

O EMPODERAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PARA CRIAR NORMAS ABSTRATAS NO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES: NECESSÁRIA REFORMA DO CPC/2015 OU PROPENSÃO À INCONSTITUCIONALIDADE?

Mariana Dionísio de Andrade¹
Dâmaris Lívia Pinheiro Damasceno²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo responder ao seguinte problema: o empoderamento dos Tribunais para criar normas abstratas no sistema de precedentes vinculantes é uma reforma necessária do Código de Processo Civil de 2015 ou possui propensão à inconstitucionalidade? Diante disso, busca-se entender a extensão da aplicação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, assim como o efeito vinculante das súmulas emitidas pelo Supremo Tribunal Federal. Para tal, aplicou-se como método a análise qualitativa com suporte nos dados disponibilizados pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça entre 2013 e 2018 a fim de melhor compreender as alterações causadas pelo reconhecimento normativo dos precedentes. Por fim, concluiu-se pelo bom dinamismo incorporado pelos precedentes, entretanto, observou-se a inconstitucionalidade das súmulas que possuem efeitos vinculantes, de modo que, a criação destas como normas abstratas que são fontes do direito constituem inconstitucionalidade. Atesta-se ainda que os riscos são mitigados devido ao pouco uso por parte do STF e pela força da tradição romano-germânica.

Palavras-chave: Precedentes. Súmulas Vinculantes. Tribunais Superiores. Inconstitucionalidade. Normas Abstratas.

INTRODUÇÃO

Após quatro anos da promulgação do Código de Processo Civil, muitos debates ainda se voltam para a questão dos precedentes e sua vinculação. Dentre eles, a constitucionalidade do instituto, separação de poderes, a coerência e respeito à Tradição Romano Germânica – assim como tendente inserção da Common Law –, celeridade processual, devido processo legal e decisões conformes.

De modo que o presente artigo se propõe a compreender as diversas questões supracitadas, haja vista o grande papel exercido atualmente pelos Tribunais que, mediante uso dos instrumentos jurisprudenciais, guia os entendimentos em primeira instância. Sendo assim, é de suma importância,

¹Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE (Bolsista CAPES). Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Professora da Disciplina Direito Processual Civil nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil. Pesquisadora do *Multidoor Courthouse System*. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Advogada. Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Brasil. E-mail: mariana.dionisio@gmail.com

² Pesquisadora do Projeto Processo Civil e Proteção da Pessoa nas Relações Privadas - PROCIP/Cnpq/UNIFOR, vinculado ao Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Brasil. E-mail: damarislivia@edu.unifor.br

compreender se o exercício desse instituto é pautado em inconstitucionalidade ou se é, de fato, uma reforma necessária à conjuntura processual atual.

Apesar recém-chegado no Código de Processo Civil, o instrumento em si não é novo e já era possível de ser encontrado mecanismos semelhantes em outros regulamentos brasileiros, a exemplo das *Súmulas de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal* (BRASIL, 1963), prevista no Regimento Interno, à época, do Supremo Tribunal Federal.

A grande mudança porém, objeto de estudo do presente artigo, veio apenas em 2004, por meio da Emenda Constitucional 45/04, a qual instituiu no Brasil as Súmulas Vinculantes que uma vez emitidas, passariam a obrigar todos os tribunais de instâncias inferiores a julgar no mesmo viés interpretativo, ou seja, agindo como precedente, característica intrínseca dos países provenientes da *common law*. E então, em 2015, com a promulgação do novo Código de Processo Civil, ocorreu a consolidação no ordenamento.

De pronto observa-se o anseio pela diminuição da divergência entre julgados, suscitando assim posições contrastantes de diversos autores, sendo alguns defensores da ideia de que o magistrado – apesar de possuir como essência do ofício, a imparcialidade - este possui total e legítima liberdade para interpretar os textos legais. Por outro lado, há aqueles que argumentam na perspectiva que o instituto em questão reduz a possível arbitrariedade do magistrado trazendo assim, uma dimensão democrática ao Direito exercido pelos Tribunais. Dentre os diversos argumentos apresentados para a defesa do efeito vinculante das súmulas, pode-se apontar que este finalmente seria a solução para o grande problema dos países provenientes da *civil law*, qual seja, a insegurança jurídica causada pela possibilidade de decisões opostas sobre um mesmo assunto - haja vista a possibilidade de interpretação da pessoa do juiz.

Além disso, poderia ser alcançada ainda, a tão almejada celeridade processual – reconhecida inclusive, como direito fundamental no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal, e no âmbito de norma fundamental no artigo 4º do CPC - pois ao ter um viés de concordância já disposto pelos tribunais superiores, diminuiria assim, o tempo de julgamento e a necessidade de constante recursos sobre o mesmo mérito.

Por outro lado, o instituto das súmulas vinculantes pode ser considerado uma afronta direta à Separação de Poderes, uma vez que ao possuir a competência de estabelecer texto com força normativa, invade o espaço de atividade típica do Legislativo, qual seja, legislar, ocorrendo assim, o que fora previsto por Montesquieu ao afirmar que quando o Juiz se torna o Legislador, este passa a possuir poder arbitrário sobre os cidadãos.

Neste espectro, Lenio Streck mostra-se favorável em sua tese ao afirmar que as súmulas quebrariam o processo jurisdição-legislação – em âmbito majoritário, encontra-se autores como Filippo que se posiciona a favor das súmulas, vez que apenas seriam meios de fechamento interpretativo do sistema jurídico.

A fim de melhor discorrer sobre as questões já supracitadas, o trabalho em questão buscará em seu primeiro capítulo compreender a atual configuração dos Tribunais Superiores, suas competências e seu papel no esquema judiciário brasileiro, além de uma análise da evolução dos precedentes na busca pelo devido processo legal, assim como institutos de suma importância que compõem o bom funcionamento do sistema jurídico, como *distinguishing*, *overruling* e *overriding*. De modo que assim, poder-se-á compreender a atual dinâmica das súmulas vinculantes na conjuntura brasileira.

