

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

JOSÉ LEONARDO LUSSANI DA SILVA

A CRESCENTE FORÇA DA JURISPRUDÊNCIA NO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

Porto Alegre

2010

JOSÉ LEONARDO LUSSANI DA SILVA

A CRESCENTE FORÇA DA JURISPRUDÊNCIA NO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área de Direito Processual Civil.

Professor Orientador: Norberto Caruso da Costa Mac-Donald.

Professor Co-orientador: Eduardo Kochenborger Scarparo.

Porto Alegre

2010

JOSÉ LEONARDO LUSSANI DA SILVA

A CRESCENTE FORÇA DA JURISPRUDÊNCIA NO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área de Direito Processual Civil.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____ de _____ de 2010.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Norberto Caruso da Costa Mac-Donald
(Orientador)

Prof. Eduardo Kochenborger Scarparo
(Co-orientador)

Prof. Klaus Cohen Koplin
(Membro da Banca Examinadora)

Prof. Luiz Carlos Buchain
(Membro da Banca Examinadora)

AGRADECIMENTO

Aos meus orientadores, Professores **Norberto Mac-Donald** e **Eduardo Scarparo**, pela leitura minuciosa e crítica e pela atenção e auxílio dispensados na elaboração deste trabalho;

À minha mãe **Geórgia**, pelo amor incondicional, pelo cuidado e afeto incomensuráveis e por todo esforço sem o qual não teria chegado a esta Faculdade;

Ao meu pai **José Moisés**, pelo amor incondicional, pela constante preocupação e pelo inesgotável apoio para alcançar meus objetivos;

Ao meu irmão **Gustavo**, pelo amor, pelo companheirismo e pela agradabilíssima companhia;

À minha namorada e primeira revisora **Silvana**, pelo amor, pelo carinho, pela doçura e pela compreensão, que regozijam de forma ímpar minha vida;

À minha avó **Agrair**, por todo o carinho e cuidado, desde o meu nascimento;

À minha madrinha **Irene**, pela sempre zelosa presença;

À **Deus**, por ter permitido que eu realizasse sem contratempos este trabalho e, principalmente, por ter colocado estas pessoas na minha vida.

No judicial system could do society's work if each issue had to be decided afresh in every case which raised it.

Benjamin Nathen Cardozo.

ABSTRACT

The present study approaches the question concerning the growing strength of jurisprudence in the Civil Law, especially in Brazil. Commencing from the analysis of these two great contemporary systems – the Civil Law and the Common Law –, examining their historic origins, the characteristics usually attributed to each and the value credited to legal precedents in these families. Subsequently, the study brings up the similarities between them, as a need for a more unified Law in space and more flexible in time. It is appointed, then, the jurisprudence as one way of achieving said flexibility. The reasons which led the different systems to attribute, or not, the power of creation of Law to judges are asserted, stressing the current rise in value of jurisprudence in Civil Law. The crisis of Law, in its quantitative and qualitative aspects, is further analyzed, as well as its economical development, observed as fundamental factors for this modification. In addition, the need for greater juridical security and for guarantying formal equality is also approached. Afterward, the reflexes of this the growing strength of jurisprudence in Brazilian Law, mainly as reflected on the articles 518, §1º, 543-B, 543-C and 557 of the Brazilian Civil Process Code, are individually examined. Furthermore, the recently presented Brazilian Civil Process Code's draft is briefly analyzed, evidencing the influence of this spirit of valuing the judicial decisions in their making. Finally, the rationalist paradigm found in Civil Law countries and the eventual difficulties, which could be generated on the incorporation of a jurisprudential creation, are approached. In conclusion, the benefit that these praised modifications will bring, and the likely overcome of this obstacle, is made evident.

Key words: civil law; common law; proximity; jurisprudence; strength

RESUMO

O presente estudo aborda a questão atinente à crescente força da jurisprudência no sistema romano-germânico, em especial no Brasil. Parte-se da análise dos dois grandes sistemas contemporâneos – o romano-germânico e o *common law* -, examinando-se a origem histórica, as características costumeiramente atribuídas a cada um e o valor conferido aos precedentes nestas famílias. Na seqüência, discorre-se sobre a aproximação entre eles, como exigência de um direito mais unificado no espaço e flexível no tempo. Aponta-se, então, a jurisprudência como um das formas de conseguir esta flexibilidade. Disserta-se acerca das razões que levaram os diferentes sistemas a atribuírem ou não poder de criação do direito aos juízes e dá-se ênfase à atual valorização da jurisprudência na família romano-germânica. Estuda-se a crise da lei em seu aspecto quantitativo e qualitativo, bem como no relacionado ao desenvolvimento da economia como fatores fundamentais para esta modificação. Acrescenta-se, ainda, a necessidade de maior segurança jurídica e de se garantir a igualdade formal. Após, passa-se ao estudo das repercussões desta crescente força jurisprudencial no direito brasileiro, refletido precipuamente nos artigos 518, §1º, 543-B, 543-C e 557 do Código de Processo Civil e no artigo 103-A da Constituição Federal, individualmente examinados. Realiza-se, ademais, uma breve análise do anteprojeto do Código de Processo Civil recentemente apresentado, constatando-se a influência deste espírito de valorização das decisões judiciais na sua elaboração. Por fim, sucintamente, trata-se do paradigma racionalista constatado nos países de sistema romano-germânico e as eventuais dificuldades que este pode gerar para a incorporação de um direito de criação jurisprudencial. Conclui-se pelo benefício que estas elogiáveis modificações trarão e pela provável superação deste empecilho.

Palavras-chave: Romano-germânico; *common law*; aproximação; jurisprudência; força;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 OS DOIS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS	12
1.1 O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO.....	13
1.2 O SISTEMA DO COMMON LAW	18
1.2.1 A Organização Judiciária Inglesa	21
1.2.2 O Precedente	23
1.2.3 Ratio Decidendi e Obter Dictum	25
1.2.4 Exceções ao Stare Decisis.....	26
1.2.5 Aplicação da Regra do Precedente no Sistema Inglês	27
1.2.6 A Organização Judiciária dos Estados Unidos da América.....	28
1.2.7 Das Peculiaridades do Stare Decisis nos Estados Unidos da América.....	29
2 A TENDÊNCIA DE FORTALECIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA NOS PAÍSES DO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO	31
2.1 AS FUNÇÕES HISTÓRICAS DO JUIZ NO <i>COMMON LAW</i> E NO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO. A SUPREMACIA DO PARLAMENTO.....	34
2.2 A CRISE DA LEI.....	36
2.3.A SEGURANÇA JURÍDICA.....	38
2.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	41
2.5.A VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMO EXIGÊNCIA DE NOSSO TEMPO	43
2.6 A QUESTÃO DA LIMITAÇÃO DO PODER DO JUIZ	47
3 REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO	51
3.1. DAS SÚMULAS.....	51
3.2. DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE.....	54
3.3 DO ARTIGO 557 DO CPC	55
3.4 DO ARTIGO 518, §1º DO CPC	57
3.5 DO ARTIGO 543-B DO CPC.....	58
3.6 DO ARTIGO 543-C DO CPC.....	63
3.7.DA SÚMULA VINCULANTE	66

3.8.DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL68

4 O PARADIGMA RACIONALISTA COMO EMPECILHO A UM DIREITO DE CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL.....75

CONSIDERAÇÕES FINAIS79

REFERÊNCIAS.....81

INTRODUÇÃO

O presente estudo consiste em uma pesquisa acerca da crescente força da jurisprudência no sistema romano-germânico, especialmente no Brasil. A questão é de assaz importância, pois em um sistema que tradicionalmente negava à jurisprudência o caráter de fonte de direito, limitando a atividade do juiz a descobrir e revelar o mítico sentido unívoco da lei, tem-se atribuindo gradativamente mais importância às decisões judiciais.

Devido à valorização da jurisprudência, sobressaem, então, perguntas quanto à aproximação com a família do *common law*, o funcionamento daquele sistema, as razões que levaram a esta mudança e se temos condições de efetivamente desenvolver um direito de criação jurisprudencial.

É, em suma, nestes pontos que fundamos o trabalho, dividindo-o em quatro capítulos, nominadamente: os dois grandes sistemas jurídicos; a tendência de fortalecimento da jurisprudência nos países do sistema romano-germânico; reflexos no direito brasileiro e o paradigma racionalista como empecilho a um direito de criação jurisprudencial.

No primeiro, estudaremos as duas grandes e clássicas famílias jurídicas: a romano-germânica e a do *common Law*. A primeira, cuja origem remonta ao próprio desenvolvimento da ciência jurídica no século XII, principalmente na Itália, em virtude do “redescobrimento” do *corpus iuris civilis* e na qual o posterior desenvolvimento da idéia de soberania, fez com que se reconhecesse o poder de o soberano impor regras, contribuindo para que a lei se consolidasse como fonte primordial de direito. Sistema que se caracteriza, outrossim, pela habitual divisão entre direito privado e direito público: o primeiro voltado a regular a relação entre os particulares e o segundo destinado a regular as relações entre os governantes e os governados.

A do *common law*, por outro lado, cujo nascimento se deu em 1066 com a invasão bárbara na Inglaterra, em que Guilherme, o Conquistador, construiu um poder político forte e centralizado. Conseqüência disto, no século XII, os reis já conseguiam impor autoridade, desenvolvendo a jurisdição do reino em detrimento a dos senhores feudais, de forma a edificar um direito comum a toda a Inglaterra em contraposição aos diversos direitos locais existentes. Neste contexto é que destacamos os *writs*, por meio dos quais se instaurava a jurisdição real, possuindo

um procedimento jurisdicional para cada tipo de conflito (uma seqüência de atos a ser realizada), demonstrando assim, desde a sua gênese, tratar-se de um sistema eminentemente processual.

Expondo o conceito de precedente, apontaremos suas classificações e como, tradicionalmente, no sistema romano-germânico eles são persuasivos, ao passo que no *common law* são vinculantes. Estudaremos, então, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, noções fundamentais para o funcionamento de um sistema baseada no precedente vinculante. Trataremos, ainda neste primeiro capítulo, da organização judiciária inglesa e estadunidense, bem como da diferença do *stare decisis* nestes países.

No segundo capítulo, cuidaremos de como a diferenciação entre os sistemas atenuou-se em razão da exigência de um direito mais unificado no espaço e flexível no tempo. Dando ênfase aos países da família romano-germânica, verificaremos a notável tendência de se atribuir maior relevância à jurisprudência, em virtude da insuficiência da lei para, com a celeridade necessária, adequar o direito à realidade.

Mostraremos por que nos países romano-germânicos limitou-se a criação judicial do direito, ao passo que isto não ocorreu no *common law*. Apontaremos, igualmente, como a crise da lei, tanto quantitativa quanto qualitativa, ressuma como um fator determinante para a alteração desta perspectiva, fomentada sua deficiência ainda pelas exigências dos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Discorreremos, então, sobre os reflexos da mencionada tendência no direito positivo brasileiro, em que se tem pretendido atribuir maior relevância as decisões judiciais. Aliás, não por outra razão, o artigo 518, §1º, CPC permite ao juiz inadmitir recursos contrários a súmula ou jurisprudência do STJ e do STF e o artigo 557 do Código de Processo Civil autoriza o Relator a negar seguimento ao recurso que afronta Súmula ou jurisprudência dos Tribunais Superiores ou do próprio Tribunal.

É também por isto que, nos termos dos artigos 543-B e 543-C, recentemente introduzidos no Código de Processo Civil, havendo multiplicidade de recursos sobre a mesma questão, o STJ e o STF podem escolher um recurso que represente a controvérsia e sobrestar os demais até o seu julgamento, quando então será possibilitado aos Tribunais de Segundo Grau julgarem prejudicados os recursos paralisados ou retratarem-se para se adequar à decisão daquelas Cortes.

Igualmente neste espírito é que, em inovação louvável no direito brasileiro, autorizou-se que o STF edite Súmulas Vinculantes, devendo a Administração e

todos os órgãos jurisdicionais seguir o entendimento sedimentado pela Suprema Corte.

Ápice do que aqui estamos retratando, pincelaremos algumas inovações do anteprojeto do novo código de processo civil, em que, e aqui a palavra é dos seus próprios autores “talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência”.

Não deixaremos, contudo, de assinalar as dificuldades que, presumivelmente, serão enfrentadas devido ao paradigma racionalista em que estamos insertos, no qual há uma profunda separação entre teoria e prática e busca-se a solução das questões jurídicas através da *more geométrica*.

1 OS DOIS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS

Tradicionalmente, costuma-se dividir, para fins de estudo¹, o direito em duas grandes famílias: a romano-germânica e a *common law*. Embora não se desconheça que alguns autores apontem que o direito dos países socialistas formem uma terceira família², esta divisão, mais recente e contestada por alguns autores³, foge ao escopo deste trabalho.

Assim, restringiremo-nos à análise daquelas duas primeiras famílias referidas cujo mais perceptível e apontado critério diferenciador, conquanto não o único, é o das fontes de direito, de forma que, de maneira geral, nos países que têm por base o sistema romanista, a lei é a fonte de direito por excelência, relegando-se a jurisprudência um papel secundário, ao passo que, nos países que se filiam ao sistema de *common law*, tais como os Estados Unidos e a Inglaterra, a verdadeira fonte do direito são os precedentes dos tribunais.

Destaque-se, por oportuno que, em que pese as diferenças existentes, não se pode olvidar que ambos os sistemas tem uma concepção do direito ligada à descoberta e a realização da justiça própria dos países ocidentais, como nos leciona o culto jurista Rene David⁴:

A diferença reside unicamente no fato de, no âmbito da família romano-germânica, se procurarem descobrir as soluções de justiça do direito pelo recurso a uma técnica que tem como ponto de partida a lei, enquanto que na família da *common law* se pretende o mesmo resultado, utilizando uma técnica que toma prioritariamente em consideração as decisões judiciais. Disso resulta, nas duas famílias uma análise diferente da regra de direito, concebida sob um aspecto

¹ Os juristas que se dedicam ao estudo da história do direito e do direito comparado costumam classificar os sistemas contemporâneos em grandes *famílias jurídicas*, segundo cada um deles mantenha com os demais determinados traços e certos princípios comuns que os identifiquem, ou os liguem a ordenamentos jurídicos históricos, de onde cada uma dessas famílias se origine. (SILVA, Ovidio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.12).

² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.20

³ Além disso, devemos ter presente que a denominada *família socialista*, com a extinção da União Soviética e do chamado “socialismo real”, se não desapareceu, certamente terá de ser reexaminada, face às novas circunstâncias históricas (SILVA, Ovidio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.12).

⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.91

legislativo e doutrinal nos países da família romano-germânica e sob um aspecto jurisdicional nos países de *common law*.

1.1. O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO.

O surgimento do sistema romano-germânico ou romanista, como preferem alguns autores, tem íntima vinculação com o próprio desenvolvimento da ciência do direito no século XII. Àquele tempo, os estudiosos, a par dos inúmeros sistemas jurídicos existentes no continente europeu, lastreados principalmente no *corpus iuris civilis*, elaboraram uma ciência do direito que, apesar de não deixar de ter influencia das idéias da época, era muito mais próxima do direito romano, dando origem a um direito erudito: escrito, comum a todos os mestres e que compreendia inúmeras instituições⁵.

A aplicação deste novo direito variou de país para país, sendo mais acentuada na Itália, na Espanha, na Alemanha, em Portugal, na Bélgica e na Holanda. Na maior parte da França, entretanto, só foi admitido como razão escrita⁶.

Aliás, diferentemente da Alemanha, em que foi recebido em larga escala⁷, na França, havia um equilíbrio entre os juízes, que uniformizavam os costumes por meio das decisões, os professores, que ensinavam o direito romano e os reis, que inicialmente desempenhavam a função de legisladores⁸. Esta situação só foi modificada em 1789, com a eclosão da Revolução Francesa, na qual “leis e códigos foram colocados em absoluto primeiro lugar”⁹.

Assim, como se percebe mais claramente da França, embora igualmente aplicável aos demais países influenciados pelo direito romano, a preponderância da

⁵ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^o Edição. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2003, p.203

⁶ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^a Edição. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2003, p.204

⁷ LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 32^a Ed. rev. e atual. Por Paulo Condorcet. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 269.

⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Tese de titularidade, Porto Alegre, 2002, p.131

⁹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Tese de titularidade, Porto Alegre, 2002,p.131

lei como fonte de direito impôs-se não tanto pelo renascimento desse, mas precipuamente em razão do desenvolvimento do poder dos soberanos, pois, “a noção de soberania, que se desenvolve nos séculos XII e XIV, reconhece-lhes o poder de impor regras de direitos aos seus súditos, porque assim lhes agrada e o rei é a fonte de toda a justiça”¹⁰.

Todavia, antes de adentrarmos na questão da lei como fonte primordial de direito nos países com direito de origem romanista, é pressuposto lógico e de suma importância para compreendermos a unidade desse sistema, estudarmos o modo singular de concepção da regra do direito para esta família¹¹. A idéia parte da mudança da maneira de como é entendida e concebida a regra de direito, esta não mais formulada pelo juiz para a solução do caso concreto, mas como uma regra de conduta, geral e abstrata. Uma norma que “surge a partir duma reflexão fundada em parte sobre a observação da prática, mas também, em parte, sobre considerações de justiça, de moral, de política, de harmonia do sistema”¹².

Essa generalidade faz com que, diferentemente dos países de *common law*, a principal tarefa dos juristas, atualmente, seja a interpretação das regras. Dessa forma, enquanto, naquela família, espera-se que as regras sejam o mais precisas possível, no sistema romano-germânico, deseja-se que elas concedam uma liberdade ao juiz¹³, que, no processo interpretativo, lhe determinará “a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema”¹⁴.

Nessa senda, não se pretende que o legislador regulamente pormenorizada e exaustivamente, pois ele não tem como prever *a priori* todas as situações que se apresentarão¹⁵. Aliás, seria inócuo se almejar o contrário, uma vez que a sociedade não é estática e, com a evolução, sempre surgem novos conflitos impensáveis anteriormente. Acerca do tópico, Giovani Ludica arremata que um dia após a

¹⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2003, p.204.

¹¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.79

¹² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.80

¹³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.82

¹⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 256

¹⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.82

publicação de uma lei já passam a ser necessárias outras normas para regular os casos omissos ou as novas exigências do mercado e da sociedade¹⁶.

Destarte, podemos asseverar que a regra germano-românica descreve a conduta a ser seguida, estabelecendo obrigações, permissões e proibições¹⁷. Ainda, além de ansiar por abarcar todos os aspectos relevantes para a tomada da decisão, tem a pretensão de solucionar o litígio. Contudo, isto não faz com que esta seja terminantemente decisiva, porquanto, apesar de estarem preenchidas as condições de sua aplicabilidade, pode não ser aplicada, devido a “razões excepcionais que superem a própria razão que sustenta a aplicação normal da regra”¹⁸.

Nas palavras do ilustre Professor Humberto Ávila, em sua reconhecida obra *Teoria dos Princípios*¹⁹:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Superada esta questão, resta assentar, como já dito anteriormente, que nos países da família romano-germânica a real fonte do direito é a lei. É através dela que os juristas desses países entendem que se chega melhor à solução dos conflitos postos²⁰.

Não há se confundir lei, todavia, com norma. A norma é apenas uma prescrição. Para que se torne lei é necessário um procedimento institucionalizado, variável de Estado para Estado, que conduz à incorporação da norma ao ordenamento jurídico, atribuindo-lhe caráter legal²¹.

¹⁶ IUDICA, Giovanni. *Globalizzazione e diritto*. Contratto e impresa, Padova, v.24, n.4-5, 2008, p. 876.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.71

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.77

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.78

²⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.93

²¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 233

No Brasil, por exemplo, o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, em um sistema bicameral formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, nos termos do artigo 44 da Constituição Federal²². O processo legislativo, por sua vez, “compreende a elaboração de: emendas constitucionais; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções” (artigo 59 da Constituição Federal).

Assim, para que se edite uma lei ordinária no país, v.g, uma das pessoas ou dos órgãos indicados no *caput* do artigo 61 da Carta Magna²³ ou ainda a população, cumpridos certos requisitos²⁴, deve tomar a iniciativa, submetendo o projeto à apreciação da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conforme o caso, que, após aprovação, encaminhará a outra casa para revisão²⁵. Aceito por esta última, ela encaminhará ao “Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará” (artigo 66 da Constituição Federal).

Destaque-se, para concluir, que nos países da família romano-germânica “a lei forma o esqueleto da ordem jurídica, mas a este esqueleto vai ser dada vida, em larga medida, por outros fatores”²⁶, o que se mostra nítido quando os juristas e a própria lei reconhecem a existência de lacunas. A solução, nesses casos, passa pela analogia, pela interpretação extensiva, pelos costumes, pelos princípios gerais de direito, pela equidade e etc.²⁷.

A par disso, não só a origem histórica, ligada ao direito romano, a concepção de regra de direito e a premência da lei consagram a unidade deste sistema.

²² Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

²³ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

²⁴ Art. 61, § 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

²⁵ Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar

²⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.110

²⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 299-304

Igualmente é característico dos direitos da família romano-germânica a divisão entre direito público e direito privado.

A distinção, originariamente concebida pelos romanos, foi acentuada com a ascensão da burguesia no século XVIII, pois esta tinha, na diferenciação entre as normas que regulassem a circulação de riquezas (direito privado) e as que disciplinassem a relação política entre cidadãos e Estado (direito público) a base ideal para o desenvolvimento do liberalismo. Além disso, a construção contribuía para o pensamento de que, se a relação entre governante e governado é desigual, a relação sem o envolvimento de entidades públicas é uma relação entre iguais, fortalecendo a idéia de liberdade contratual²⁸.

Como vemos, portanto, o direito público visa a regular as relações entre os governantes e os governados e o direito privado entre os particulares²⁹. Em outras palavras, o primeiro tutela os interesses gerais, tanto internamente – junto a seus membros, quanto externamente, perante as outras nações soberanas, ao passo que o direito privado disciplina as relações privadas³⁰.

A par disso, impende mencionar que os dois ramos subdividem-se, de maneira que podemos apontar, sem a pretensão de exaurir e aprofundar a matéria, que são ramos que formam o direito público: o direito constitucional, o direito administrativo, o direito penal, o direito financeiro, o direito processual, o direito previdenciário e o direito internacional público. Por sua vez, no direito privado, destacam-se o direito civil e o direito empresarial. O primeiro, o direito privado por excelência, é bem delineado nas palavras do insigne jurista Silvio de Salvo Venosa³¹:

À medida que perguntamos o que devem os membros da sociedade uns aos outros; ou o que é teu; quando estudamos as relações entre os indivíduos e as relações entre os indivíduos e as associações, as relações de família, estamos perante o ramo do direito privado que se denomina Direito Civil.

²⁸ GEOFFREY, Samuel. Derecho romano y capitalismo moderno. In: GEOFFREY, Samuel; MONATERI, P.G. *La invención del derecho privado*. 1ª Ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes-Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006, p.225-226.

²⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.67

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.256

³¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.61

(...)

No Direito Civil preponderam as normas jurídicas reguladoras das atividades dos particulares. Trata dos interesses individuais. Estuda-se a personalidade; a posição do indivíduo dentro da sociedade; os atos que pratica; como o indivíduo trata com outros indivíduos; como adquire e perde a propriedade; como deve o indivíduo cumprir as obrigações que contraiu com outro; qual a posição do indivíduo dentro da família; qual a destinação de seus bens após a morte.

Por fim, no que se refere ao direito comercial, este se distingue do direito civil pela especialização da atividade. Seu objeto é a atividade empresarial, embora se discuta, no Brasil e na Itália, por exemplo, a sua autonomia como ramo do direito privado após a unificação dos códigos civil e comercial nesses países³².

Destarte, como podemos notar, a característica singular da família romano-germânica não é propriamente a influência do direito romano, que foi fundamental em sua formação, senão a utilização da lei como fonte primordial do direito.

1.2 O SISTEMA DO COMMON LAW.

A análise do *common law* deve necessariamente partir da Inglaterra, berço desta família jurídica que, posteriormente, veio a se estender para a maioria dos países de língua inglesa, como os Estados Unidos, o Canadá, a Austrália, a Nova Zelândia, etc. A família em exame, portanto, iniciou sua formação a partir da invasão normanda àquele país em 1066, comandada por Guilherme, o Conquistador, que “refundou uma ordem feudal sob um poder político forte e centralizado”³³.

Dessa forma, na Inglaterra, já a partir do século XII, os reis conseguem impor autoridade sobre o reino, desenvolvendo a sua jurisdição em detrimento das jurisdições senhoriais e locais, que, no decorrer dos séculos XII e XIII, passam a perder a maior parte de suas competências³⁴. O *common law* é, por conseguinte, um

³² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial, volume 1: teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis – introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 80-105..

³³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Tese de titularidade, Porto Alegre, 2002, p.100

³⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2003, p.211.

direito comum a toda a Inglaterra, distinto dos direitos locais existentes antes da invasão normanda, na qual uma assembléia de homens livres, denominada *County Court* ou *Hundred Court*, limitava-se a aplicar o costume local, determinando quem deveria provar a verdade de suas alegações³⁵.

O elemento central que proporcionou esta evolução, todavia, é controverso. Para Gilissen, este evento tem conexão com o desenvolvimento do sistema denominado de *writs*, que consistia basicamente em uma forma de buscar auxílio jurisdicional real, por meio da qual qualquer pessoa que ansiasse por justiça encaminhava uma carta ao Rei. Se considerada fundamentada pelo Chanceler, um dos principais colaboradores do soberano, este enviava uma ordem, denominada writ, a um agente local ou a um senhor para que o réu prestasse satisfação ao queixoso, instaurando-se a jurisdição real. Não o fazer ou não explicar a razão pela qual não o fez, considerava-se uma desobediência a uma ordem real³⁶.

Os *writs*³⁷, que na origem eram elaborados para cada caso, passaram a constituir fórmulas previamente estabelecidas, aumentando o número de litígios nas jurisdições reais. Os senhores feudais, incomodados com esta expansão, tentaram freá-la e, após obterem sucesso com alguns documentos importantes como a Magna Carta de 1215 e as Provisões de Oxfor, de 1258, chegaram a um acordo com o Rei, consubstanciado no *Statute of Westminster II* (1285), segundo o qual o Chanceler não poderia criar novos *writs*, mas poderia utilizá-los em casos similares, o que teria culminado com um profundo alargamento da jurisdição real³⁸.

Em sentido contrário, o respeitado professor Rene David³⁹ entende que a expansão da competência dos Tribunais Reais não tem origem neste Estatuto, mas em uma outra técnica, na qual o autor, em um ato introdutório de instância

³⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.286.

³⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2003, p.210.

³⁷ Exemplo de Writ de hipoteca citado por GILISSEN: O rei ao sheriff, saúde. Dá ordem a N. para que ele, com justiça e sem demora restitua a R. tanta terra (ou a mesma terra) naquela via que lhe empenhou por cem marcos por um prazo já expirado, como disse, que aceite os dinheiros de R. por isso (ou que lhe deixe quite a terra por isso, como disse). E se não o fizeres, que o intimes devidamente a ir a tribunal ... (p.218)

³⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2003, p.210.

³⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.280.

(*declaration*), expunha detalhadamente os fatos e pedia aos juízes que aceitassem julgar o litígio. As ações que eram aceitas passam a ser chamadas de ações *super casum* (*actions on the case*), recebendo, com o tempo, nomes referentes aos fatos que as motivaram, tais como ações de *assumpsit* (ação judicial por quebra de contrato⁴⁰), de *trover* (queixa para restituição⁴¹), etc.

De qualquer forma, a importância dos *writs* para a consolidação do *common law* como um sistema eminentemente processual é incontestável, pois cada *writ* possuía um procedimento específico, determinando a seqüência de atos a ser realizada, regulando eventuais incidentes, a possibilidade de representação das partes, as condições para a admissão de provas e para seu uso, bem como os meios para o cumprimento da decisão⁴². Nesse sentido, de sinalar que, mesmo as *action on the case*, seguiam o procedimento determinado pelo *writ* que se entendia o mais apropriado para o caso *sub judice*⁴³.

