. Três princípios norteiam a atividade do juiz: a obrigação de decidir, a independência e a vinculação à lei. Os princípios mencionados têm sua disciplina na Constituição Federal. A obrigação de decidir está positivada no art.5º, XXXV, da CF, na forma do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Verificamos que o direito de acessar o judiciário é condicionado. O processo em regra começa por iniciativa da parte, e se desenvolve por impulso oficial. O processo deve se desenvolver em prazo razoável que abarca a solução do mérito e a atividade satisfativa. Existem situações em que a ação deverá ser proposta diretamente no Poder Judiciário e outras em que pode ser proposta na esfera administrativa, sendo a última palavra sobre a questão do Poder Judiciário. Da mesma forma existe uma reserva de Arbitragem que permite que uma questão seja submetida a Arbitragem afastando a jurisdição estatal e que não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição. A utilização de meios alternativos de solução de conflitos não afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

2. A independência está regulada em mais de um artigo abarcando três aspectos da independência: o aspecto pessoal do juiz (art.95 da CF) que é garantida pela vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios; a independência do judiciário (arts. 93, 96 e 99 da CF) que abarca a autonomia financeira e administrativa do judiciário e a imparcialidade do juiz (parágrafo único do art.95 e incisos XXXVII e LIII do art.5º todos da CF) que tem conexão direta com sua pessoa. A imparcialidade abarca os impedimentos àquele que exerce o cargo de magistrado concretizados nas vedações para o exercício da profissão, as causas de impedimento e suspensão do juiz e a pré-constituição do juiz para julgar a causa.

3. A vinculação a Lei tem fundamento no princípio da legalidade (art.5º,II da CF). O termo Lei deve ser entendido como ordenamento abarcando a constituição, as leis em geral, as emendas à constituição, leis delegadas, medidas provisórias e tratados internacionais. A utilização de conceitos jurídicos indeterminados/vagos e de cláusulas gerais permite a adaptabilidade dos dispositivos legais a infinidade de situações que podem surgir. Os princípios também se caracterizam pela vaguidade e da mesma forma como as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados adquirem concretude quando aplicados no caso concreto.

4. A lei quando aplicada ao caso concreto pode ser interpretada de múltiplas formas. Isso torna possível a decisão de casos, em que a mesma questão é veiculada, de formas distintas. A uniformização de jurisprudência tem por fundamento que casos similares (iguais) tenham mesma solução. O art.926 do CPC veicula deveres que devem ser observados pelos tribunais. Consistem em manter a jurisprudência estável o que implica em evitar mudanças

abruptas; coerente que implica decidir com base nos casos passados e integra decidindo com base em todo o ordenamento. Uma das formas de se concretizar o dever de estabilidade é por meio da edição de enunciados de súmula, que deve ser editado com base nas circunstâncias fáticas dos precedentes utilizados para a elaboração do enunciado.

5. No CPC o precedente é um acórdão que tem sua orientação utilizada para a tomada de decisão em um caso futuro. A definição extraída do CPC não se enquadra na definição de precedente da Teoria Geral do Direito e muito menos da doutrina nacional analisada.

6. Constatamos que são duas as formas de vinculação existentes em nosso sistema: a vinculação empírica e a vinculação formal. A vinculação empírica decorre da prática dos tribunais e é guiada pelos deveres de uniformização, estabilidade, coerência e integridade constantes no *caput* do art.926 do CPC. A vinculação formal decorre de texto expresso da Constituição e da Lei.

7. Verificamos que os fundamentos determinantes de uma decisão são aqueles que determinaram a orientação adotada na decisão. Trata-se de conceito equivalente ao de *ratio decidendi* em nosso sistema. Podem ser extraídos da decisão judicial analisada e no caso dos enunciados de súmula dos precedentes que o originaram.