Por conseguinte, o segundo capítulo propõe-se a levantar a questão da possibilidade de empoderamento do Judiciário, dada sua hipertrofia, uma vez que este antes detinha apenas o dever de julgar como atividade típica, conforme as normas criadas através da atividade legiferante do Legislativo. Entretanto, a inserção de institutos que possibilitam que o próprio Judiciário traga a orientação de julgamento, levanta o receio de que este exorbite sua esfera e transgrida o âmbito de outros poderes.

Por fim, após o discorrido nos capítulos mencionados, o terceiro e último tópico visa responder a questão central proposta a respeito da (in)constitucionalidade dos precedentes vinculantes, ademais, traz uma análise quantitativa mediante uso de gráficos, a fim de demonstrar a atual dinâmica de precedentes no Judiciário brasileiro mediante a emissão destas pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Visando responder as questões apresentadas, a metodologia aplicada no trabalho em questão foi qualitativa por meio de análise bibliográfica de diversos jurisprudências da área constitucional e processual, de modo que se obteve estudos de diversos espectros do tema. Ademais, aplicou-se também metodologia quantitativa embasada nos documentos dispostos no *site* do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a partir do ano de 2013 ao atual ano de 2018 - ou seja, antes e após o novo Código de Processo Civil, a fim de melhor compreender as alterações.

Para obtenção dos dados apresentados, utilizou-se os documentos públicos dispostos na área de Jurisprudência de cada um dos Tribunais supracitados, os quais contém o conteúdo de todas as súmulas já emitidas, assim como seu ano de emissão – salientando-se que no âmbito do STF,

restringiu-se às Súmulas Vinculantes, visto que a última súmula não vinculante promulgada remete ao ano de 2013.

Posteriormente, foi contabilizado a quantidade de súmulas emitidas por ano, a partir de 2013 – dois anos antes da promulgação do novo CPC que já se encontrava em processo de elaboração – a fim de averiguar o padrão de comportamento dos Tribunais e verificar se houve um aumento do uso deste tipo de precedente após sua positivação. Pela mesma razão, estendeu-se a data de análise das súmulas até 2018, com o escopo de possuir uma visão panorâmica através do tempo.

Uma vez com tais documentos, realizou-se uma contagem de quantas súmulas foram emitidas por ano e após contabilizado, os números obtidos foram dispostos em planilhas do Excel Office 2019. Ademais, o mesmo programa foi usado para tratamento dos dados e disposição destes em gráficos que possibilitem uma melhor leitura dos picos e baixos das súmulas ao decorrer do tempo. Por fim, os mesmos gráficos foram transportados para o trabalho, possibilitando, tanto uma análise teórica dos conteúdos aqui abordados, como também, empírica.

Dado o exposto, é indubitável a relevância do tema em questão, tendo em vista que se trata de um tema que influi diretamente em toda a população brasileira. Diariamente, o Judiciário tem sido procurado a fim de solucionar conflitos, de acordo com o Justiça em Números, realizado e disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça, fala-se de 19.787.004 (dezenove milhões, setecentos e oitenta e sete mil e quatro) milhões de processos que adentraram para análise do Judiciário em 2016, ou seja, quase vinte milhões de demandas.

Como então falar da legitimidade da solução de tais tribunais se estes estiverem sendo guiados por meios supostamente arbitrários – como afirma parte da doutrina, a exemplo de João Brant e Tereza Thibau – e inconstitucionais? Poder-se-á falar de resolução de mérito efetiva e eficiente, como almejam os princípios processuais, diante de um sistema guiado por uma possível ilegalidade?

Responder tais dúvidas e compreender a coerência das mesmas é de suma importância, uma vez que não se fala de meras questões teóricas que permanecerão em livros, mas de fatos, histórias e vidas, que podem ser diretamente impactadas pelo funcionamento do poder e seus instrumentos, órgão este que se propõe como o meio de resolução de seus conflitos.

1. O PAPEL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A NOVA DINÂMICA DOS PRECEDENTES VINCULANTES

A atual estrutura do Poder Judiciário brasileiro conta com quatro órgãos, previstos constitucionalmente, como tribunais superiores, quais sejam: Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral. Ademais, encontra-se como órgão de cúpula, responsável pelas questões mérito constitucionais, o Supremo Tribunal Federal.

O STJ, portanto, é o órgão de aplicação do direito federal e responsável pela proteção do princípio da incolumidade do Direito Objetivo (BULOS, 2015, p.1356) ao analisar em esfera recursal os processos provenientes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, e processos de competência originária, todos pertencentes à Justiça Comum, assim como as infrações de leis infraconstitucionais.

Na esfera da Justiça Especializada, aplicando o direito juntamente com suas legislações especiais e os princípios de hierarquia e disciplina, tem-se o Superior Tribunal Militar, formado por dez militares e cinco civis, o qual possui competência para julgar processos oriundos de recurso em primeira instância, assim como julgar, com base no Direito Militar e nos princípios de hierarquia e disciplina, originariamente oficiais-generais e decretar a perda de posto e patente destes.

Além destes, zelando pela uniformização da jurisprudência, analisando ações em grau recursal e solucionando conflitos de competência trabalhista de nível nacional, encontra-se o Tribunal Superior do Trabalho. Ainda compondo o quadro das cortes superiores, o Tribunal Superior Eleitoral, responsável por garantir a idoneidade de todo o processo eleitoral de acordo com o Código de Processo Eleitoral e julgar casos em grau de recurso, seja de natureza jurídica ou administrativa.