O *common law* é, como se percebe, um direito que se desenvolveu com base no processo e não com base em “regras sobre o fundo do direito”⁴⁴. Não é por outra razão que o seu princípio primordial não é o da legalidade, tal como nos países romano-germânicos, mas o do devido processo legal, o *due process of law*⁴⁵.

Sobre este prisma, consoante bem nos leciona *Geoffrey*, enquanto, para as soluções dos problemas jurídicos, no geral, os romanistas começam analisando o direito almejado, os juristas do *common law* buscam inicialmente descobrir a medida judicial pretendida⁴⁶. Para melhor entendermos, utilizemos do exemplo dado pelo

⁴⁰ Disponível em: <<http://dic.busca.uol.com.br/result.html?t=10&ref=homeuol&ad=on&q=assumpsit&group=2&x=0&y=0>> Acesso em: 24/02/10.

⁴¹ Disponível em: <<http://dic.busca.uol.com.br/result.html?q=trover&group=2&t=10>> Acesso em: 24/02/10.

⁴² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.289.

⁴³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.289.

⁴⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2003, p.211.

⁴⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Tese de titularidade, Porto Alegre, 2002., p.104.

⁴⁶ GEOFFREY, Samuel. Derecho romano y capitalismo moderno. In: GEOFFREY, Samuel; MONATERI, P.G. *La invención del derecho privado*. 1ª Ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes-Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006, p.254.

ilustre autor⁴⁷: Um grupo de compositores, de artistas e de sociedades de gravações visava a impedir que o réu fizesse gravações piratas de concertos ao vivo de músicos conhecidos. Assim, enquanto, para os juristas do *common law*, o ponto de partida da solução seria o interdito em si, para os juristas romano-germânicos seria investigar o conceito de direito de propriedade e se aquilo poderia ser considerado como um direito de propriedade.

Enfim, este direito foi criado pelos juízes dos Tribunais de Westminster, que são, diferentemente dos juristas formados nas universidades que lecionavam o direito erudito, práticos do direito, formados como litigantes. O fato de serem práticos é de vital importância para a construção da doutrina dos precedentes judiciais, uma vez que a melhor forma que os advogados tinham para lograr sucesso na lide era lembrar o tribunal que ele já havia decidido litígio idêntico em determinado sentido⁴⁸.

Por óbvio, recorrer-se e respeitar as decisões anteriores proferidas pelos juízes é corolário de um direito jurisprudencial. Entretanto, apenas a partir da segunda metade do século XIX é que a regra do precedente se tornou obrigatória, contribuindo para tal resultado a reforma instituída através dos *Judicature Acts*, que estabeleceram uma hierarquia judiciária e aprimoraram as compilações jurisprudenciais. Até então, costumava-se considerar a solução dada em uma decisão anterior mormente em razão da busca da coesão da jurisprudência e da segurança jurídica⁴⁹.

1.2.1 A Organização Judiciária Inglesa.

⁴⁷ GEOFFREY, Samuel. Derecho romano y capitalismo moderno. In: GEOFFREY, Samuel; MONATERI, P.G. *La invención del derecho privado*. 1ª Ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes-Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006, p.255.

⁴⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2003, p.211.

⁴⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.341.

Antes de nos debruçarmos sobre este que é o ponto cardeal do *common law*, ou seja, o precedente, mister que entendamos um pouco da organização judiciária inglesa:

Inicialmente, releva destacar que, desde outubro de 2009, a *Supreme Court* substituiu a *House of Lords*, como a mais alta corte de justiça inglesa⁵⁰. A nova Corte, apesar de manter basicamente a mesma estrutura da anterior, agora é completamente separada do Governo e do Parlamento, destoando da *House of Lords*, que era igualmente uma Casa Legislativa. O mais alto Tribunal Britânico admite apenas recursos excepcionais e não profere, em média, mais de quarenta decisões por ano.

Segundo grau da chamada *Supreme Court of Judicature*⁵¹ e imediatamente abaixo da *Supreme Court*, a *Court of Appeal*, que se divide em *Criminal Division* e *Civil Division*, tem competência exclusivamente recursal, recebendo as irresignações com relação às decisões criminais prolatadas pela *Crown Court* e das decisões cíveis da *High Court* e das *County Courts*⁵².

A *High Court*, que, hierarquicamente, está logo após a *Court of Appeal* divide-se, de acordo com a matéria, em *Queen's Bench Division*, *Chancery Division* e *Family Division* e, segundo a competência, originária ou recursal, em *Ordinary High Court* e *Divisional Court*, respectivamente⁵³.

Na seqüência, alocamos a *Crown Court*, cuja competência restringe-se à matéria criminal⁵⁴, e que não tem sua posição hierárquica muito bem definida, sendo certo que deve seguir os precedentes da *Supreme Court*, da *Court of Appeal* e das *Divisional Courts*⁵⁵.

⁵⁰ Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov.uk/about/the-supreme-court.html>> Acesso em: 07/04/2010.

⁵¹ "O *Supreme Court of Judicature* é composto por três organizações: o *High Court of Justice*, o *Crown Court* e o *Court of Appeal*" (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.333)

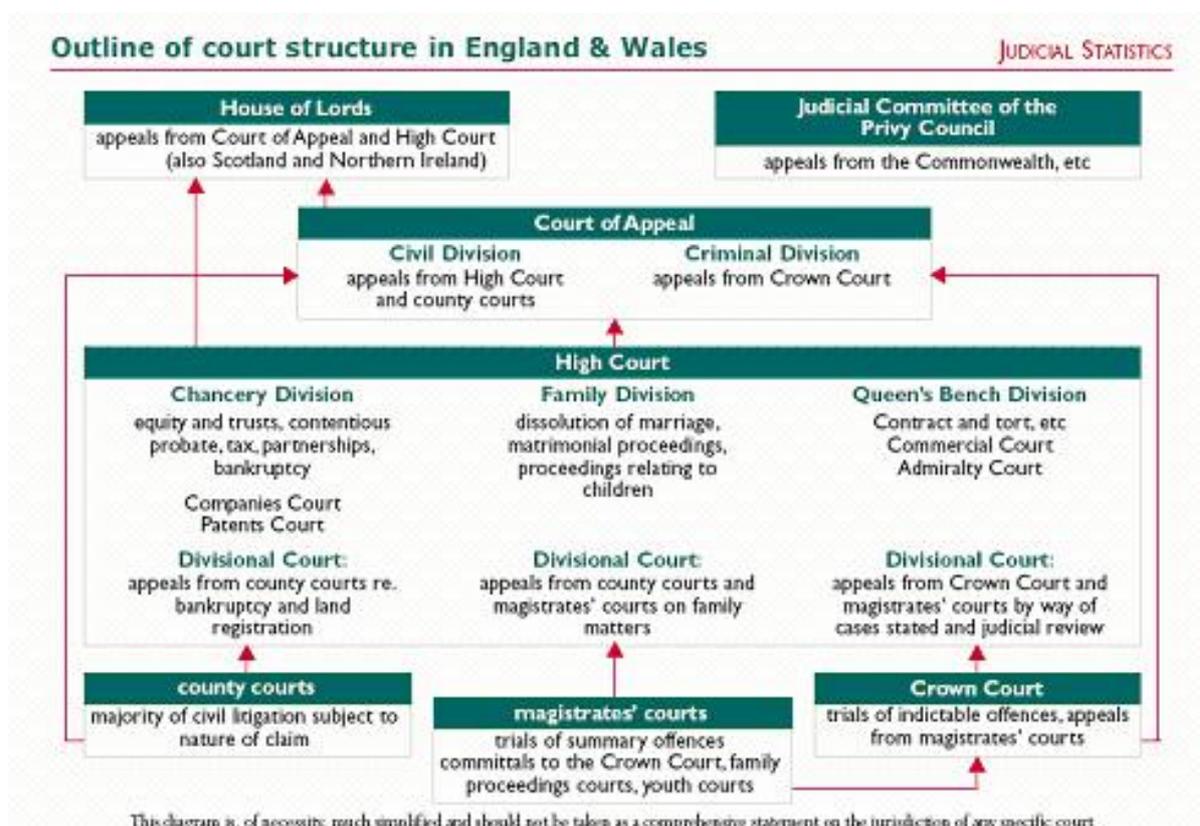
⁵² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.70.

⁵³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.75.

⁵⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.334.

⁵⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.82

Por fim, compõem as denominadas jurisdições inferiores a *County Courts* e a *Magistrates' Courts*⁵⁶. Bem elucidada o funcionamento do sistema judiciário inglês o gráfico abaixo, extraído do *site* da Biblioteca do Congresso Americano, valendo apenas reiterar que a *House of Lords* foi substituída pela *Supreme Court*⁵⁷:



1.2.2 O Precedente

Precedente, de maneira simples, é uma decisão tomada pelo Judiciário anteriormente, de forma que existe em qualquer sistema jurídico. Costuma-se classificá-lo em declarativo ou constitutivo e persuasivo ou obrigatório. Em poucas linhas, considera-se precedente declarativo aquele que aplica norma já existente,

⁵⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.82

⁵⁷ Disponível em: <http://www.loc.gov/law/help/image/uk_chart.jpg> Acesso em: 24/02/10.

seja por que a matéria foi regulada pelo Legislativo, seja por que há decisão judicial sobre o assunto, e criativo aquele que cria uma nova norma⁵⁸.

O que realmente nos interessa, no entanto, é o grau de autoridade do precedente, que nos leva a segunda classificação referida, segundo a qual a decisão pode ser obrigatória ou persuasiva. O precedente é persuasivo, portanto, quando o julgador não tem de segui-lo, fazendo-o por entender que este é correto. Neste sentido, podemos apontar como elementos que contribuem para a sua aplicação ou não: a frequência de seu uso; o prestígio do órgão julgador; a deliberação unânime ou por maioria; o fato de não ter sido prolatado logo após o debate; a presença de opiniões dissidentes e a fama de quem as deu⁵⁹, a hierarquia do órgão que proferiu a decisão, a data daquela, etc⁶⁰.

Bem ilustram a sua utilização, característica do sistema romano-germânico, as expressões verificadas em decisões dos Tribunais Brasileiros como “acerca do assunto tem decidido esta corte”⁶¹, “também tem sido o entendimento desta Câmara”⁶², “nesse sentido também decidiu recentemente”⁶³, “em total consonância com o entendimento desta casa e dos Superiores”⁶⁴, “nesse sentido, confirmam-se os precedentes”⁶⁵, “a hodierna jurisprudência desta Corte (...) vem decidindo”⁶⁶, “nos termos da jurisprudência”⁶⁷, “é pacífica a jurisprudência”⁶⁸, etc.

⁵⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.52

⁵⁹ MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1993, p. 4-14.

⁶⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.53.

⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70030192892*. Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, RS, 12 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

⁶² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70030094510*. Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador Odone Sanguiné. Porto Alegre, RS, 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

⁶³ RIO GRANDE DO SUL, SANTA CATARINA E PARANÁ. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Apelação Cível nº. 0006391-86.2005.404.7003*. Terceira Turma. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, RS, 24 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL, SANTA CATARINA E PARANÁ. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Apelação Cível nº. 0026383-42.2005.404.7000*. Quarta Turma. Relator: Desembargador Hermes Siedler da Conceição Júnior. Porto Alegre, RS, 29 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 970.322/RJ*. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

Por outro lado, o precedente pode ser relativamente obrigatório ou absolutamente obrigatório. Será da primeira espécie se, preenchidas determinadas condições, o órgão julgador, embora originariamente devesse aplicá-lo, puder não o fazer, como em casos de manifesta incorreção. Por sua vez, considerar-se-á absolutamente obrigatório se sua aplicação não comportar nenhuma exceção, impondo-se o precedente mesmo que irracional ou incorreto⁶⁹.

Quanto ao precedente obrigatório, transcrevemos parte da decisão da *Court of Appeal, Civil Division* em *Kadhim v. Housing Benefit Board, Brent* [2000]⁷⁰: “Portanto, a menos que o presente caso possa ser tratado como uma exceção a regra geral do precedente, nós somos obrigados a seguir o mesmo caminho que essa corte na *Goonery*”.

1.2.3 *Ratio Decidendi e Obter Dictum*

Fixada a distinção entre as diversas formas de precedentes, cumpre-nos, agora, determinar se toda decisão ou se apenas parte dela é que se torna obrigatória nos países de *common law*. Antecipando que somente alguns elementos o serão, cabe-nos ainda averiguar quais são estes.

A doutrina do *stare decisis*, expressão que constitui abreviatura da latina *stare decisis et non quieta movere* (manter os precedentes e não alterar pontos estabelecidos) estabelece que apenas a *ratio decidendi*, ou seja, a razão de decidir

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 1017496/AM*. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 529219*. Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 26 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Cautelar nº. 2117*. Tribunal Pleno. Relator: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, DF, 12 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

⁶⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.54-55.

⁷⁰ Therefore, unless the present case can be treated as an exception to the general rule of precedent, we are bound to follow the same approach as did this court in *Gooner* (Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/344.html>> Acesso em: 25/02/2010, tradução nossa).

é que se torna obrigatória, em contraponto aos *obiter dictum*, que são pronunciamentos do juiz não essenciais para a solução do caso⁷¹.

Constitui a *ratio decidendi* um elemento determinante da conclusão da decisão, na essência de sua justificativa. No entanto, não coincide nem com os fatores de fato, nem com os de direito da motivação, sendo resultante, sobretudo, de uns e de outros, em uma complexa interação entre princípios de direito e aspectos da controvérsia, que o juiz considera justificadores e essenciais. Os *obiter dictum*, por sua vez, são aquelas declarações de mera passagem, sem ligação com os fatos decisivos da causa⁷².

1.2.4 Exceções ao Stare Decisis.

Em que pese, no geral, os precedentes serem obrigatórios, existem basicamente três maneiras de subtrair-lhes a cogência⁷³:

I) Apontar vício na estrutura ou no procedimento que determinou a sua formação (defeitos *ab origine*). São, sobretudo, os casos das decisões tomadas *per incuriam*, isto é, na ignorância de uma norma legal ou de um precedente que alteraria o resultado; *sub silentio*, ou seja, quando a *ratio* exprime um princípio ou se refira a um aspecto não integralmente discutido no processo ou, ainda, quando a *ratio* é tão obscura que se torna incompreensível⁷⁴.