8. As decisões judiciais que serão utilizadas como paradigma para a decisão de casos futuros necessitam um debate amplo sobre todos os fundamentos suscitados favoráveis e contrários. Trata-se de regra do sistema que independe de texto constitucional e legal. O amplo debate permite a obtenção de fundamentos determinantes qualitativamente melhores.

9. O magistrado deve fundamentar o motivo da utilização ou não das orientações em sua decisão. A distinção e a superação são os únicos motivos que permitem ao magistrado não fazer uso de orientação na sua decisão. Para a distinção deve-se demonstrar que os casos não são iguais e dessa forma a orientação do caso anterior não pode ser aplicada ao caso a ser decidido. A superação consiste em uma exceção que permite a não aplicação da orientação. A orientação continua vinculando e será utilizada para decidir outros casos.

10. A publicidade das orientações é de extrema importância para o conhecimento e para a participação no processo de formação das orientações. A publicidade da instauração e do julgamento devem se dar de forma ampla, sendo que no mínimo devem se dar na rede mundial de computadores. A publicidade não se limita ao registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, bancos de dados dos tribunais e rede mundial de computadores, devendo ser a mais ampla o possível.

11. O comando ‘observarão’ constante no *caput* do art.927 se destina aos magistrados. O comando tem relação direta com os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência constates no *caput* do art.926 do CPC. O magistrado ao decidir deverá fazê-lo com base na jurisprudência, os enunciados de súmula, precedentes do tribunal a que estiver vinculado e aos dos tribunais superiores. Da mesma forma deve observar as decisões do STF em controle de constitucionalidade. Deverá se manifestar sobre todas as orientações existentes a respeito do tema e fundamentar a adoção ou não para a decisão. Trata-se de dispositivo que deve ser aplicado em conjunto com os incisos V e IV do §1º do art.489 do CPC e art.93, IX, da CF criando uma trava argumentativa. Não se vislumbra a violação ao dever do magistrado de decidir com base unicamente na lei. O magistrado decidirá com base na lei considerando as orientações existentes sobre o tema na jurisprudência e as decorrentes dos meios de uniformização de jurisprudência.

12. A uniformização de jurisprudência pode se dar por identidade absoluta ou essencial. Na identidade absoluta os fatos subjacentes dos casos são iguais. A igualdade deve ser entendida em relação aos aspectos fáticos eleitos pelo legislador. Na identidade essencial os fatos subjacentes dos casos não são iguais, o que faz com que a uniformização ocorra caso a caso.

13. Os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal existentes em nosso sistema são: as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, a súmula vinculante, o IAC, o IRDR, o recurso extraordinário julgado no regime de repercussão geral e os recursos especial e extraordinário julgados no regime de recursos repetitivos. Em todas essas modalidades de meios de uniformização de jurisprudência verificamos um procedimento específico, um comando constitucional ou legal que preceitua que a orientação firmada por meio deles é vinculante, o cabimento da reclamação, hipóteses de cabimento específicas e o contraditório ampliado.

14. As audiências públicas, a intervenção do *amicus curiae* e a intervenção daqueles que possuem processos suspensos consistem nos meios de ampliação do contraditório previstos no CPC.

15. Os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação empírica existentes em nosso sistema são os enunciados de súmula dos tribunais e os precedentes, isto é, acórdãos que tem sua orientação utilizada para a decisão de outros casos. Os acórdãos decorrentes de embargos de divergência e recurso especial são fortes candidatos a se tornarem precedentes. As orientações dessa espécie de meios de uniformização de jurisprudência são utilizadas para a decisão por serem reconhecidas como direito. Os deveres de uniformização,

estabilidade, coerência e integridade constantes do *caput* do art.926 norteiam a vinculação empírica no CPC.

16. O direito positivo, ao contrário do direito natural, é mutável. A utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados permitem a aplicação do texto a uma grande amplitude de situações. Da mesma forma permitem a adaptação do direito às mudanças que ocorrem na sociedade. Uma outra forma de alteração do direito se dá por meio da interpretação. A estabilidade da jurisprudência não pode impedir que a jurisprudência se altere. A jurisprudência estável deve ser íntegra e coerente. Esses são os atributos que devem ser observados na jurisprudência de um tribunal. São esses atributos que disciplinam como se dará a alteração da jurisprudência.