E por fim, no papel de Corte Suprema do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, que como já disposto no próprio artigo 102 da Constituição Federal de 1988, possui a incumbência de guardar a Constituição ao fiscalizar a constitucionalidade de leis e atos normativos, assim como em esfera recursal receber processos em que se houve infração direta à Constituição.

É indubitável neste caso, a evidência da influência Kelseniana que em seu Tribunal Constitucional trazia a ideia de uma Corte Suprema que agiria como Legislador Negativo ao proteger a Constituição (KELSEN, 2007, p. 249). Ademais, possui ainda como funções preponderantes (BULOS, 2015, p. 1310) zelar pelo mantimento do Estado Democrático de Direito, pela Separação de Poderes, as liberdades públicas e os direitos fundamentais da população em face dos poderes do Estado.

Além disso, o STF possui importante papel no Estado Democrático de Direito, qual seja, exercer postura contramajoritária que consiste em assegurar os direitos fundamentais das minorias com base na Constituição, de modo que o princípio majoritário proveniente do Legislativo não sufoque as camadas sociais que possuem deficiência de representatividade e que não puderam levar seus representantes ao Congresso Nacional.

Apesar das especificidades e particularidades de cada Tribunal Superior, um ponto comum pode ser atestado: a responsabilidade de uniformizar os entendimentos doutrinários em cada âmbito de sua competência, surgindo assim a importância dos precedentes – que uma vez sendo consolidados, mediante aplicação em todas as instâncias, cumpre seu objetivo.

Tal preocupação não é nova e remete ao sistema jurídico romano, em sua origem, com a Lei de Citas que vinculava o magistrado aos entendimentos dos jurisconsultos Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gaio, Modestino - e que inclusive, diante de divergências, prevaleceria o parecer dos estudiosos na ordem apresentada (MAGALHÃES, 1989, p. 9).

Por precedente, portanto, pode-se entender o instrumento através do qual pode-se assegurar certos valores ou princípios considerados essenciais pelo ordenamento jurídico e para a coerência da aplicação deste através da jurisprudência construída no julgamento de processos (TARUFFO, 2016, p. 2).

De modo que torna-se um meio de aplicação prática do devido processo legal, tendo em vista que devido a sua força persuasiva – inclusive, influenciada e positivada no parágrafo 2º do artigo 926 do Código de Processo Civil - consegue garantir maior segurança jurídica ao consolidar entendimentos e trazer previsibilidade de decisões, uma vez que se busca trazer um trâmite processual que realmente possa aplicar o disposto no artigo 5º da Constituição Brasileira: “*todos são iguais perante a lei.*”.

Além disso, os precedentes possuem a capacidade de finalmente alcançar a tão desejada celeridade processual ao conseguir reduzir os litígios semelhantes aplicando decisão de mesmo modo semelhantes. E não somente isto, influencia-se diretamente já em primeiras instâncias.

Salientando-se inclusive que, de acordo com o disposto no parágrafo 4º do artigo 927, do CPC/15, os tribunais deverão dar publicidade aos seus precedentes na rede mundial de computadores - ou seja, será de conhecimento público o provável rumo que o processo tomará, tanto dos magistrados de piso e de segunda instância, como das partes. Evitando assim constantes recursos que estanquem o Judiciário, pois desde o início do trâmite processual deverá ser observado os históricos de decisões, enunciados e precedentes.

Salienta-se ainda que estes são compostos da *ratio decidendi* ou *holding* – termo adotado no direito estadunidense – ou seja, são dotados de fundamentos jurídicos que possibilitarão a sustentação da decisão judicial em precedentes (BARBOSA, ANDREASSA JR, 2017, p. 865). É de suma importância evidenciar ainda, que a *ratio* não é formada na primeira decisão judicial que a instituir, mas sim, com esta decisão e as subsequentes decisões de juízes que decidirem aplicar o mesmo *holding* (ROMÃO, PINTO, 2015, p. 48).

De pronto então, deve-se distinguir o instituto de *obiter dictum*, vez que este também consiste em argumentos, todavia, são considerações periféricas e desnecessárias à resolução do caso concreto (ROMÃO, PINTO, 2015, p. 52) que mediante uma aplicação errônea por parte do magistrado em uma decisão pode gerar resultado diferente daquele proposto e desejado por parte da criação do precedente.

Diante do que já fora exposto, é de grande relevância ainda, compreender o papel dos precedentes diante de possível falta de padrão das resoluções de litígios nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que os padrões decisórios destes servem de orientação para tribunais e juízes de primeira instância.

Em virtude disso, o próprio código processual prevê no art. 489, §1º, VI que, mediante sentença que deixa de seguir jurisprudência e precedente avocada pela parte, não justificando a razão pela qual o fez, esta poderá ser considerada uma sentença que não atendeu os requisitos de fundamentação necessários.

Visando uma melhor aplicação, faz-se necessário assimilar a diferenciação existente entre jurisprudência e precedente, enquanto esta trata-se de um instrumento de uniformização, aquela se refere a um conjunto de decisões numerosas que versem sobre as mesmas questões. Ademais, como assevera Michele Taruffo (2016, p.3), as jurisprudências podem ser redundantes, variáveis, ambíguas e contraditórias, exatamente por serem diversas interpretações sobre o mesmo assunto.

Além desta, outra diferenciação é de suma importância, qual seja, as Ementas, Jurisprudência e Precedentes. Haja vista que muitos Tribunais brasileiros se referem às ementas em suas decisões como verdadeiros precedentes, restringindo-os e aniquilando o objetivo destes: a segurança jurídica (ROMÃO, PINTO, 2015, p. 44).

As ementas, portanto, de acordo com Ramires (2010, p. 49), são meros instrumentos de catalogação das decisões tomadas – vez que em seu conteúdo tentam resumir os principais temas do processo em análise – pelos magistrados nos repertórios de jurisprudência, a fim de possibilitar um acesso à essas informações de maneira mais facilitada.