II) Considerá-lo não pertinente ao caso, através da técnica do *distinguishing*, por meio da qual, diz-se que, nada obstante as analogias, o caso em exame é distinto do que deu origem ao precedente⁷⁵. Não se trata dos mesmos pressupostos

⁷¹ MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 4-14.

⁷² MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 4-14.

⁷³ MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 4-14.

⁷⁴ MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 4-14.

⁷⁵ MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 4-14.

de fato que justificaram a aplicação da regra que se pretende afastar. É a principal maneira utilizada pelos magistrados dos sistemas de *common law* para se subtrair à autoridade do precedente⁷⁶.

III) Negar a existência dos pressupostos que lhe justifiquem a sobrevivência, caracterizando o denominado *overruling*, forma mais radical de afastar o precedente. Conduz ao cancelamento definitivo de uma *ratio*. O precedente é ab-rogado, sendo substituído por um novo⁷⁷.

1.2.5 Aplicação da Regra do Precedente no Sistema Inglês.

Para Rene David⁷⁸, a regra do precedente teria três preposições muito simples, a seguir listadas: 1ª) As decisões da *House of Lords*, agora *Supreme Court*, são obrigatórias para todos os órgãos judiciários, salvo para ela própria em casos excepcionais. 2ª) As decisões da *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para os tribunais hierarquicamente inferiores e para a própria Corte, exceto, para esta última, no que tange à matéria criminal. 3ª) As decisões da *High Court of Appeal* vinculam os órgãos judiciários inferiores e, não obstante não constituírem precedente obrigatório para a própria Corte, tem grande valor persuasivo e, normalmente, são seguidas por esta e pela *Crown Court*.

No tocante à primeira ressalva, a possibilidade, apesar de pouco utilizada, foi consagrada em 1966 quando a *House of Lords* anunciou, em *Practice Statement*, que, excepcionalmente, poderia se afastar de uma decisão prévia, em razão da possibilidade de ocorrência de injustiça no caso concreto e da restrição ao desenvolvimento do direito⁷⁹. Os critérios para a utilização de tal faculdade foram moldados por *Lord Reid* em decisões entre 1966 e 1975, sendo eles: o critério do

⁷⁶ MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 4-14.

⁷⁷ MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 4-14.

⁷⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.342.

⁷⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.63

uso esparso; o critério da expectativa legítima; o critério da interpretação; o critério da necessidade de ampla reforma; o critério das conseqüências impensáveis; o critério do precedente meramente errado; o critério da retificação da incerteza e o critério da desarrazoabilidade ou obsolescência⁸⁰.

No que concerne às decisões da *Court of Appeal*, todavia, devemos tecer mais algumas considerações, uma vez que não só em matéria criminal que aquele Tribunal pode negar-se a aplicar um precedente seu. Apesar de as hipóteses serem assaz restritas, tanto a *Criminal Division* quanto a *Civil Division* daquela Corte, não são obrigadas por suas decisões anteriores quando há conflito de precedentes, quando o precedente entra em conflito com uma decisão posterior da *House of Lords* e quando ele foi elaborado *per incuriam*, ou seja, na ignorância de um precedente obrigatório anterior, conforme o estabelecido em *Young v. Bristol Aeroplane Co*⁸¹.

Na verdade, a diferença é que, no âmbito penal, a *Court of Appeal*, além das hipóteses acima elencadas, pode destoar de um precedente seu se entender que causara injustiça ao réu. Assim, a flexibilidade da *rule of precedent* nesta Corte é muito maior na *Criminal Division* em razão de primar-se pela justiça e pela liberdade em detrimento da segurança jurídica.

1.2.6 A Organização Judiciária dos Estados Unidos da América.

Em um modo muito semelhante ao utilizado no Brasil, nos Estados Unidos coexistem dois sistemas judiciais, o federal e o estadual. O primeiro formado: pela *U.S Supreme Court*, instância judicial mais alta daquele país, com jurisdição estabelecida no artigo III, seção 2 da Constituição⁸² e que normalmente resolve casos importantes acerca da Carta Magna e das leis federais⁸³; pelas *U.S Courts of*

⁸⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.68

⁸¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.72

⁸² Disponível em: <http://www.constitution.org/constit_.htm> Acesso em 27/02/2010.

⁸³ Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/supremecourt.html>> Acesso em 27/02/2010.

Appeal, estabelecidos em cada uma das 12 regiões americanas e com competência para julgar apelos das cortes distritais localizadas naquela determinada região, bem como recursos de decisões de agências administrativas federais. Ainda, na mesma hierarquia, a *Court of Appeal for the Federal Circuit*, com competência nacional especializada em razão da matéria, como lides envolvendo patentes e casos julgados pela *Court of International Trade* e a *Court of Federal Claims*⁸⁴; e pelas *U.S District Courts*, que são a primeira instância do sistema federal estadunidense, com competência para quase todas as matérias federais, criminais ou civis. São em número de 94 e cada estado deve ter ao menos uma⁸⁵.

Por seu turno, quanto às justiças estaduais, cada Estado tem liberdade para organizar o seu Poder Judiciário. Contudo, eles costumam a manter uma certa similitude, sendo, em regra, compostos por: uma *Court of Ultimate Appellation*, o tribunal supremo do estado, que detém a última palavra no tocante à interpretação da Constituição e das leis estaduais; uma *Intermediate Appellate Court*, com competência em regra recursal, podendo ser, em determinadas matérias, a última instância e, em outras, uma instância intermediária; as *Trial Courts of General Jurisdiction*, distribuídas por todo o Estado; e as *Trial Courts of Inferior Jurisdiction*, que, nas palavras de Ginsburg, são “cortes de julgamento “inferiores” ou para questões triviais (‘petty’) com competência limitada a processos civis envolvendo, relativamente, pequenas quantias de dinheiros e violações menores da lei criminal”⁸⁶.

1.2.7 Das Peculiaridades do *Stare Decisis* nos Estados Unidos da América

Exposta a forma de organização judiciária dos Estados Unidos da América, passemos a averiguar as peculiaridades da utilização do precedente naquele país em relação à maneira em que é aplicado na Inglaterra. Desde já, adiantemos que, nos EUA, a regra do precedente é muito mais flexível, não guardando o mesmo rigor

⁸⁴ Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/courtsofappeals.html>> Acesso em: 27/02/2010.

⁸⁵ Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/districtcourts.html>> Acesso em: 27/02/2010.

⁸⁶ GINSBURG (1996) apud SOUZA

do que no mencionado país europeu⁸⁷, o qual, em razão do grau de respeito ao precedente, é considerado atípico até no âmbito da *common law*⁸⁸.

Assim, se na Inglaterra, a *Supreme Court* somente em casos muito excepcionais pode se afastar de uma decisão sua, na antiga colônia inglesa, a *U.S Supreme Court* pode deixar de adotar um precedente seu se ele não primar pela correção e pela razoabilidade ou, ainda, se ele não se adequar à situação política, econômica e social atual. Alias, a bem da verdade, no país americano, não só a Suprema Corte, mas todos os demais Tribunais não estão obrigados por seus próprios precedentes, em aspecto que diferencia de forma acentuada em relação a seus irmãos ingleses.

Nos EUA, o sistema dual, com a independência das justiças estaduais e federal, nos leva a uma atenuação expressiva da regra do *stare decisis*, de forma que: 1) As matérias federais decididas pela Suprema Corte são obrigatórias para todas as cortes inferiores, federais ou estaduais⁸⁹. 2) As decisões dos *U.S Courts of Appeal* são obrigatórias para as instâncias inferiores daquela determinada região, não o sendo em relação aos outros tribunais federais ou a qualquer corte estadual⁹⁰. 3) As decisões das *Courts of Ultimate Appellation* são obrigatórias para as cortes estaduais inferiores daquele estado e, assim como as decisões dos tribunais federais, não o são para os tribunais estaduais de outros estados e para as cortes federais⁹¹.

Assinale-se que a elasticidade da regra do *stare decisis* nos Estados Unidos, além da existência destas diversas pirâmides judiciárias teoricamente independentes, decorre também de outros fatores, dentre os quais ganham relevo: a) a existência de uma Constituição escrita, que impele a prolação de decisões em

⁸⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.391

⁸⁸ MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di-diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1993, p. 4-14.

⁸⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.96

⁹⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.96

⁹¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.391

consonância com a política pública; b) a cultura acadêmica muito cívica; c) a grande quantidade de decisões publicadas⁹².

⁹² MATTEI, Ugo. Stare decisis negli stati uniti. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 14-22.

2 A TENDÊNCIA DE FORTALECIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA NOS PAÍSES DO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO.

Hodiernamente, tem-se constatado que as duas grandes famílias jurídicas ocidentais estão se aproximando, de sorte a formar um pensamento e um método jurídico mais unificado⁹³. Aponta-se, entre outras razões, que, atualmente, exige-se um direito mais unificado no espaço e flexível no tempo⁹⁴.

Esta exigência de flexibilidade no tempo é reflexo da necessidade de adequação do Direito à realidade. Defende-se que tal atividade não pode ser realizada pela lei sem grande esforço, em razão desta constituir um instrumento rígido, sendo o desiderato melhor alcançado por meio da jurisprudência.

Assim, nos países romano-germânicos, há uma tendência de se atribuir maior relevância as decisões judiciais, fazendo da jurisprudência verdadeira fonte de direito, em um fenômeno bem definido por Galgano⁹⁵ como da substituição do legislador pelo juiz. Dessa maneira, em um sistema em que, *a priori*, somente a atividade legislativa seria fonte jurídica, tendo atingido o ápice com a escola exegética, as decisões dos Tribunais têm crescido gradativamente em importância.

Corolário disso, parece superada a idéia de que a jurisprudência tem tão-somente caráter de fonte interpretativa da lei, não constituindo fonte de direito, nem vinculando os juízes, figurando obsoleta a rígida distinção entre os sistemas de *Common Law* e de *Civil Law* apresentada tradicionalmente pela doutrina, como nas lições de Tércio Sampaio Ferraz Jr:

O sistema romanístico, assim, em oposição ao anglo-saxônico, caracteriza-se, em primeiro lugar, pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões; segundo, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; terceiro, o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias

⁹³ GEOFFREY, Samuel. Derecho romano y capitalismo moderno. In: GEOFFREY, Samuel; MONATERI, P.G. *La invención del derecho privado*. 1ª Ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes-Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006,p.261.

⁹⁴ GALGANO, Francesco. *La Globalización en el Espejo Del Derecho*. Traducido por Horacio Roitman y Maria de la Colina. 1ª Edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

⁹⁵ GALGANO, Francesco. *La Globalización en el Espejo Del Derecho*. Traducido por Horacio Roitman y Maria de la Colina. 1ª Edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p.127.

decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes; em suma, vige o princípio (regra estrutural do sistema) da independência da magistratura judicial: o juiz deve julgar segundo a lei e conforme sua consciência. Por essas razões, a doutrina costuma negar à jurisprudência o caráter de fonte, ao contrário do que sucede com a teoria do precedente no mundo anglo-saxônico.⁹⁶

Deve-se, então, questionar a razão de tal mudança. Veja-se que, com a Escola da Exegese no século XIX, era vedado ao juiz interpretar a lei, sendo-lhe atribuído unicamente o papel de aplicador desta, consagrando a idéia de que o magistrado é apenas “bouche de la loi”. Como se verá no item a seguir, isto foi fruto da tentativa da revolução francesa de eliminar as tradições jurídicas do regime anterior⁹⁷. Erigiu-se a idéia de que a lei, como limitativa da liberdade dos indivíduos, só poderia ser editada com a participação daqueles, o que, incitado na teoria da separação dos poderes de Montesquieu, impôs ao Judiciário a única tarefa de reproduzir o texto legal⁹⁸.

Hoje, todavia, no direito italiano, o novo artigo 374 do CPC, determina que, se a seção da Corte de Cassação separada não quiser seguir o precedente enunciado pelas seções unidas, deverá remeter, com motivação, a decisão do recurso a esta última, que poderão mudar a orientação anterior, utilizando a técnica já estudada do *overruling*, típica do *common Law*⁹⁹. Da mesma forma, como já destacou a Corte Constitucional Italiana, as normas da Corte Européia de Direitos Humanos são aquelas da maneira como interpretadas pelo juiz de Estrasburgo¹⁰⁰.

Igualmente, na Alemanha, há, atualmente, o costume de obediência aos precedentes, embora não vinculantes. A manutenção da jurisprudência neste país é resultado de uma justiça organizada principalmente com base na especialização por temas de direito material, havendo, até mesmo, uma Câmara do *Bundesgerichtshof*,

⁹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 245

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 24-29.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.24-29.

⁹⁹ RICCIO, Angelo. *La rivitalizzazione legislativa della funzione nomofilattica della Cassazione*. *Contratto e impresa*, Padova, v.22, n.3, 2006, p. 827.

¹⁰⁰ FRANZONI, Massino. *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*. *Contratto e impresa*, Padova, v.26, n.2, 2010, p. 371.

semelhante ao nosso STJ, especializada em direito processual¹⁰¹. Além disso, também decorre de uma competência funcional que não admite recursos que não contenham novos argumentos, supondo que eles serão decididos da mesma maneira que os recursos anteriores de igual fundamento¹⁰².

Tem se dito até que na França, embora não declarado abertamente, a influência da jurisprudência tem sido mais sentida¹⁰³. Por seu turno e refletindo esta tendência, no direito positivo brasileiro atual não se admitem recursos (artigo 518, §1º, 543-B e 543-C do CPC), julga-se monocraticamente (artigo 557 do CPC), possibilita-se retratação (artigo 543-B e 543-C do CPC) e cassam-se decisões (art. 103-A, §3º CRFB e 543-C do CPC) com base na jurisprudência.

Ademais, as súmulas são cada vez mais invocadas para defender a tese das partes, servindo, não raras vezes, de fundamento principal para as decisões judiciais. A par disso, não se esqueça que a divergência jurisprudencial é um dos requisitos que autorizam a interposição de recurso especial, consoante artigo 105, c do CPC.

2.1 AS FUNÇÕES HISTÓRICAS DO JUIZ NO *COMMON LAW* E NO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO. A SUPREMACIA DO PARLAMENTO.