17. As decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade em que a lei é declarada inconstitucional não vinculam o Poder Legislativo. Essa vinculação impediria que o direito mude. Uma lei que em determinado contexto histórico é inconstitucional, em outro pode vir a ser constitucional, em função de mudanças na sociedade e no ordenamento. Da mesma forma não pode o STF ficar vinculado às suas decisões em que uma lei é declarada constitucional em controle concentrado de constitucionalidade. Mudanças na sociedade e no ordenamento podem fazer com que a lei se torne inconstitucional. Admitir essa vinculação impedirá que a lei seja declarada inconstitucional o que ensejará violação ao princípio pelo qual o juiz está vinculado à lei (art.5º, II, da CF), que como vimos abarca a Constituição, e a inafastabilidade da jurisdição (art.5º, XXXV, da CF) dado que a lei não poderá ser declarada inconstitucional em controle difuso o que ensejará a lesão de direito do jurisdicionado. Em ambas as situações temos uma estabilidade extrema do direito.

18. A extensão da vinculação aos motivos determinantes da decisão cria situação em que não se pode controlar o que foi declarado inconstitucional pelo STF. O termo “motivos determinantes” é o equivalente dos fundamentos determinantes nas decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. A causa de pedir aberta torna ilimitado o alcance da declaração de inconstitucionalidade. Outro ponto a ser destacado é a utilização do sistema *seriatim* de decisão no qual cada ministro profere seu voto com seus próprios motivos o que dificulta a obtenção dos motivos determinantes da decisão.

19. As decisões do STF em que uma lei é declarada constitucional em controle concentrado impedem que os magistrados façam o controle difuso de constitucionalidade quando a lei se torna inconstitucional, por mudanças ocorridas na sociedade e no ordenamento ou quando a lei se apresente inconstitucional num caso concreto. Criam-se duas categorias de leis constitucionais: as leis com declaração de constitucionalidade em controle concentrado de

constitucionalidade pelo STF e as leis sem essa declaração. É preferível a utilização da arguição de nulidade sem redução de texto ante interpretação conforme a constituição. Na primeira a interpretação considerada inconstitucional é atingida não alcançando as demais interpretações possíveis da lei. Na segunda uma interpretação é declarada conforme a constituição e as demais são atingidas, mesmo as que não foram previstas. A interpretação conforme a constituição acaba por apresentar os mesmos problemas decorrentes da declaração de constitucionalidade de lei em controle concentrado.

20. A previsão de requisitos para o processo de revisão de orientação (§§ 2º, 3º a 4º do art.927 do CPC) e da ocorrência de revisão relativamente ao IAC (947, § 3º) e ao IRDR (arts.985,II e art.986 do CPC) indicam que a estabilidade da jurisprudência não é eterna. Os deveres de coerência e integridade guiarão o processo de revisão da orientação. Esses deveres também criarão condições para que a revisão ocorra em função de mudanças no ordenamento. A revisão deve ser realizada pelo mesmo tribunal ou por tribunal de hierarquia superior e de forma concentrada.

21. A revisão pelo órgão que firmou a orientação deve ser realizada de forma concentrada. Pode ocorrer revisão por meio de outro meio de uniformização de jurisprudência no tribunal que firmou a orientação desde que satisfeitos os requisitos para o seu cabimento. A revisão da orientação por órgãos de hierarquia superior pode se dar de forma expressa ou tácita. O magistrado não pode deixar de aplicar a orientação firmada por meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal. Se for legitimado poderá instaurar o procedimento de revisão.