O precedente então, ao constituir-se em tais tribunais traria então, uma pacificação que se estenderia a todo Judiciário, uma vez que diante de uma questão controversa não se acharia como meio para sustentação de uma tese minoritária e errônea alguns poucos acórdãos, pois já haveria um precedente consolidado com um viés plenamente justificado e debatido, diante do qual houveram diversas deliberações que ao apontarem o mesmo sentido, solucionou, em cadeia, diversas demandas.

Outrossim, as súmulas também se diferem dos mecanismos supracitados, vez que esta não é criada espontaneamente por meio das decisões – como a Jurisprudência –, na verdade, é embasada nos precedentes, tendo em vista que estes oportunizam sua criação, e consiste num processo particular de cada Tribunal ao criar, extinguir ou modificar tais atos jurídicos (ROMÃO, PINTO, 2015).

Não obstante, deve-se evidenciar que para que haja uma boa dinâmica dos precedentes em geral, não basta mera inserção destes no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário aplicar os meios de uso fundamental – tendo em vista que estes são os responsáveis para que não haja um uso equivocado – e inerentes à doutrina dos precedentes, mesmo que implícitos, ou seja, não dispostos em textos normativos.

O *Distinguishing* antes de ser aplicado requer por parte do magistrado o conhecimento da *ratio decidendi*, isto é, as questões fáticas determinantes que fundamentam e justificam a decisão prolatada (ROMÃO, PINTO, 2015). Após conhecidas as razões dos precedentes, o magistrado fará uso da técnica de distinções diante do caso concreto e suas questões fáticas com o fulcro de saber se o precedente em questão poderá ou não ser aplicado. De modo que assim, poderá ser evitado o uso inadequado e incoerente com a realidade.

Assim como o texto normativo, é de suma importância que o precedente se adeque a realidade. De modo que muitas vezes será necessário que este seja superado, consistindo nisso, o *overruling* (BARBOSA, ANDREASSA JUNIOR, p. 867), que poderá ou ser integralmente ou apenas de modo parcial, um *overturning* (SARTURI, 2017). Salientando-se que neste último caso duas novas possibilidades podem surgir: uma transformação do texto ou uma reescrita deste, ou seja, ocorre um *overriding* (MITIDIERO, 2016).

Todavia, o *overriding*, não consiste em mera superação parcial em que se reescreve o texto, na verdade, tal texto assim o foi em razão de da superveniência de um princípio legal ou regra que contraste com o precedente (BRAGA, DIDIER JR, 2008), sendo possível constatar que diante de um conflito entre texto normativo e precedente, este deverá se adaptar mediante sua revogação

parcial. Para Ataíde Jr (2014, p. 389) outro fator mostra-se de mesmo modo importante e necessário para a ocorrência do *overruling*, além da consistência sistêmica, a congruência social.

Ante o exposto, é possível de pronto, constatar a necessidade do domínio dos meios apresentados para um bom uso dos precedentes, instrumentos estes que devem ser dominados pelos magistrados no afã de evitar que um instituto que busca conformidade, traga contrastes às decisões judiciais que possuam precedentes como referenciais. Passando-se agora à análise da figura do Judiciário brasileiro e a possibilidade de hipertrofia em seu sistema jurídico.

2. POSSIBILIDADE DE HIPERTROFIA DO PODER JUDICIÁRIO

Ao falar-se em sistemas jurídicos, dois destes se sobressaem por terem grande parte dos países ocidentais como seus adeptos, quais sejam, *common law* e *civil law*. Sendo o Brasil, adepto deste último, todavia com reflexos daquele. Portanto, para compreensão do sistema jurídico brasileiro, propriamente dito, é importante conhecer sumariamente suas duas principais influências.

Tais características remetem ao sistema jurídico romano, em sua origem, com sua Lei de Citas que vinculava o magistrado aos entendimentos dos jurisconsultos Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gaio, Modestino - e que inclusive, diante de divergências, prevaleceria o parecer dos estudiosos na ordem apresentada (MAGALHÃES, 1989, p. 9).

De modo que o Brasil, em sua herança portuguesa – sendo esta também já recheada de influências – estabelece sua própria tradição de um direito luso-brasileiro que valoriza a jurisprudência e admite plenamente sua aplicabilidade como fonte de direito, como posteriormente será melhor explanado.

A tradição Romano-Germânica, como o nome já diz, é fruto da antiga civilização romana marcada pela grande habilidade de codificação, e que sofrerá com as invasões bárbaras que influenciarão com seu direito consuetudinário. Portanto, tem-se como principal característica a positivação das normas, mas nunca significando um congelamento do sistema que buscará através dos métodos de integração adaptar tais textos normativos à sociedade. Inclusive, a grande expansão do sistema *civil law* deu-se exatamente pela capacidade de unir os povos europeus, mantendo suas diversidades (DAVID, 2002, p.45).

Ademais, fala-se de jurisprudência no sistema romano-germânico apenas como meio de uniformização de jurisprudência, uma vez que costumeiramente, nos países adeptos desta tradição,

o poder criador de normas é competência legislativo, logo, o exercício desse pelo Judiciário significaria em violação à separação de poderes.

Outra característica ainda, marcante de tal sistema é a chamada função criativa jurisdicional, ou seja, a pessoa do juiz diante de uma situação em que não se tem uma subsunção, ou seja, perfeito encaixe da norma ao caso concreto, deve então procurar interpretar e buscar a melhor aplicação ao litígio em questão.