De início, para que compreendamos melhor o que neste capítulo se irá expor, mister entendamos a razão que levou, na revolução francesa, a limitar-se a função do juiz a de aplicar a lei, o que não ocorreu com a revolução gloriosa, conquanto, em ambos os casos, tenha se afirmado a supremacia do parlamento.

¹⁰¹ BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.477-478.

¹⁰² BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 138.

Diz-se que a revolução inglesa foi conservadora, não pretendendo desconsiderar o passado e construir um novo direito¹⁰⁴. Não houve, assim, no direito inglês, “o desprezo do que se entendia como correto antes, ou uma divisão do direito entre duas eras, uma pré e uma pós revolucionária”¹⁰⁵. Na França, diferentemente, desejou-se criar um direito desconsiderando completamente o direito anterior¹⁰⁶.

Na Inglaterra, buscou-se opor ao poder absoluto do rei as liberdades tradicionais dos ingleses, representados pelo Parlamento, e não simplesmente substituir este poder absoluto do rei pelo do Parlamento, como se deu na França¹⁰⁷.

No país continental, os juízes aristocratas, com cargos comprados ou herdados, negavam-se a aplicar lei contrária aos interesses de suas classes e interpretavam leis novas, de modo a manter a situação de até então. Já na Ilha, o Judiciário tradicionalmente esteve ao lado do Parlamento na defesa dos direitos dos ingleses e na luta contra o absolutismo¹⁰⁸.

Destarte, na França, como a lei era fundamental para a realização dos objetivos da revolução e os juízes não eram confiáveis, proibiu-se que os magistrados a interpretassem¹⁰⁹. A teoria da separação dos poderes de Montesquieu, combinada à concepção de Rousseau de que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da nação, legitimava o poder central, assim o impôs¹¹⁰.

Na Inglaterra, todavia, como não houve um rompimento com o passado e o juiz era amigo do poder que se instalara, não se teve esta pretensão e o magistrado

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p.194.

¹⁰⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172p. 123.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p.200.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p.195.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p.195.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p.195.

¹¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 127.

podia inclusive controlar os atos do Parlamento, uma vez que este também era submetido ao *common Law*¹¹¹.

2.2A CRISE DA LEI.

Passando a tendência de crescimento do poder da jurisprudência, imprescindível observar com tento a crise da lei, que se externa em duas facetas: a quantitativa e a qualitativa. A primeira decorrente da multiplicação de leis; a segunda, de seu conteúdo.

Quanto à primeira, estudo conduzido pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário, quando do vigésimo aniversário da Constituição Federal, revela que, no âmbito federal, só entre emendas constitucionais, leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas e medidas provisórias foram editadas, naqueles 20 anos, 10.731 leis. Se considerados os decretos, as portarias, as instruções normativas, etc. o número salta para incríveis 150.425¹¹².

Completando este espantoso dado, os Estados editaram cerca de 996.977 e os municípios 2.628.962, totalizando aproximadamente 3,7 milhões de normas e garantindo ao Brasil uma média de 774 por dia útil. Ora, o aumento do número de regras conduz a uma majoração exponencial das possibilidades de combinações e, conseqüentemente, de antinomias e contradições internas, as quais deverão ser solvidas pelo Judiciário¹¹³.

Já no que concerne à crise qualitativa, um exemplo amplamente divulgado pela mídia em 2008¹¹⁴ ajuda-nos também a retratar a que nos estamos referindo: a Lei Ordinária nº 4.621/2008 do Município de Vila Velha- ES, em seu art. 1º, dispõe: *“Ficam os restaurantes e similares que servem refeições à “la carte” e/ou “porções” obrigados a oferecerem desconto de 50% (cinquenta por cento) no preço das*

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p.195.

¹¹² Disponível em: <http://www.ibpt.com.br/img/_publicacao/13081/162.pdf> Acesso em: 29/03/2010.

¹¹³ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.6.

¹¹⁴ Gazeta Online. Quem fez cirurgia de redução de estômago tem desconto em Vila Velha. Disponível em: <<http://gazetaonline.globo.com>> Acesso em: 24/11/2008.

mesmas e/ou servirem meia porção para as pessoas que tenham o estômago reduzido através de cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia.”¹¹⁵

Galgano, em sua Obra *La Globalización en el Espejo Del Derecho*, não deixou de analisar o fenômeno da crise da lei, enfatizando seu aspecto qualitativo. Para ele, haveria uma falta de normas gerais e abstratas e uma propagação de normas especiais, dando corpo aos chamados microssistemas, como o são o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, etc.

Além disso, sustenta que este enfraquecimento é também externado na mudança da função da lei, na tendência de se governar legislando, de administrar com a lei, transformando-a em um simples instrumento de ação política¹¹⁶. O fenômeno ocorre de maneira bem acentuada no Brasil, tendo em 2006, v.g, entrado em vigor 178 normas federais, das quais 70% foram de iniciativa do Executivo¹¹⁷, em que pese, a rigor, tal função competir ao Poder Legislativo¹¹⁸.

Picardi¹¹⁹, discorrendo sobre o assunto, indica o fenômeno da prevalência das fontes secundárias sobre as primárias. Fato, aliás, tão recorrente em nosso país, especialmente nos âmbitos administrativo e tributário. A par disso, frise-se que a lei “assume freqüentemente caráter valorativo e não meramente descritivo, (havendo) necessidade do juiz para ser integrada nos seus conteúdos”¹²⁰.

Ainda, quanto à crise da lei, não podemos olvidar o aspecto econômico envolvido. A lei, como instrumento formal, não tem como resolver com a velocidade

¹¹⁵ Como pode se editar uma lei obrigando estabelecimentos comerciais a reduzirem pela metade os preços de refeições servidas a pessoas que realizaram cirurgia bariátrica? Acaso há algum estudo que comprove que estes efetivamente comam, proporcionalmente, a metade do que a média da população no geral? Não deveriam, outrossim, os estabelecimentos serem compelidos a reduzir os valores para as crianças e para as mulheres e quiçá para quem for muito magro?

¹¹⁶ GALGANO, Franceso. *La Globalización en el Espejo Del Derecho*. Traducido por Horacio Roitman y Maria de la Colina. 1ª Edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p.133

¹¹⁷ SARDINHA, Edson; COSTA, Soraia. *De cada dez leis sancionadas ano passado pelo presidente Lula, sete eram de iniciativa do próprio Governo Federal*. Disponível em <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2007/janeiro-2007/executivo-e-quem-mais-legisla.24/11/2008>> acessado em 30/04/2010.

¹¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

¹¹⁹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.5.

¹²⁰ FRANZONI, Massino. *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*. Contratto e impresa, Padova, v.26, n.2, 2010, p. 367.

necessária as novas matérias fruto da exigência do mercado e da criatividade dos empreendedores¹²¹.

Seu papel para o desenvolvimento da economia de mercado, principalmente no período das codificações, não se desconhece. Os códigos, naquele momento, liberaram a riqueza dos antigos vínculos, tornando como única forma de propriedade a burguesa¹²².

O direito sucessório, estatuidando a igualdade entre co-herdeiros, contribuiu para o fracionamento das grandes propriedades, permitindo a burguesia acesso a este tipo de riqueza¹²³. Ademais, a igualdade introduzida nas legislações permitiu trocas cujos valores não levavam em conta o *status* do contratante¹²⁴.

Assinala-se, contudo, que a lei não consegue mais ser este instrumento de transformação, porquanto a economia contemporânea, em contraposição à lei, é sobretudo meta-nacional e, por estar em constante transformação, exige instrumentos flexíveis para a adequação do direito às mudanças¹²⁵.

Assim, contata-se que não foram os Códigos (corpo de normas) que se mostraram mais úteis ao capitalismo a longo prazo, mas a tradição procedimental dos sistemas de *common Law*, pois os primeiros, pondo demasiada atenção em termos como direito de propriedade, apresentaram dificuldade de se adaptar as transformações desse modo de produção¹²⁶.

2.3A SEGURANÇA JURÍDICA.

¹²¹ IUDICA, Giovanni. *Globalizzazione e diritto*. Contratto e impresa, Padova, v.24, n.4-5, 2008, p. 876.

¹²² GALGANO, Francesco. *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*. Contratto e impresa, Padova, v.17, n.1, 2000, p. 189-205.

¹²³ GALGANO, Francesco. *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*. Contratto e impresa, Padova, v.17, n.1, 2000, p. 189-205.

¹²⁴ GALGANO, Francesco. *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*. Contratto e impresa, Padova, v.17, n.1, 2000, p. 189-205.

¹²⁵ GALGANO, Francesco. *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*. Contratto e impresa, Padova, v.17, n.1, 2000, p. 189-205..

¹²⁶ GEOFFREY, Samuel. Derecho romano y capitalismo moderno. In: GEOFFREY, Samuel; MONATERI, P.G. *La invención del derecho privado*. 1ª Ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes-Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006, p.253.

A par disso, embora se defenda que a lei garante mais segurança jurídica, o que ocorre, de fato, é que, admitindo um rol de interpretações pelo juiz, que não está vinculado a qualquer precedente, bem como sendo possível diversas combinações entre normas, em virtude de sua quantidade, gera-se o efeito inverso, a ponto de a causa restar, muitas vezes, já decidida na distribuição. Assim se dá porque mais importa o julgador e suas interpretações, que as disposições estritas da lei.

Um dos princípios básicos no sistema romano-germânico é o da legalidade, que impõe que os juízes decidam com base na lei escrita, o que pretensamente garantiria a segurança jurídica. Contudo, não se aceitando mais a concepção desenvolvida na revolução francesa de que o juiz deveria somente aplicar a lei, mas admitindo-se agora que o magistrado pode decidir conforme sua própria opinião sobre a lei, fenômeno que encontra ainda maior relevo com a introdução de conceitos vagos, indeterminados e cláusulas gerais, há muito mais flexibilidade e, em contrapartida, muito menos segurança¹²⁷.

O princípio da segurança jurídica, assinalado como essencial ao Estado de Direito, funda-se na concepção de que o homem necessita de segurança para conduzir e planejar sua vida¹²⁸. No geral, a doutrina abrange no conceito de segurança jurídica o princípio da proteção da confiança¹²⁹.

Diz-se que a segurança jurídica estaria conectada aos aspectos objetivos – “garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito”¹³⁰, enquanto a proteção da confiança estaria vinculada aos elementos subjetivos, ou seja, a calculabilidade e previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos, sejam eles o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário¹³¹.

¹²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p.138.

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, p.257

¹²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 62.

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, p.257

¹³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, p.257

Seria construída com base em duas noções: I) a de estabilidade, a qual orienta que, tomadas as decisões pelos poderes públicos, estas não podem ser alteradas de forma arbitrária, devendo ocorrer pressupostos materiais relevantes para tanto; II) a de previsibilidade, que diz respeito à exigência de certeza e da possibilidade de antever os efeitos jurídicos dos atos normativos¹³².

No que tange especificadamente à estabilidade da jurisprudência, embora, no sistema romano-germânico, inexista um direito à manutenção do entendimento judicial, costuma se questionar “como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade na orientação dos tribunais”¹³³.

Especificadamente acerca deste aspecto, Angelo Barbosa Lovis pontua que a segurança jurídica e a estabilidade jurisprudencial estão claramente imbricadas em razão da necessidade de aplicação uniforme da lei como forma de manutenção do princípio em exame, evitando-se a incerteza do jurisdicionado¹³⁴. Isto porque, de nada adiantaria as garantias consagradas para realização da segurança jurídica, se o indivíduo puder ser submetido a uma interpretação diferente de uma já consagrada sobre determinada matéria¹³⁵.

Ora, desta maneira, a pretensa certeza do direito legislado sucumbiria ante a dúvida quanto a sua forma de concretização pelo Poder Judiciário¹³⁶. Não se está defendendo o imobilismo, pois a alteração da ordem jurídica é conseqüência de uma sociedade dinâmica, nem mesmo desconsiderando-se a independência funcional, que permite ao magistrado julgar de acordo com sua convicção. O que se está sustentando é que, “da mesma forma que o juiz não pode alegar sua autonomia

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, p.264

¹³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, p.265

¹³⁴ LOVIS, Ângelo Barbosa. Súmula vinculante: exemplo da interpenetração entre os sistemas da *common law* e da *civil law*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (coordenadores). *Processo nos tribunais superiores: de acordo com a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 370.

¹³⁵ TOSTES apud LOVIS.

¹³⁶ TEIXEIRA, Patrícia Gomes. A uniformização da jurisprudência como forma de realização de valores constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.737.

funcional para julgar *contra legem*, não a pode invocar para eximir-se de seguir os entendimentos institucionalmente uniformizados sobre a lei em tese”¹³⁷.

2.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

Além disso, não se pode desconsiderar a patente violação ao princípio da igualdade, consagrado, em nosso ordenamento jurídico, no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que reza: “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”.

A igualdade aqui tratada é a igualdade formal, “estritamente postulada pelo constitucionalismo liberal: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”¹³⁸. É, ela, um pressuposto para um regime uniforme das liberdades individuais em benefício de todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico¹³⁹. Impõe a igualdade na aplicação do direito.

Diferencia-se da igualdade material, que é a igualdade na própria lei, dirigida ao legislador no tocante ao conteúdo da norma. Esta última determina que se tratem igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Informa que, para os indivíduos com as mesmas características, a lei deve prever idênticos resultados jurídicos¹⁴⁰.

Na Inglaterra, é tão acentuada a preocupação com a igualdade na aplicação do direito que se observa, costumeiramente, a repetição do erro de julgamento da

¹³⁷ TEIXEIRA, Patrícia Gomes. *A uniformização da jurisprudência como forma de realização de valores constitucionais*. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.738.

¹³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, p.426

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, p.426

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, p.427

primeira decisão sobre o assunto nas decisões subseqüentes, de maneira a tratar os casos semelhantes da mesma forma¹⁴¹.

Já, nos países romano-germânicos, deve-se pontuar que a conduta das pessoas não é orientada só pelo texto lei, mas pela lei da maneira como compreendida pela doutrina e pela jurisprudência. Deste modo, aceitar que os juízes possam decidir casos semelhantes de maneiras diversas, “acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados”¹⁴².