22. Os preceitos relativos ao processo de revisão no art.927 CPC referem-se aos casos repetitivos (§§ 2º, 3º e 4º do art.927 do CPC), enunciado de súmula (§§ 2º e 4º do art.927 do CPC) e jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores (§§ , 3º do art.927 do CPC). Considerando que os enunciados de súmula retratam a jurisprudência dominante do tribunal, é possível fazer uso dos preceitos relativos à jurisprudência para os enunciados de súmula e vice-versa.

23. No processo de revisão podem ser admitidos terceiros (*amicus curiae*) e os interessados no processo de revisão, isto é, aqueles que tiverem seus processos sobrestados. Também é cabível a realização de audiências públicas. É possível modular os efeitos da decisão que pode se dar de forma temporal, espacial ou outra forma. É necessária a fundamentação específica considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

24. O regime jurídico da modulação de efeitos nas decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante é o disciplinado nas leis que regem cada instituto.

25. A revisão de orientação firmada em jurisprudência dominante do tribunal pode se dar por meio do pleno do tribunal ou por meio da elaboração de um enunciado de súmula com a nova orientação. A nova orientação deverá ser adotada pelos magistrados do tribunal. A observância dos §§ 2º a 4º do art.927 do CPC pode contribuir para que a orientação seja adotada pelos magistrados do tribunal. Pode haver revisão de orientação firmada em precedente com vinculação empírica por meio de precedente com vinculação formal.

26. A revisão de orientações não deve ser realizada por meio de interpretação. Deve ser instaurado o procedimento específico para a realização da revisão.

27. Os dispositivos do CPC que estabelecem padrões decisórios com referência a orientações firmadas por meios de uniformização de jurisprudência acabam por criar entraves ao processo de revisão.

28. Se a jurisprudência do tribunal assumir um grau de rigidez elevado. E se esse grau de rigidez se tornar um entrave para a realização da revisão de orientações a ponto de haver descolamento entre a evolução da sociedade e da jurisprudência de um tribunal, haverá violação ao art.5º, XXXV, da CF pois não será possível tutelar a lesão ou ameaça de direito do jurisdicionado e violação ao art.5º,II, da CF dado que a legalidade abarca também a constitucionalidade. Nessa situação pode ser realizada a superação da orientação estagnada, imutável, por se verificar violação à Constituição.

29. Uma vez que o tribunal superior altere sua orientação a respeito de determinada questão, os tribunais de justiça e regionais federais devem adequar as suas à do tribunal superior.

30. São quatro os sistemas de vinculação considerados em relação á fundamentação da decisão judicial. No primeiro estão os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação empírica. As orientações decorrentes desses meios de uniformização de jurisprudência devem ser mencionados na decisão judicial(art.927, *caput*) e utilizadas na decisão a menos que se apresente motivo para a não utilização(incisos V e VI do §1º do art.489 do CPC). A não utilização da orientação sem a devida fundamentação autoriza a reforma da decisão em sede recursal. Nessa situação a decisão será considerada não fundamentada.

31. No segundo sistema estão os meios de uniformização de jurisprudência com vinculação formal, exceção feita às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. As orientações decorrentes desses meios devem ser mencionadas a

utilizadas na decisão (art.927, *caput*). A orientação pode não ser aplicada se o caso sob análise se enquadrar em uma lista composta pelas hipóteses de superação da orientação, com rol exemplificativo (incisos V e VI do §1º do art.489 do CPC). A não utilização da orientação na decisão sem a devida fundamentação a enquadra na categoria das decisões não fundamentadas. A decisão será reformada em recurso, podendo ser cassada por meio de reclamação. A revisão da orientação se dá de forma concentrada pelo mesmo órgão que editou a orientação ou por órgãos de hierarquia superior e é regida por procedimento definido.

32. A terceira espécie é a composta pelas orientações decorrentes das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade proferidas pelo STF em que a lei ou ato normativo é declarado constitucional. Essas decisões devem ser mencionadas na decisão judicial (art.927, *caput*) e utilizadas na tomada de decisão mesmo que se verifiquem razões para não utilizar a orientação na decisão (art.93,IX, da CF). A não aplicação da orientação dá ensejo a impugnação por meio de recurso e reclamação. Não está sujeita a superação. A revisão da orientação se dá de forma concentrada pelo STF e é regida por procedimento definido em lei.