Salienta-se que tal atividade é tão própria do sistema que foi reconhecida no século XX, pela própria doutrina francesa, a qual sempre foi marcada pela tentativa de sempre conter o Poder Judiciário, todavia Ballot-Baupré - presidente do Tribunal de Cassação francês em 1904 - reconheceu tal singularidade em seu discurso (HALPERIN, 2004, p.7):

Lorsque le texte, sous une forme impérative, le juge est obligé d s'incliner & d'obéir (...). Mais lorsque le text présente quelque ambiguïté, lorsque des doutes s'élèvent sur sa signification & sa portée (...) j'estime que le juge, alors, a les pouvoirs d'interprétation le plus étendus; il ne doit pas d'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article;³

Por outro lado, tem-se o sistema da *common law*, que possui como principais expoentes a Inglaterra e os Estados Unidos da América, o qual desenvolveu-se independentemente do sistema de Tradição Romano-Germânica, mais aplicado nos outros países ocidentais.

Neste, a legislação ocupa lugar secundário em suas fontes, prevalecendo a regra do precedente com a força doutrinária do *stare decisis*. De modo que, no direito inglês por exemplo, ao tomar uma decisão, o juiz deve atentar, nesta ordem, às decisões das Câmara dos Lordes e pela *Court of Appeal*, e aquelas tomadas pela *High Court of Justice*, que se impõe às jurisdições inferiores (DAVID, 2002, p. 249).

A lei através dos *Acts of Parliament* assume em tal sistema, numa visão mais clássica, mero efeito de adendo de corretivos e adjunções à princípios já postos e consolidados. René David (2002, p.434) salienta ainda que certamente deverão os juízes aplicar tais textos normativos, entretanto, apenas a lei só poderá ser considerada plenamente incorporada ao passo que os tribunais decidirem por sua aplicação à lide.

Contudo, apesar dos traços diametralmente opostos dos dois sistemas, devido a globalização e a forte interdependência entre países, tem-se observado cada vez mais, e não apenas

³ “Quando o texto, está sob uma forma imperativa, o juiz é obrigado a se inclinar e obedecer (...). Mas quando o texto possui alguma ambiguidade, quando as dúvidas surgem sobre seu significado e escopo (...) eu estimo que o juiz, em seguida, por meio dos seus poderes interpretativos mais ouvidos, não deve tardar em buscar de maneira obstinada qual foi o pensamento, há cem anos, dos autores do Código Civil ao redigir este ou aquele artigo” (TRADUÇÃO LIVRE)

no Brasil, a influência recíproca de tais sistemas. De modo que a força obrigatória dos precedentes devido a força das decisões prolatadas pelos tribunais superiores não é tão particular da *common law* quanto se costuma dizer, e semelhantemente, o princípios do *stare decisis* tem se mitigado, uma vez que a própria Câmara dos Lordes se declarou não mais com vínculo formal para tomada de decisões (PEJOVIC, 2011, p. 837).

No Direito Brasileiro, entretanto, tal sincretismo é mais antigo que parece (DIDIER JR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas, 2015), tal histórico nos remete à herança portuguesa dos Assentos, a qual permaneceu vigente no Brasil até o século XIX, findando apenas com a instituição da primeira Constituição Republicana.

Apesar da extinção de tal instituto, em terras brasileiras, ao fim do século XIX, o texto constitucional de 1891, trouxe consigo, positivado, a necessidade de que não se perdesse uma homogeneidade da jurisprudência⁴. A retomada do uso de mecanismos jurídicos retorna, contudo, na década de 60 com as Resoluções, que apesar do diferente nome, trouxe a mesma premissa dos antigos assentos portugueses.

O grande marco, porém, para o mais próximo do que hoje temos, nasce apenas em 1963 prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e é anunciado pelo então Ministro Victor Nunes Leal. Fala-se das súmulas de jurisprudência dominante - a qual não possui efeito vinculante e permanecerá no ordenamento jurídico apenas com mudanças de cunho nominal (HIGASHIYAMA, 2011, p. 4).

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as súmulas encontrarão cada vez mais lugar no sistema jurídico brasileiro, dada a necessidade de conformidade da jurisprudência, que ocorrerá, não só com a Emenda Constitucional EC/2004, mas com os diversos artigos supramencionados do Código de Processo Civil de 2015, que garantirá a aplicação prática.

Diante do que fora demonstrado, percebe-se então que a figura do precedente não se trata de mera reprodução do sistema *common law*, na verdade, é um traço que se concretizou a décadas no direito brasileiro, uma vez que desde cedo pode-se observar, diante de tamanha extensão e variedade existente no Brasil, a necessidade de criar um parâmetro para as decisões tomadas pelo judiciário, garantindo a segurança jurídica.

⁴ Constituição Federal de 1891: “Art 60 - Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: (...) § 2º Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes, e, vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudencia dos tribunaes federaes, quando houverem de interpretar leis da União”.

Os precedentes emitidos pelo Supremo, assim como aqueles pelos Tribunais Superiores, portanto, não geram afronta à separação de poderes - tendo em vista que não possuem atividade criativa, apenas fins de ajuste e coerência do Judiciário - nem à atividade do Judiciário, pois não busca vincular, apenas sugerir o caminho adequado para a resolução de tal demanda.

Além disso, fere muito menos ao sistema jurídico brasileiro, pois como já afirma Didier (2015, p.19), o Brasil não aderiu a outra tradição jurídica, na verdade, aperfeiçoou a herança que já possuía, sendo esta de mesmo modo, um sincretismo de sistemas. Podendo assim dizer que os precedentes são, na verdade, uma contribuição.

Entretanto, é importante entender que a realidade é outra ao falar das súmulas com efeito vinculantes que nascem já cheias de vícios através da Emenda Constitucional 45/04, que positivou o artigo 103-A no texto constitucional. Primeiramente, há uma tentativa forçada de instituição do *stare decisis*. Todavia, não se pode impor através de textos normativos, características de um sistema que vai além de questões técnico-jurídicas, mas sim, de raízes sociopolíticas de um país.