Há, por conseguinte, claro desrespeito ao princípio da igualdade, em seu clássico aspecto formal, na medida em que, se este consagra uma igualdade na aplicação do direito, a possibilidade de os magistrados, diante da mesma situação jurídica, chegarem a conclusão diversa, às vezes, diametralmente opostas, esvazia o seu conteúdo.

É o caso, utilizando um exemplo do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de pessoas que postulam o fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos não contidos em listas prévias elaboradas pelo Ministério da Saúde e pela Secretária de Saúde do Estado. Enquanto determinadas Câmaras entendem que a não inclusão do medicamento em listas prévias não pode obstaculizar o seu fornecimento¹⁴³, outras entendem que se, não constante naquelas, a pessoa não tem o direito de exigir o fármaco¹⁴⁴.

A igualdade veda que indivíduos em situação igual sejam tratados arbitrariamente de forma desigual, entendida esta arbitrariedade como aquela que não se baseia em um fundamento sério e razoável, bem como que não possui um sentido legítimo¹⁴⁵. Como nos ensina o ilustre professor Canotilho, conquanto não

¹⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 134.

¹⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 144.

¹⁴³ VER: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70032426157*. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Arno Werlang. Porto Alegre, RS, 09 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 30/05/2010.

¹⁴⁴ VER: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70032869018*. Vigésima Segunda Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. Porto Alegre, RS, 26 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 30/05/2010.

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, p.428

seja o critério definidor da igualdade, a arbitrariedade constitui o limite ao controle judicial, que não pode adentrar nos juízos de oportunidade política da lei, verificar se o legislador encontrou a solução mais justa¹⁴⁶.

Este ponto não destoa do que sustenta Humberto Ávila, tratando do postulado da proporcionalidade, concebido exatamente para combater a prática de atos arbitrários. Para o culto jurista, o legislador não tem o dever de escolher o meio mais intenso, melhor e mais seguro para promover um fim, mas tão-somente um meio que promova o fim¹⁴⁷. O Judiciário, completa, só pode controlar os atos manifestamente inadequados¹⁴⁸.

Não se pode olvidar que o princípio ora tratado é fundamental para o respeito da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da Constituição Federal), “não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos”¹⁴⁹. Assim, deve-se garantir a isonomia dos seres humanos, evitando-se o tratamento discriminatório, “razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material”¹⁵⁰.

2.5 A VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMO EXIGÊNCIA DE NOSSO TEMPO.

Consoante já mencionado anteriormente, não se pode aceitar que o direito seja imutável no tempo e tão diversificado no espaço, impondo-se o crescimento da força jurisprudencial como uma das formas de solução do problema.

¹⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, p.429.

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.117

¹⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.121

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 87.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 87.

No tocante ao primeiro ponto, sendo necessária uma mudança constante do direito, é patente que a lei não se adéqua a exigência de celeridade intrínseca a este aspecto. O rigor procedimental indispensável à edição de leis (arts. 61 a 69 da CRFB) acompanhado ainda pela constante paralisação do legislativo brasileiro em virtude de escândalos, CPIs e votações de medidas provisórias (as quais trancam a pauta – art. 62, §6º da CRFB), acaba com qualquer possibilidade de uma reforma célere a fim de atender às exigências sociais. Nesse ponto importante referir que “a Constituição Federal, como regra, não fixou prazo para que o Poder Legislativo exerça sua função legiferante. Dessa forma, salvo prazos impróprios eventualmente fixados no regime interno de cada uma das Casas, inexistente expressa determinação constitucional”¹⁵¹.

Frise-se, a propósito, que, mesmo na ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, na qual se pretende a prática de atos legislativos ou administrativos a fim de possibilitar a plena aplicação das normas constitucionais¹⁵², não se preestabeleceu qualquer prazo para que o Legislativo atuasse¹⁵³. Entende-se que a fixação de um termo pelo Judiciário afrontaria ao princípio da separação dos poderes, retirando a oportunidade e conveniência que aquele Poder tem para legislar¹⁵⁴. Dessa forma, o Legislativo é apenas cientificado para adoção das providências, podendo eventualmente ser responsabilizado se advir algum dano de sua inércia¹⁵⁵. Em virtude disso, José Afonso da Silva defende que persistindo a omissão, deveria o Judiciário ter o poder de prolatar uma sentença normativa¹⁵⁶.

Sem dúvida, com os problemas aludidos que afligem o legislativo, aumenta-se conseqüentemente o poder dos juízes. Ocorre que “as várias formas de inatividade

¹⁵¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.645.

¹⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2007, p.47.

¹⁵³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.756-759

¹⁵⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.756-759

¹⁵⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.756-759.

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2007, p.56.

do legislador representam uma das principais causas que estão na origem do deslocamento dos poderes ao Judiciário¹⁵⁷.

Aspecto que sobressai como principal impulso da aproximação dos sistemas é justamente a intensificação da criação judicial do direito¹⁵⁸. Sua causa, a par dos motivos antes expostos, também é relacionada à revolta contra o formalismo, porquanto o juiz não pode apenas socorrer-se de argumentos da lógica abstrata para decidir, devendo levar em conta também aspectos históricos, econômicos, políticos, éticos, sociológicos e psicológicos¹⁵⁹.

Este inconformismo é em muito associado com a mudança do papel do estado advinda com o *welfare state*. Isto porque, diferentemente das tradicionais funções do estado, de proteção e repressão, neste novo modelo, exige-se sua constante atuação para realizar os programas sociais, não podendo simplesmente atribuir determinados direitos aos governados¹⁶⁰. Com isto, a legislação se restringe amiúde a definir finalidades e princípios gerais, cabendo aos juízes dar-lhes conteúdo concreto e fiscalizar o cumprimento da exigência de atuação do estado na esfera social¹⁶¹.

Este fenômeno não está dissociado da crise da lei, na medida em que foi a atribuição de cada vez mais funções ao estado que levou ao grande aumento da necessidade de legislação¹⁶². Assim, o rigor necessário para a elaboração da lei, além das constantes discussões partidárias e de política geral, culminaram com a insuficiência do Parlamento para responder com a velocidade necessária a nova demanda, fazendo com que este transferissem significativa parte das tarefas que lhe caberiam, especialmente ao Executivo¹⁶³.

¹⁵⁷ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 6.

¹⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.111-125.

¹⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.31-33.

¹⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.40-42.

¹⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.40-42.

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.43-56.

¹⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.43-56.

O crescimento do Legislativo e do Executivo impõe a expansão do Judiciário, a fim de manter o correto funcionamento do sistema de pesos e contrapesos¹⁶⁴. Exige-se, portanto, a construção de um método de controle adequado ao “Big Government”, notado, na Europa, com o surgimento e a importância dada aos tribunais administrativos e constitucionais¹⁶⁵. Dessa forma, “parece claro que o fenômeno moderno do crescimento do terceiro ramo (Judiciário) oferece uma resposta posterior à indagação (...) como se pode explicar o particular aumento da criatividade judiciária em nossa época”¹⁶⁶.

Por outro lado, a massificação da sociedade, a ocorrência de prejuízos e violações que atingem milhares ou milhões de pessoas, conduziram ao desenvolvimento de formas de tutela coletiva, na qual a função do juiz deve ser muito mais ativa, em virtude de um maior interesse público, bem como de um portentoso interesse privado concernente àquele grupo que será afetado pela decisão¹⁶⁷.

Ademais, a partir do momento em que a lei foi subordinada à Constituição, a jurisdição “não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição”¹⁶⁸. Destarte, o juiz, que passou a realizar o controle de constitucionalidade, deixou de ser submetido à lei¹⁶⁹. Ao Magistrado, a partir de então, é possível, através das técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, conferir sentido à lei diverso do que lhe deu o Legislativo¹⁷⁰.

¹⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.43-56.

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.43-56.

¹⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.55.

¹⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.66-61.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p.210.

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p.209-213

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p.209-213

Já no que concerne à diversidade do direito no espaço, esta é decorrência dos diferentes sistemas jurídicos (*Common Law* e *Civil Law*), bem como dos diversos ordenamentos internos dentro destes sistemas. Entretanto, a jurisprudência atenua as dissimilaridades, aproximando “os direitos”, em uma tendência homogeneizante das orientações jurisprudências¹⁷¹. Galgano, exemplificando a questão, refere que, quase concomitantemente, um juiz italiano e a Corte Constitucional Alemã, embora em ordenamentos distintos, enunciaram a nulidade de contratos com prestações desequilibradas, impostas pelo contratante forte ao contratante fraco, em razão da violação à boa-fé¹⁷².

Para explicar tal fato aparentemente surpreendente, em face das diferenças dos sistemas jurídicos, o culto jurista refere a homogeneidade da cultura que une os julgadores¹⁷³.

2.6 A QUESTÃO DA LIMITAÇÃO DO PODER DO JUIZ.

Com isto, ao que tudo indica, mostra-se mais adequado à época atual o reconhecimento da força criativa da jurisprudência. Ressuma, destarte, a questão de limitação do poder do juiz, sabido que foi devido ao abuso do exercício deste poder, que, com a revolução francesa, acabou tornando-se defeso ao juiz interpretar a lei.

O problema não foi esquecido por autores que analisaram o tema. Com efeito, Picardi, discorrendo sobre a ampliação dos poderes do juiz, sustenta tornar-se palpante “as tentativas de eliminar da discricionariedade do juiz o perigo de abuso e de arbítrio”¹⁷⁴. Aduz, o mencionado autor, após analisar as teorias de criação e de descoberta do direito pelo juiz, que o poder discricionário é uma forma de poder limitado e controlável, situando-se entre o poder vinculado e o poder absoluto.

¹⁷¹ GALGANO, Francesco. *La Globalización en el Espejo Del Derecho*. Traducido por Horacio Roitman y Maria de la Colina. 1ª Edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p.128.

¹⁷² GALGANO, Francesco. *La Globalización en el Espejo Del Derecho*. Traducido por Horacio Roitman y Maria de la Colina. 1ª Edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p.128

¹⁷³ GALGANO, Francesco. *La Globalización en el Espejo Del Derecho*. Traducido por Horacio Roitman y Maria de la Colina. 1ª Edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p.128

¹⁷⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.17.

A liberdade do Julgador, dessa maneira, estaria “vinculada pela imparcialidade (limite processual) e pela razoabilidade (limite substancial)”¹⁷⁵. Estas colocariam o problema no plano da lógica e da argumentação, de modo que a valoração discricionária é assegurada pelo fato de o juiz proceder mediante raciocínios argumentativos, desenvolvidos com respeito ao contraditório¹⁷⁶.

Galgano, com propriedade que lhe é peculiar, assevera que a legitimação do poder do juiz encontra-se no contraditório, o qual só, em casos muito especiais, pode ser postergado. Como sabemos, “o contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação, ou que sabe que todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação”¹⁷⁷. Destaque-se que a legitimação do poder jurisdicional, no caso, está sujeita não só a participação do réu, mas também a do autor, sendo igualmente ilegítimo o processo em que este último não tem possibilidade adequada e efetiva de intervir¹⁷⁸.

O princípio foi cunhado pelos juristas medievais na clássica fórmula *audiatur et altera pars*¹⁷⁹, que veda ao juiz apreciar os pedidos antes de o réu formular a defesa, sugerindo a necessidade de ampla defesa¹⁸⁰. Assim, devem ser excepcionadas as decisões *inaudita altera pars*¹⁸¹, reservadas essas sobretudo para hipóteses em que puder ocorrer lesão ao direito da parte¹⁸². Melhor dizendo, o contraditório prévio eventualmente pode ser afastado quando impedir a realização de outro direito fundamental¹⁸³.

¹⁷⁵ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.20.

¹⁷⁶ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.20.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, volume 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.313

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, volume 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.313

¹⁷⁹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.130.

¹⁸⁰ BAPTISTA, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.146.

¹⁸¹ GALANO, Francesco. *La Globalización en el Espejo Del Derecho*. Traducido por Horacio Roitman y Maria de la Colina. 1ª Edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 164

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.159

¹⁸³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 137

Hoje, fala-se no poder de as partes participarem, no “desenvolvimento e resultado do processo, de forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais”¹⁸⁴. Deve-se, portanto, intensificar o diálogo entre os litigantes e o órgão jurisdicional, concretizando o princípio da cooperação.

As partes, destarte, devem ter a possibilidade de intervir ativamente no processo, impedindo que sejam simplesmente submetidas à definição jurídica ou fática realizada pelo órgão judicial, como se fossem meros objetos da decisão judicial¹⁸⁵. A propósito, nas sempre pertinentes palavras do insigne Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹⁸⁶:

Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial. O mesmo se diga no concernente à formação do juízo de direito, nada obstante decorra dos poderes de ofício do órgão judicial ou por imposição da regra *iura novit curia*, pois a parte não pode ser surpreendida por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida dos contraditores.

Nesse contexto, o papel do advogado para a legitimação das decisões judiciais é inafastável¹⁸⁷, uma vez que estes, ao representarem seus clientes em juízo, constroem o contraditório. Sua importância é expressamente consagrada no artigo 133 da Constituição Federal: “O advogado é indispensável à administração da

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 136

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20de%20Oliveira%20-20formatado.pdf>> Acesso em: 27/06/2010.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20de%20Oliveira%20-20formatado.pdf>> Acesso em: 27/06/2010.

¹⁸⁷ GALGANO, Franceso. *La Globalización en el Espejo Del Derecho*. Traducido por Horacio Roitman y Maria de la Colina. 1ª Edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 165

justiça (...)”. A participação do advogado, então, é fundamento da própria administração da justiça.

3 REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

Feita essas considerações gerais, cumpre agora averiguar alguns dispositivos da legislação brasileira que podem significar uma aproximação com o sistema de *common law*. Referimo-nos, sem prejuízo de outras normas, aos artigos 518, §1º e 557 do Código de Processo Civil, bem como aos artigos 543-B e 543-C, os últimos recentemente introduzidos no mencionado diploma por meio das Leis 11.418/2006 e 11.672/2008. São, para Teresa Arruda Alvim Wambier, alguns dos dispositivos que demonstram que a legislação se dirige a proporcionar um grau socialmente desejável de uniformidade jurisprudencial¹⁸⁸.

Para compreendermos melhor o disposto nos mencionados artigos, mister, inicialmente, que reflitamos sobre o conteúdo das expressões *súmula* e *jurisprudência dominante*.