33. A quarta espécie é a composta pelas orientações decorrentes das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade proferidas pelo STF em que a lei é declarada inconstitucional. Essas decisões devem ser mencionadas na decisão judicial (art.927, *caput*) e utilizadas na tomada de decisão mesmo que se verifiquem razões para não utilizar a orientação na decisão (art.93,IX, da CF). A não aplicação da orientação dá ensejo a impugnação por meio de recurso e reclamação. Não estão sujeitas a superação e a revisão de orientação.

Atingimos nosso objetivo. Verificamos a existência de quatro níveis de vinculação relativamente à fundamentação das decisões judiciais e de dois tipos de vinculação.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª Ed (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: RT, 2019.
- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme; ZIESEMER SCHMITZ, Leonard. *Como Trabalhar – E como não Trabalhar – com súmulas no Brasil: um acerto de paradigmas*. in: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito Jurisprudencial V.II*. São Paulo: RT, 2014.
- ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcus de Araújo. *O Sistema Decisório Brasileiro em Risco*. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; GONZAGA JAYME, Fernando. *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2017.
- ARAÚJO CAVALCANTI, Marcus. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: RT, 2016.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª Ed São Paulo: RT, 2016.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Precedentes e evolução do direito*. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel; SCHMITZ, Leonard. *Ementa.Função Indexadora.(Ab)uso mecanizado. Problema Hermenêutico* in: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; GONZAGA JAIME, Fernando. *A Nova Aplicação da jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2017.
- ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. *Recursos Repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi*. *Revista de Processo*. Out, 2019. vol. 296. p. 183-204.
- ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial. Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2019.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8ª Ed. São Paulo: RT, 2016.
- ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. V.I 2ª Ed . São Paulo: RT, 2016.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHAL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S; GOODHART, Arthur L.. (coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routledge, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Regras da Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados*. In. *Temas de Direito Processual Civil-2ª Série*. São Paulo:Saraiva.1988.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*.6ª Ed. São Paulo: Saraiva.2012.

CAHALI , Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5ª Ed. (revista e atualizada de acordo com a Lei 13.129/2015 – Reforma da Lei de Arbitragem - , com a Lei 13.140/2015 – Marco Legal da Mediação e com o Novo CPC)*. São Paulo: RT.2015.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os Padrões Decisórios à Sério*. Rio de Janeiro: Forense.2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Atlas.2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*.2ª ed. São Paulo: Atlas.2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Súmula da Jurisprudência Dominante, Superação e Modulação de Efeitos no Novo Código De Processo Civil*. In NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; GONZAGA JAYME, Fernando. *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: RT.2017.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas Sobre y Lenguaje*.5ª Ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot.2001

CHIASSONI, Pierluigi *The Philosophy of Precedent*. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos. (coords.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the international Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing,2009 Vol.III. Stutgard: Franz Steiner Verlag. 2012.

CRAMER, Ronaldo. *A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC*. in: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; GONZAGA JAIME, Fernando. *A Nova Aplicação da jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2017.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense,2016

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4a Ed. Oxford: Claredon Press,2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao art. 926*. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIDIER JR., Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória V.II.12ª ed*. Salvador: Juspodium,2017.

DUXBURY. Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge, 2008.

ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídica*.10.Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENTERRIA, Eduardo García de.; FERNÁNDEZ; Tomás – Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Vol.I. 16ª Ed. São Paulo: RT,2015.

FERREIRA MENDES, Gilmar ; STRECK, Lenio Luis. *Comentário ao art.95 IN:GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva:Almedina,2018.

FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*.14ª Ed. São Paulo: Saraiva,2019.

FERREIRA MENDES, Gilmar; RUFINO DO VALE, André. *Comentário ao inciso II do art.5º IN:GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina,2018..