Ademais, tal dispositivo ao invés de trazer um almejado dinamismo, apenas engessou o Judiciário, haja vista que, como já afirma Lenio Streck, a doutrina do *stare decisis* não se trata de obediência cega às decisões tomadas pelo Judiciário, na verdade, permite que a pessoa do magistrado, se beneficie do entendimento que há nestas, estando ele, porém, livre para não aplicar ao visualizar que diante do caso concreto tal entendimento é errôneo ou desarrazoado (STRECK, 1995, p. 226).

Não suficiente, fala-se de uma ofensa direta à Separação de Poderes, uma vez que diferentemente do que ocorre na tradição *common law*, enquanto o precedente tem por composição toda a *ratio decidendi* e funciona como verdadeira fonte de direito, as súmulas são apenas um resumo do dispositivo (BARBOSA, ANDREASSA JR, 2017, p. 15).

De modo que em determinados casos - a exemplo da súmula vinculante nº13, a qual foi prolatada diante de forte casuísmo (BARBOSA, ANDREASSA, JR, 2017, p. 16) - vê-se uma forte aplicação já prevista por Montesquieu (2008) do juiz arbitrário que concentra o Legislativo e Judiciário em suas mãos.

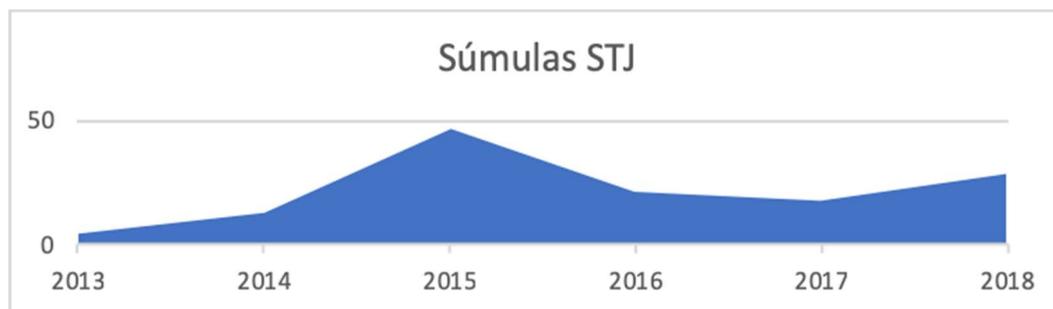
Tendo em vista o já disposto pela CF/88, em seu art. 60, § 4º, III, o qual já dispõe: “§4º Não será objeto de deliberação à proposta de emenda *tendente* a abolir: III - a separação de poderes” (grifo nosso); observa-se claramente a ampla inconstitucionalidade existente na Emenda que positivou as súmulas vinculantes, assim como o próprio instituto em questão.

3. HÁ PROPENSÃO À INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PROCESSUAL CIVIL NO QUE DIZ RESPEITO À INTRODUÇÃO DA DINÂMICA DOS PRECEDENTES VINCULANTES?

Como já exposto, de fato, pode-se observar a inconstitucionalidade na própria figura da emenda constitucional que promulgou a figura do precedente vinculante, haja vista a afronta à separação de poderes. Logo, de mesmo modo, fala-se da inconstitucionalidade da norma que regula – caso da Lei de n.º 11.417/06 – e da encontrada no Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, a fim de não deter-se em aspectos teóricos, é de suma importância analisar o funcionamento atual de tal instituto e a recepção deste por parte do Judiciário.

A fim de averiguar a situação do uso de tais normas, a aplicação dos precedentes no sistema brasileiro e a sua correlação com a vigência do CPC a partir de 2015, fez-se então, uma análise estatística da promulgação das Súmulas pelo STJ (gráfico 01), assim como das Súmulas Vinculantes pelo STF (gráfico 02), as quais se encontram disponível no *site* institucional dos respectivos Tribunais – salienta-se ainda que não foi possível formular os dados atuais das Súmulas promulgadas pelo Supremo, uma vez que a última foi promulgada em 2003.

Gráfico 1: Análise estatística da promulgação das Súmulas pelo STJ



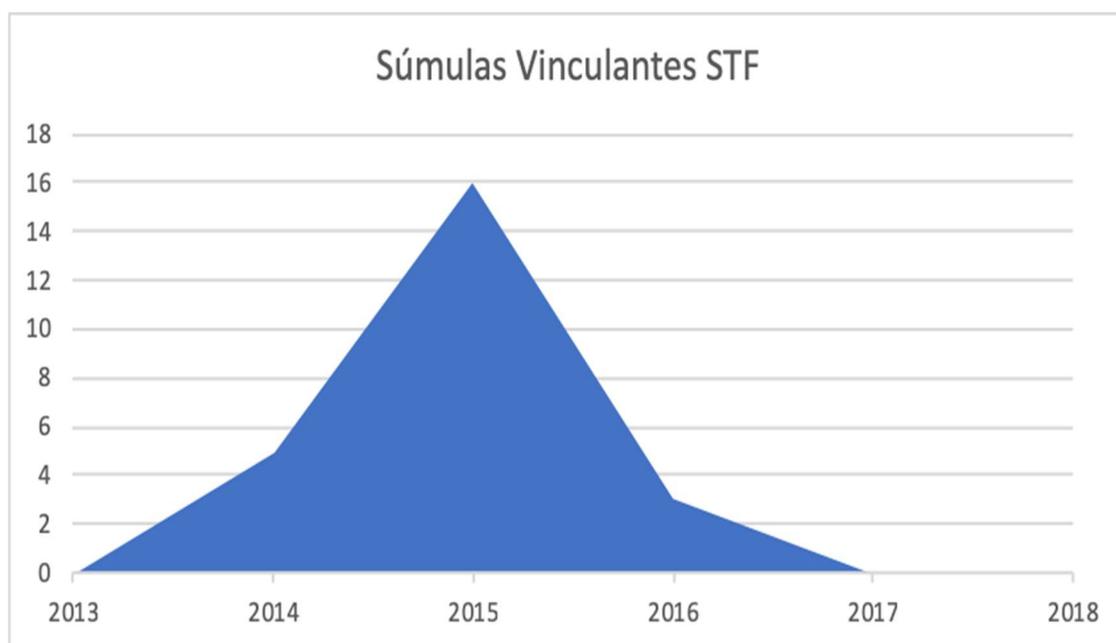
Fonte: Elaboração própria com base nos dados disponibilizados no portal do Superior Tribunal de Justiça (2018, *on line*)