Consigne-se, antes, que deixamos de analisar o artigo 285-A¹⁸⁹ do diploma processual civil, por permitir que o Magistrado, liminarmente, proferira sentença de improcedência nos processos que versem sobre questões exclusivamente de direito já decididas em casos idênticos, mas sem exigir, ao menos, que a decisão paradigma esteja conforme a orientação dominante, sumulada ou não, de Tribunal Superior. Trata-se de supressão do contraditório como forma de conter a sobrecarga de trabalho no primeiro grau, não guardando o dispositivo, da forma como redigido, relação com a doutrina dos precedentes.

3.1 DAS SÚMULAS.

Consagrou-se no âmbito dos operadores jurídicos brasileiros e, até mesmo, na lei a concepção da que *súmulas* são verbetes formulados com base em

¹⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 146.

¹⁸⁹ Sobre o artigo, conferir as severas críticas de Teresa Arruda Alvim Wambier no artigo *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law* (Revista de Processo, São Paulo, v.172)

entendimento da maioria absoluta dos membros de um tribunal, visando a constituir precedente uniformizador¹⁹⁰. Outro não é o resultado a que se chega da leitura do artigo 479 do Código de Processo Civil: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

Tecnicamente, todavia, súmula significa “o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal, organizado por verbetes numerados sem compromisso com a temática dos assuntos”¹⁹¹. O que se convencionou chamar de súmula, ou seja, entendimento do tribunal sobre determinada questão de direito, na verdade, deveria ser denominado de enunciado¹⁹². Assim, os diversos enunciados comporiam a súmula de determinado tribunal. Mencionada nomenclatura, aliás, é mantida no âmbito da Justiça do Trabalho.

Destaque-se que a súmula, como resultado de incontáveis decisões no mesmo sentido, transcende o caso concreto. Passa a ser um enunciado geral e abstrato aplicando-se a casos similares¹⁹³. Todavia, a súmula, por ser interpretação dada à norma, deve ser mais específica do que esta, não devendo conter termos vagos¹⁹⁴.

Sua origem, no Brasil, remonta à década de 1960, devido, sobretudo ao acúmulo de processos no Tribunal Excelso, sendo seu idealizador o insigne Ministro Victor Nunes Leal¹⁹⁵. No entanto, outros motivos, ligados a aspectos mencionados no capítulo anterior, determinaram o seu aparecimento no país: I) Questões concernentes à segurança jurídica, pois, a súmula permitia um conhecimento da interpretação prevalente e consolidada do STF, tornando previsível para o

¹⁹⁰ LOVIS, Ângelo Barbosa. Súmula vinculante: exemplo da interpenetração entre os sistemas da *common law* e da *civil law*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (coordenadores). *Processo nos tribunais superiores: de acordo com a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006., p. 366.

¹⁹¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.253

¹⁹² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.253

¹⁹³ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Sumula vinculante: legitimação pelo procedimento e participação do *amicus curiae*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.205.

¹⁹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 165.

¹⁹⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.253

jurisdicionado a solução do litígio¹⁹⁶. II) Questões concernentes à igualdade, porquanto, mitigando a divergência de interpretação de determinada norma, contribui para o tratamento igual de casos semelhantes¹⁹⁷.

Ainda, as súmulas, por se tratarem de precedentes, seguindo classificação que já apresentamos neste trabalho, podem ser persuasivas, quando não possuírem força impositiva, e vinculantes, quando o tiverem¹⁹⁸, tal como é o caso daquelas incorporadas no ordenamento pátrio por meio da Emenda Constitucional nº. 45/2004.

No que se refere à vinculação não podemos deixar de distinguir a vinculação interna – que determina que o Tribunal que emitiu a Súmula siga aquele enunciado – e a vinculação externa indireta – que determina que outros tribunais, hierarquicamente inferiores, respeitem a Súmula emitida por um Tribunal Superior.

Acerca da interna, sustenta-se ser esta natural, decorrência da própria idéia de súmula, na medida em que nasceu para tornar uniforme o entendimento, sendo “a expressão da certeza do Direito dentro do tribunal”¹⁹⁹. Já a segunda, externado por meio de normas, como os artigos ora em exame, guarda relação com uma das noções fundamentais do *common law*, de que, em regra, os órgãos judiciais inferiores estão vinculados às decisões dos superiores.

Por fim, deve-se ressaltar a função que o aclamado processualista Luiz Guilherme Marinoni atribui à Súmula Vinculante de individualizar a *ratio decidendi* das decisões do Supremo Tribunal Federal. Isto, segundo o mencionado jurista, ocorreria devido à dificuldade de, no Brasil, lidar-se com as noções de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, próprias do *common law*. Assim, sendo aquela porção da

¹⁹⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.254

¹⁹⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.254

¹⁹⁸ LOVIS, Ângelo Barbosa. Súmula vinculante: exemplo da interpenetração entre os sistemas da *common law* e da *civil law*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (coordenadores). *Processo nos tribunais superiores: de acordo com a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 367.

¹⁹⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.256

decisão, em determinado caso, facilmente identificável, seria despicienda a edição da Súmula²⁰⁰.

3.2 DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE.

No tocante à jurisprudência dominante, esta não constitui um elemento objetivo, ou seja, não é um entendimento majoritário de determinado tribunal, reduzido a um verbete numerado, tal como a Súmula²⁰¹. Afirma-se, além da indeterminação do conceito, ser mínima a probabilidade de se conhecer, por dados estáticos confiáveis, a jurisprudência dominante de dado Tribunal²⁰².

Todavia, costuma-se entender esta expressão, mencionada ainda nos artigos 120, parágrafo único e 544, §3º do Código de Processo Civil, como determinada quantidade de precedentes reiterados no mesmo sentido que predomina no Tribunal. Exige-se que a tese seja atual, porquanto não haveria sentido “a invocação de tese já vencida no tribunal”²⁰³, questionando-se, no entanto, qual o período a ser considerado para tanto²⁰⁴.

Não se confunde com a jurisprudência pacífica, uma vez que esta última impõe a inexistência de oposição séria no órgão jurisdicional utilizado como parâmetro, dando origem, via de regra, às Súmulas²⁰⁵. É, em suma, “aquela que predomina na orientação da Corte, ainda que exista outra orientação igualmente ponderável em contrário”²⁰⁶.

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p.225.

²⁰¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.282.

²⁰² WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante*. Revista de Processo, São Paulo, v. 100, p.82.

²⁰³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.282.

²⁰⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante*. Revista de Processo, São Paulo, v. 100.

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.589

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.589

3.3 DO ARTIGO 557 DO CPC.

O artigo 557 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº. 9.756/98, quiçá tenha sido o primeiro no qual o legislador passou a prestigiar a jurisprudência dominante²⁰⁷, antes estudada. Versa o *caput* do dispositivo legal que “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Permite, o mencionado dispositivo, de maneira ampla, que o Relator negue seguimento ao recurso contrário à jurisprudência dominante ou súmula seja do próprio Tribunal em que está sendo analisado o recurso, seja dos Tribunais Superiores. Frise-se que se trata de faculdade do Relator, não de obrigação, a qual dependerá do grau de convicção deste Magistrado²⁰⁸.

Discute-se, todavia, a questão da cogência quando tratar-se de decisão contrária à Súmula do próprio Tribunal. Consigna-se que, enquanto na hipótese desta afrontar Súmula ou jurisprudência dominante de Tribunal Superior seja fortemente recomendável que o Relator negue seguimento ao recurso, na hipótese de ser esta avessa à Súmula do próprio Tribunal, a norma seria impositiva²⁰⁹, em consonância com as considerações quanto à vinculação interna feitas no item 3.1.

O artigo, fruto da valorização da jurisprudência, “constitui valioso instrumento em prol de uma prestação jurisdicional previsível, justa e tempestiva”²¹⁰. No entanto, tem-se apontado a possibilidade nefasta de o recorrente apresentar argumentos ignorados na elaboração da súmula e que poderiam contribuir para a evolução da jurisprudência²¹¹, que fatalmente não seriam analisados em virtude do

²⁰⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 146.

²⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 147.

²⁰⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.260

²¹⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.282

²¹¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.282

assoberbamento do Judiciário e da dificuldade de trabalhar-se com a regra do *stare decisis*.

Por outro lado, Luiz Wambier defende que o Relator em Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais não poderia negar seguimento ao recurso que tratasse de lei federal com base na jurisprudência da própria Corte, salvo se este entendimento estivesse de acordo com o do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de usurpar a competência deste último²¹².

Ainda, regra o § 1º-A da norma em exame que, “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

A distinção, perceptível da simples leitura do *caput* e do parágrafo retrotranscrito, concerne à impossibilidade de o Relator dar, de imediato, provimento ao recurso, com base em Súmula ou jurisprudência do próprio Tribunal. Ampara-se na idéia de que a reversão da decisão de primeiro grau deve fundar-se em base “firme e quase incontestável”²¹³.

Assenta-se, contudo, nossa crítica às decisões que, lastreadas no §1º-A do artigo em exame, julgam agravo de instrumento sem oitiva da outra parte, o que importa violação ao princípio do contraditório. Isto, pois, conforme o mencionado no item 2.6, a parte agravada não poderá influir na decisão judicial, simplesmente tendo de se submeter aquela. Quanto à ofensa ora preconizada, há forte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²¹⁴, em oposição à lamentável praxe do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo²¹⁵.

²¹²WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante*. REPRO 100, p.83.

²¹³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.284

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1182547 / PR*. Primeira Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvaliho. Brasília, DF, 05 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 1182411 / RS*. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 02 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

3.4 DO ARTIGO 518, §1 DO CPC.

Dispõe o §1º do artigo 518: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

De imediato, vislumbramos que a norma ora tratada difere daquelas que cuidamos no artigo 557 por ser restrita ao recurso de apelação e por referir-se unicamente às sumulas dos tribunais superiores. É uma forma de contenção de recursos pelo juízo *a quo* no momento da admissibilidade recursal.

Em virtude disso, o dispositivo é criticado, pois a análise da conformidade ou não da sentença com um entendimento sumulado dos tribunais superiores é concernente ao mérito do recurso. Além disso, existem súmulas que não devem ser seguidas, em razão de terem sido superadas pela jurisprudência do Tribunal que a editou ou afastadas por subseqüentes²¹⁶, o que contra-indica uma norma como esta.

Assim, a parte pode querer interpor o recurso justamente para demonstrar que aquele entendimento sumulado já foi abandonado pela jurisprudência do STJ ou do STF ou que a sentença aplicou erroneamente a Súmula, por exemplo²¹⁷.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1158154 / RS*. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 27 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Agravo Regimental no Recurso Especial nº 965637 / RS*. Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, DF, 04 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

²¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70036767606*. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Nelson José Gonzaga. Porto Alegre, RS, 18 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70036469179*. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, RS, 17 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70037112687*. Décima Nona Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Mylene Maria Michel Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, RS, 18 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

²¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 148.

²¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 150.

A par disso, quem discorda de determinada decisão, além de pretender por óbvio a sua reforma, deseja também ouvir o pronunciamento de outro órgão, de modo que, inevitavelmente, na hipótese de o recurso não ser admitido com base no artigo em questão, a parte irá interpor agravo de instrumento e, eventualmente, agravo interno se o Relator negar seguimento ao recurso²¹⁸.

Dessa maneira, para a parte ter o pronunciamento do órgão colegiado possivelmente terá, ao invés de intentar apenas uma apelação, de interpor três recursos, o que atenta ao princípio econômico, onerando esta com mais custas processuais²¹⁹, bem como afronta ao princípio da celeridade processual, porquanto demorará tempo consideravelmente maior para obter o mesmo pronunciamento.

Por fim, exige-se que a súmula invocada constitua “fundamento suficiente e determinante da decisão, (devendo), por si só, dar sustentação à sentença”²²⁰. Impõe-se que a questão decidida e objeto do recurso esteja pacificada nos Tribunais Superiores, não bastando, portanto, que a Súmula mencionada na decisão seja apenas um dos argumentos da sentença, sem dizer respeito ao cerne da controvérsia²²¹.

3.5 DO ARTIGO 543-B DO CPC.

Estatui o artigo 543-B do Código de Processo Civil, incluído recentemente pela Lei 11.418 de 2006 que:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

²¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 156-157.

²¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 156.

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.535.

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.535.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Antes de cuidarmos propriamente do dispositivo, mister teçamos algumas breves considerações acerca do Recurso Extraordinário, bem como da questão da repercussão geral, inserta no ordenamento pátrio através da Emenda Constitucional nº. 45/2004 e disciplinada pelo artigo 543-A do diploma processual civil.

Passemos a explanar, primeiramente, o conceito de Recurso Extraordinário. O art. 102, inciso III da Constituição Federal define que compete ao Supremo Tribunal Federal “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 local contestada em face de lei federal”. Assim, a competência recursal do STF estabelecida neste artigo impõe que a decisão recorrida seja última (aquela em que todos os recursos disponíveis já se exauriram) ou única (aquela que não é passível de revisão, porque não há como utilizar todos os recursos possíveis) e que se enquadre em pelo menos uma das alíneas supra.

Todavia, para o Recurso Extraordinário ser analisado não basta a mera ocorrência de qualquer das hipóteses ventiladas no art. 102, III da CF. Ocorre que a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o parágrafo 3º a tal artigo, determinando que:

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.

Deve haver, portanto, para admissão do Recurso Extraordinário, repercussão geral, a qual se encontra conceituada no parágrafo 1º do art. 543-A do CPC: “Para efeito 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 da causa”. A questão deve ser, portanto, relevante (do ponto de vista econômico, político social ou jurídico²²²) e transcendente (ultrapasse os interesses subjetivos das partes). Trata-se de sistema semelhante ao da arguição de relevância, anterior à nossa atual Carta Constitucional²²³.

Como indica a própria preposição “ou”, não é necessário que a dita questão seja relevante sob todos os aspectos mencionados; é suficiente que seja pertinente em somente uma das citadas áreas²²⁴. Por outro lado, pode-se distinguir a transcendência da questão constitucional sob o aspecto quantitativo e qualitativo. Dessa forma, haverá repercussão geral, do ponto de vista quantitativo, quando for expressivo “o número de pessoas suscetíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa”²²⁵ e, sob o aspecto qualitativo, na importância “da questão debatida para a sistematização e o desenvolvimento do direito”²²⁶.