FERREIRA MENDES. Gilmar. *O apelo ao legislador : apellentscheidung : na prática da Corte Constitucional Federal Alemã*. Revista de informação legislativa : v. 29, n. 114 (abr./jun. 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175956/000464726.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (acesso em 22.06.2020).

FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. *Súmulas e Precedentes Qualificados: técnicas de uniformização e aplicação*. São Paulo: Saraiva,2019.

GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva/Almedina,2018.

GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed.Coimbra: Almedina,2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (Tradução João Baptista Machado). São Paulo: WMF Martins Fontes,2012.

LUHMANN, Niklas. *A Sociological Theory of Law*.2ª Ed. Nova Iorque: Routlege,2015.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Nova Iorque:Oxford,2008.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S; GOODHART, Arthur L..(coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routlege, 2016.

MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros,2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª Ed. São Paulo: RT.2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*.2ª Ed. São Paulo:Saravia,2018.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*.11ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª Ed. São Paulo: RT,2018.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada*. 7ª Ed. São Paulo: RT,2019.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Leis Constitucionais: comentadas e anotadas*. São Paulo: RT,2019.

NUNES LEAL, Victor. *Passado e Futuro da Súmula do STF*. Revista de Direito Administrativo,1981.

NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; GONZAGA JAIME, Fernando. *A Nova Aplicação da jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: RT,2017.

PECZENICK, Aleksander, *The Binding Force of Precedent*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S; GOODHART, Arthur L.. (coords.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Nova Iorque: Routledge, 2016..

PERRONE CAMPOS MELLO , Patrícia; CUNHA, Leonardo. *Transformações do recurso extraordinário e impactos sobre o processo colegiado de decisão do Supremo Tribunal Federal: o que mudou? O que precisa mudar?* In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. (coordenadores). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*.nº14. São Paulo: RT,2018

PERRONE DOS SANTOS, Patrícia. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporânea*. Rio de Janeiro: renovar,2008.

PERRONE DOS SANTOS, Patrícia; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma Nova Lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2016-out-28/artigo-barroso-explica-precedentes-cpc-muda-direito>. Acesso em:24.02.2020.

RAMOS TAVARES, André. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*.3ª Ed. São Paulo: Método,2009.

RAZ, Joseph. *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press.2002.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law*.2a. Ed. Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SAMPAIO FERRAZ JR., Tercio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas,2017.

SCARPINELLA BUENO, Cassio (coordenador). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol.4. São Paulo: Saraiva,2017.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum, Processos nos Tribunais e Recursos*. São Paulo: Saraiva,2019.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*.5ª Ed. São Paulo: Saraiva,2019

SCHILLING FERRAZ, Taís. *O Precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHILLING FERRAZ, Taís. *Ratio decidendi X Tese Jurídica: A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro*. Revista de Processo. Mar, 2017. vol. 265.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª Ed. (revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014). São Paulo: Malheiros, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Comentário ao art. 103-A IN: GOMES CANOTILHO, JJ; FERREIRA MENDES, Gilmar; WOLFGNAG SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. 2ª Ed. Salvador: Juspodium, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017

SUMMERS, R.S.; ATIYA, P.S. *Form and Function in Anglo-American Law: A comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Clarendon Press: Oxford, 1987.

TARRUFO, Michele. *El Precedente en Italia In: TARRUFO, Michele. Páginas sobre Justicia*. Civil. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TARRUFO, Michele. *Precedente y Jurisprudencia in: TARRUFO, Michele. Páginas sobre Justicia Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 1ª Ed. Salvador: Juspodium, 2016.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

THE SUPREME COURT - *Appellate Committee of The House of Lords*. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/about/appellate-committee.html>

ZANETTI JR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 4ª Ed. Salvador: Juspodium, 2019.

ZUFELATO, Camilo. *Comentário ao art. 947 IN: SCARPINELLA BUENO, Cassio (coordenador). Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2017.