Diante do primeiro gráfico, pode-se averiguar os seguintes fatos: as súmulas estavam em baixo uso até a vigência do novo CPC, havendo um pico de alta aplicação exatamente no ano de 2015, em que os números duplicam se comparada com o ano anterior. Entretanto, no ano seguinte observa-se a queda do mesmo, a qual se prolonga para o ano seguinte, voltando quase ao número de súmulas emitidas anteriormente ao CPC. Ademais, até julho de 2018, observando-se a emissão de dezessete súmulas.

No Supremo, que hoje conta com um total de cinquenta e seis súmulas vinculantes, pode-se encontrar a mesma tendência (gráfico 02). Observa-se pois, o mesmo fenômeno encontrado no

Superior Tribunal de Justiça, pois no ano de 2015, salta-se para o triplo de súmulas prolatadas se comparadas com o ano anterior. Todavia, forte queda nos anos seguintes, de modo que não houve súmulas vinculantes nos últimos dois anos.

Gráfico 2: Análise estatística da promulgação de Súmulas Vinculantes pelo STF



Fonte: Elaboração própria com base nos dados disponibilizados no portal do Superior Tribunal de Justiça (2018, *on line*)

Diante disso, observa-se que houve um forte entusiasmo dos Tribunais Superiores com o incentivo do sistema de precedentes positivado no Código de Processo Civil, o qual diminuiu potencialmente no ano seguinte, e permaneceu em queda, entretanto, no caso do STJ, estabilizou-se. Observando-se assim, que o sistema de precedentes tende a se solidificar, entretanto, sem exageros e adequando-se ao sistema jurídico brasileiro.

Quanto às súmulas vinculantes, apesar do perigo em seu uso, observa-se que não tem sido constantemente aplicada, haja vista, que o tribunal superior não pode estabelecer, por vontade própria, que um determinado julgado se tornará precedente, haja vista que tal construção ocorre historicamente, mediante uso por arte dos sujeitos processuais e como fundamentação de decisões (ROMÃO, PINTO, 2015, p.48).

Ademais, o simples uso de súmulas não poderão constituir um sistema de precedentes, vez que estes necessitam de um constante diálogo argumentativo entre as partes do processo que vai além de mera citação jurisprudencial de ementas, mas numa dissertação que busca exaurir todos os aspectos técnico-jurídicos apresentados que são capazes de comprovar que o entendimento dos

precedentes estão conformes com o pedido da causa em questão (PASSOS, SANTIAGO, 2015, p.2587).

De fato, admite-se que há riscos ao ordenamento. Todavia estão estes mitigados, pela forte influência que ainda existe do tradição romano-germânica brasileira, entretanto, a falta de inserção dos métodos que fazem parte da *common law* que se relaciona não apenas com o jurídico, mas com a própria estrutura social do sistema, torna a tentativa de inserção dos precedentes, infelizmente, ainda mais falha.

CONCLUSÃO

Dado o exposto, conclui-se que os precedentes de fato, diante de todo o histórico do direito brasileiro e a atual realidade de demandas que compõe o ordenamento jurídico, trazem um novo dinamismo necessário para o processo brasileiro e uma forma de adequação dos julgados à necessidade daquele que encontra no Judiciário a solução de um litígio.

Assim, podendo ser alcançando a tão almejada, segurança jurídica. Entretanto, é de suma importância frisar que os precedentes devem possuir rigorosa motivação, ou seja, verdadeira *ratio decidendi* para que possa ser considerado um meio válido e possuir a aplicação prática exata para a qual foi criado.

Salienta-se ainda que estes trazem um dinamismo necessário ao Judiciário brasileiro, permitindo decisões conformes e conectadas a realidade por meio do uso do *distinguishing*, vez que estes não criam normas abstratas com força de lei, mas um meio de interpretação de aplicação de norma coerente e que constitui um meio a ser seguido e mantido por outros magistrados.

Todavia, não se pode dizer o mesmo diante do sistema de súmulas vinculantes aplicado pelo Supremo Tribunal Federal. Concluindo-se por forte inconstitucionalidade, ao confrontar a separação de poderes, a atividade criativa do Judiciário, assim como a atividade legiferante do Legislativo, e, além disso, oportunizar um juízo arbitrário - a mercê das convicções dos ministros da Suprema Corte - que ao vincular todo o judiciário, traz uma arbitrariedade em cadeia que se refletirá em todos os países e instâncias.

Ademais, como já afirma Romão e Pinto (2015, p. 108) as súmulas vão na contramão do dinamismo proposto pelos precedentes, vez que estas possuem um caráter estático haja vista a incapacidade de absorver os fundamentos necessários para constituírem um precedente que seja capaz de dirimir conflitos. De modo que é certa a afirmação de que permaneçam como mero

instrumento de pesquisa do sentido jurisprudencial presente, mas não como uma fonte de direito do ordenamento jurídico brasileiro.

Tal discussão apesar da carga teórica que possui, é de suma importância, uma vez que possui fortes reflexos práticos, ora se a população sofre diante de um juízo errôneo mediante determinado assunto, logicamente, todo o país sofre diante de uma corte que - passível de erros - vincula todo o Judiciário a súmulas promulgadas diante de casuísmos, como já supracitado.

Sabe-se que não bastam meras aplicações de regras processuais para garantir um devido processo legal, este vai além, é uma construção cultural e histórica, portanto, se em sua história tem-se marcos que o desvirtuam, tais manchas tendem a permanecer por um bom tempo, principalmente diante de uma não correção de inconstitucionalidade.

Outro aspecto de suma importância a ser suscitado pelo presente tema, mediante a análise hodierna do sistema de precedentes, consiste que o ensino jurídico nas universidades está condicionado às mudanças do direito em seu sistema e suas fontes, portanto, ao passo que os precedentes enraízam, não só no ordenamento, mas também na prática jurídica, é necessário atrelar tais mudanças ao ensinado em sala de aula.

Por fim, ressalta-se que os resultados aqui apresentados não trazem respostas a longo prazo, uma vez que o direito e seu passo dinâmico ao lado da sociedade, está sempre sujeito a mudanças. Logo, a pesquisa deve sempre acompanhar o mesmo ritmo, estando disposta a descobrir novas perguntas e respostas na mesma velocidade das mudanças. E de mesmo modo que possa sempre investigar e indagar as mudanças do judiciário, na esperança de um dia, encontrar respostas que levem à força de constituição, à coerência e razoabilidade, e ao devido processo legal.

THE EMPOWERMENT OF SUPERIOR COURTS TO CREATE ABSTRACT NORMS IN THE SYSTEM OF BINDING PRECEDENTS: A REQUIRED REFORM OF CPC/2015 OR AN INCLINATION TO UNCONSTITUTIONALITY?

ABSTRACT

The present article has as a goal to answer the problem: is the empowerment of Superior Courts to create abstract norms in the system of binding precedent a required reform to Processual Civil Law Code of 2015 or it is inclined to unconstitutionality? Faced with this, it seeks to understand the extension of the precedents applicability in the Brazilian law system just like the binding effect of the precedents published by the Supreme Court. For this purpose, it was applied as method a qualitative analysis based in the published data by Supreme Court and Superior Court between

2013 and 2018, in order to better understand the changes caused by the normative recognition of precedents. Finally, we concluded for the good dynamism incorporated by the precedents, however, we recognised the unconstitutionality of bidding precedents, so that the creation of that norms as law source create unconstitutionality. It was attested also, that the damages are reduced because of that Supreme Court low use of the bidding precedents and the strength of civil law system.

Keywords: Precedents. Binding precedents. Superior Courts. Unconstitutionality. Abstract Norms.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade no Sistema Processual Brasileiro**. Curitiba: Juruá. 2012.

BARBOSA, Cláudia Maria; ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Teoria dos precedentes e sua incompatibilidade com o sistema deliberativo dos Tribunais Superiores**. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v.12, n. 3, 2017, pp.861-888.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 2015

BRASIL. **Constituição** (1891). **Constituição** da República dos Estados dos Unidos do Brasil. Rio de Janeiro. 1891.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Emendas do Regimento**, de 3 de agosto de 1963. . Brasília , Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art_23_3a_gosto1963.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANT, João Paulo Alvarenga; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **O sistema de precedentes no direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial**. In: *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v.2, n. 2, 2016, pp. 41-59.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR. Fredie; OLIVEIR A, Rafael. **Curso de Processo Civil**. 2. ed. v. 2, Salvador: JusPodivm, 2008.

CAMBI, EDUARDO. **Casuísmos judiciais e precedentes judiciais**. In: *Revista de Processo*. 2017. p. 03-03.

CNJ. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ**, 2017.

DIDIER JR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro**. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo, v. 2, 2015.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes judiciais e separação de poderes. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 40, n. 16, p.97-114, jun. 2015.

HALPERIN, Jean-Louis. **Le Livre du Centenaire: Le code civil: 1804-1904**. 1 ed. Paris: Dalloz, 2004.

HIGASHIYAMA, Eduardo. **Teoria do Direito Sumular**. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 200, p.71-124, out. 2011.

MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. **A Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989. p.12.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONSTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leias: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502105232/cfi/4!/4/4@0.00:5.25>>. Acesso em: 7 ago. 2018.

PASSOS, Daniela Veloso Souza. SANTIAGO, Nestor Araruna Santiago. **O Ensino Jurídico e o Novo Código de Processo Civil : Desafios de reforma diante das transformações no Sistema Jurídico Brasileiro**. In: *Revista Quaestio Iuris*, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2573-2595 DOI: 10.12957/rqi.2015.20955

PEJOVIC, Caslav. Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Way. **Victoria University Of Wellington Law Review**, New Zealand, v. 32, n. 3, p.817-842, jan. 2011. Disponível em: <https://www.victoria.ac.nz/_data/assets/pdf_file/0008/830780/Pejovic.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROMÃO, Pablo Freire. PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro Pinto. **Precedente Judicial no Novo Código de Processo Civil, Tensão entre Segurança e Direito**. Curitiba: Juruá. 2015.

SILVA SEGUNDO, Edval Borges da . **Conteúdo e Aplicabilidade do Princípio do Juiz Natural**. 2009. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9293/1/Edval%20Borges%20da%20Silva%20Segundo.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. **Considerações Atuais sobre o Devido Processo Legal**. **S.n.**, Florianópolis, p.1-27, 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/considera%C3%A7%C3%B5es-atuais-sobre-o-devido-processo-legal>>. Acesso em: 12 ago. 2018

STRECK, Lenio Luiz. **Eficácia, poder e função das súmulas no direito brasileiro**. 1995. 353 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/76296>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobre el Precedente**. In: IUS ET VERITAS, v. 24, n. 53, p. 330-342, 2016.

Trabalho enviado em 16 de janeiro de 2019

Aceito em 17 de março de 2019