A análise da repercussão geral enseja que somente recursos cuja controvérsia diga respeito à relevante questão constitucional sejam julgados pelo STF, afinal é justamente a partir da apreciação de tais litígios que a Suprema Corte desempenhará a sua função de outorga de unidade ao direito através da interpretação de nossa Carta Magna²²⁷. A unidade do direito referida é tanto retrospectiva quanto prospectiva, isto é, incumbe ao STF compatibilizar as decisões judiciais (função retrospectiva), bem como desenvolver o direito para que este seja

²²² Acerca de cada um desses pontos ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172.

²²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p.166.

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.37.

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.37.

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.37.

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.571.

capaz de responder aos problemas sociais de acordo com as diretrizes oriundas da Constituição (função prospectiva)²²⁸.

Como se vê, o exame acerca da existência da repercussão geral é de suma importância, pois não se pode admitir que questões que não se revistam de relevância sob o ponto de vista constitucional sejam levadas à apreciação da mais alta Corte do país, reconduzindo o STF a sua função de “zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação”²²⁹. Por conseguinte, impede-se que o órgão se torne uma quarta instância e, por outro lado, garante-se uma jurisdição de melhor qualidade, na medida em que, sendo menor o número de casos julgados, os Ministros poderão refletir mais aprofundada e detalhadamente sobre os mesmos²³⁰.

Acresça-se que a adoção de tal mecanismo atenua outra diferença do Brasil em relação aos países do *common law*, nos quais as Cortes Superiores podem escolher julgar apenas as questões que pareçam mais relevantes e graves. Fato este que resulta em uma diferença exponencial entre o número de processos julgados pelas Cortes Superiores daqueles países em relação a dos países da família romano-germânica, garantido maior qualidade e autoridade a jurisprudência destes Tribunais²³¹.

Não se trata, todavia, “como pode decorrer de uma reflexão apressada, de mecanismo para obstaculizar o acesso à Corte Suprema, mas sim, de preservação de sua função, mediante a seleção das causas que realmente mereçam sua atenção”²³².

Assim, existindo repercussão geral, o mérito do Recurso Extraordinário será apreciado (Súmula 456 do STF). Não havendo, os Recursos Extraordinários que

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.198

²²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 167.

²³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 167.

²³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.119.

²³² SAUSEN, Dalton. *A repercussão geral no recurso extraordinário: perspectiva hermenêutica*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007, p.31.

versarem sobre a mesma matéria serão indeferidos liminarmente, nos termos do §5º do artigo 543-A.

É precisamente neste novo contexto de exigência de repercussão geral que, diante da existência de inúmeros feitos versando sobre a mesma questão de direito, foi editado o artigo 543-B. Determina o dispositivo, em seu caput, que, neste caso, os Tribunais de origem devem “selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte”.

Após esta decisão irrecorrível do Supremo Tribunal Federal (art. 543-A, *caput*), da leitura do artigo 543-B, extraímos que: a) caso seja negada existência de repercussão geral, os recursos sobrestados não serão admitidos (§1º, art. 543-B); b) se reconhecida a repercussão geral e, então, julgado o mérito do Recurso Extraordinário, o Tribunal poderá considerar prejudicado o recurso na hipótese da decisão recorrida estar conforme o pronunciamento do Tribunal Excelso ou retratar-se no caso de estar diferente (§3º, art. 543-B); c) não se retratando da decisão contrária ao entendimento da Suprema Corte e admitido o recurso, poderá o STF cassar a decisão ou reformá-la liminarmente (§4º, art. 543-B).

Entendemos, todavia, que a segunda hipótese (letra b) não se trata de verdadeira faculdade do Tribunal de origem, mas de dever de adequação da questão constitucional ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, como forma de garantir a força normativa da Constituição Federal²³³, cuja guarda cabe àquela Corte (art. 102, *caput*, Constituição Federal), bem como de garantir a celeridade processual.

Defendemos, assim como os cultos juristas Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ser caso da vinculação vertical antes estudada, estando os demais órgãos judiciários atrelados à decisão da Suprema Corte²³⁴. Entendemos, assim como eles, que, sendo os procedimentos de aferição de constitucionalidade perante o STF

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.577.

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.61-71.

semelhante nos controles abstrato e incidental não haveria razão para haver vinculação em um caso e não o haver em outro²³⁵.

Em sentido contrário, Guilherme Azem aduz que, no juízo de retratação, não há vinculação obrigatória à decisão do STF²³⁶. Da mesma forma, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, sustentam que a retratação é obrigatória apenas na hipótese de ter sido editada Súmula Vinculante. Sem esta, advogam que a adequação da decisão pelo juízo recorrido ao entendimento do STF deve ser, sempre que possível, a regra geral, sob pena de violação à garantia da celeridade processual²³⁷, uma vez que a decisão inevitavelmente será reformada pela aquela Corte.

3.6 DO ARTIGO 543-C DO CPC.

Estabelece o artigo 543-C do Código de Processo Civil, fruto da Lei 11.672 de 2008:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.61-71.

²³⁶ AZEM, Guilherme Beux Nassif. *Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 119.

²³⁷ NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.943.

manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

A inovação, costumeiramente denominada de “Lei do RESP Repetitivo” estatui que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o exame do mérito do Recurso Especial ocorrerá por amostragem, isto é, os tribunais “a quo” ou o próprio Relator no STJ selecionarão recursos que representem a controvérsia de forma apropriada. Os demais recursos cuja questão seja idêntica, deverão permanecer sobrestados nos Tribunais de origem até que o STJ dê pronunciamento definitivo relativamente à questão. O processamento do recurso, regulamentado basicamente nos parágrafos deste artigo e na Resolução nº. 08 de 2008 do Superior Tribunal de Justiça, é explicado por Araken de Assis, a quem remetemos o leitor²³⁸.

Cuida-se de “idêntico mecanismo de retenção recursal aplicável ao recurso extraordinário (art. 543-B, CPC), dada a finalidade comum de outorga de unidade ao

²³⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.824

direito atribuída ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça”²³⁹. Bem por isso, seus efeitos, sobre os quais nos determos, são também semelhantes.

Dessa maneira, devidamente apreciados os recursos especiais selecionados por amostragem: a) quando a decisão do tribunal “a quo” for idêntica à orientação do STJ, os recursos sobrestados nos tribunais de origem terão denegado seguimento (§7º, I do art. 543-B); b) quando a decisão recorrida destoar da do STJ, o Tribunal “a quo” poderá retratar-se, adequando-se ao posicionamento daquele órgão ou manter a decisão, passando então a fazer a admissibilidade do Recurso Especial (§7º, I e §8º do art. 543-B).

Assim como argumentamos acerca da decisão desconforme com o entendimento do STF no Recurso Extraordinário, não se pode ver a segunda hipótese aqui esposada (letra b) como faculdade do juízo recorrido, sobretudo em virtude da função do STJ de uniformizar a interpretação da lei federal, bem como em razão disto atentar a celeridade processual, pois, admitido o recurso, a decisão será reformada. Este parece ser também o posicionamento do culto jurista Araken de Assis ao asseverar que²⁴⁰:

Os espíritos mais sensíveis ficarão melindrados com a autêntica renovação do julgamento pretérito por força de simples precedente. No entanto, a medida guarda coerência com o objetivo maior de assegurar a isonomia dos litigantes, motivo por que o sacrifício do convencimento do órgão fracionário do tribunal justifica-se plenamente. Dos magistrados exige a disposição o mais alto grau de profissionalismo e, principalmente, baixo índice de pirronice; do contrário, a lei jamais atingirá sua louvável finalidade.

No mesmo sentido e, mantendo congruência com o que discorreram quando trataram do artigo antecedente, Marinoni e Mitidiero, defendem que, a rigor, em virtude da função uniformizadora do STJ, “a necessidade de racionalização da atividade judiciária e o direito a um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, CRFB), o tribunal de origem está vinculado à decisão”²⁴¹, embora apontem que está não é a solução conferida pelo dispositivo legal²⁴².

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.578.

²⁴⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.826-827.

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.579.

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.579.

3.7 DA SÚMULA VINCULANTE.

Também evidencia e, de modo mais nítido, a importância que a jurisprudência vem atingindo em nosso direito, a introdução, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, do art. 103-A da Constituição Federal, o qual dispõe que:

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

Trata-se, conforme menção constante na parte final do *caput* da disposição constitucional, de norma de eficácia limitada, que depende de atuação do legislador ordinário para obter eficácia²⁴³. Esta se deu com a edição da Lei. Nº 11.417, publicada em 19 de dezembro de 2006.

Consoante o disposto na referida lei, seriam possíveis dois mecanismos para a edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes: o direto e o incidental²⁴⁴. A competência para tanto é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, vencida a corrente que defendia poder semelhante aos demais Tribunais Superiores²⁴⁵, posição com a qual nos filiamos.

Podem propor diretamente a edição, a revisão ou cancelamento de súmula vinculante, além dos legitimados para intentar ação direta de inconstitucionalidade (arts. 103 e 103-A da Constituição Federal), “os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares” (art. 3º, XI da Lei 11.417) e o “Defensor Público-Geral da União”

²⁴³ LOVIS, Ângelo Barbosa. Súmula vinculante: exemplo da interpenetração entre os sistemas da *common law* e da *civil law*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (coordenadores). *Processo nos tribunais superiores: de acordo com a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 403.

²⁴⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007, p.557.

²⁴⁵ LOVIS, Ângelo Barbosa. Súmula vinculante: exemplo da interpenetração entre os sistemas da *common law* e da *civil law*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (coordenadores). *Processo nos tribunais superiores: de acordo com a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 401.

(art. 3º, VI da Lei 11.417). Por outro lado, incidentalmente, também os Municípios detêm legitimidade para tanto (art. 3º, §1º da Lei 11.417).

Não há um número determinado de processos para o preenchimento do requisito constante no *caput* (“após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”). O que se exige é a demonstração da questão ter sido suficientemente debatida em decisões anteriores, não sendo “simples criação de regra jurídica pelo Tribunal para disciplinar divergência ocasional”²⁴⁶.

A súmula só poderá ter por objeto, nos termos do artigo 103-A, §1º, desnecessariamente repetido pelo §1º do artigo 2º da lei regulamentadora, “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Necessário haver, portanto, controvérsia entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, devendo esta ser atual e recair sobre a validade, interpretação e a eficácia de normas²⁴⁷. Imprescindível, outrossim, a multiplicação de processos sobre questão idêntica, requisito facilmente aferível, e a ocorrência de grave insegurança jurídica, a qual, embora possa gerar discussões, tende a estar presente em virtude da atual exigência de repercussão geral para o STF analisar os Recursos Extraordinários, podendo também decorrer da própria multiplicação de processos, se estes apresentarem soluções diferentes²⁴⁸.

As súmulas ora tratadas, assim como as súmulas clássicas, têm conteúdo eminentemente jurídico, conferindo, todavia, interpretação vinculante a questões de direito sobre as quais haviam sido proferidas várias decisões em determinado

²⁴⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.267

²⁴⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.267

²⁴⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.268

sentido²⁴⁹. Tal como aquelas, não possuem *obiter dictum*, sendo no todo essenciais e constituindo, como vimos anteriormente, a individualização da *ratio decidendi*²⁵⁰.

Por fim, cabe registrar que contrariada Súmula Vinculante ou sendo esta indevidamente aplicada pela Administração ou pelos órgãos judiciários, cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal (artigo 103-A, §3º), que poderá anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial, determinado que outra seja prolatada, com ou sem a aplicação da Súmula, conforme seu entendimento sobre o caso.

3.8 DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Confirmando esta tendência no direito brasileiro, o anteprojeto do novo Código de Processo Civil inseriu diversos dispositivos dando relevo à importância da jurisprudência. A intenção vem salientada na exposição de motivos²⁵¹:

²⁴⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, p.270

²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p..225.

²⁵¹ Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.

A tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais de segundo grau e superiores é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável.

Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia.

Externando o exposto, determina o artigo 847 do anteprojeto:

Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I - sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II - os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III - a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de

Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoeramento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados.

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.

O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes.

É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amicus curiae*.

O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de *habeas corpus*.

O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida.

Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente. As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência agora se baseiam exclusivamente na existência de *teses contrapostas*, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, são possíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, sejam as decisões de mérito ou relativas ao juízo de admissibilidade.

Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, interna corporis.

Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores. (grifamos). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/anteprojeto.asp>>. Acesso em: 08/06/2010.

juízo de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

Sem dispositivo semelhante no atual Código de Processo Civil, o artigo 847, primeiro do capítulo I do Título I do Livro IV – “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, demonstra o espírito que orientou a elaboração do anteprojeto, restando em seu caput que “Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência”, observado o previsto nos incisos seguintes, dos quais destacamos o II, o III e o IV.

Versa o inciso II – “os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;”. Temos aqui uma espécie de vinculação vertical dentro do próprio Tribunal, evitando que os órgãos fracionários decidam de maneira diversa daqueles que lhes são superiores. Garante-se, assim, a unidade de entendimento dentro da própria Corte, respeitando-se a orientação tomada por órgãos que representam a posição de um número maior de Magistrados em relação ao órgão julgador, desde que haja vinculação entre eles.

Assim, por exemplo, no caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Relator deverá seguir o entendimento do órgão especial em relação à matéria em exame. Não havendo este se pronunciado, deverá então recorrer ao posicionamento do Grupo Cível a que se vincula e, por fim, ainda não tendo esta decisão sobre o assunto, deverá seguir a orientação da Câmara a qual pertence.

Já o inciso III rege que “a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados”. O verbo orientar, diferentemente do verbo seguir constante no inciso II, não imprime cogência.

Vislumbramos duas possibilidades: I) guiar a decisão dos juízes singulares; II) aplicação subsidiária em relação ao inciso um do artigo, na hipótese de haver

jurisprudência pacificada, mas de nenhum dos órgãos superiores ao julgador terem se pronunciado sobre o tema.

Quanto à segunda, valendo-nos da forma de organização do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pensamos na hipótese de diversos Grupos Cíveis terem competência para determinada matéria, já tendo a maioria deles se pronunciado no mesmo sentido acerca de uma questão, sem esta ter chegado à apreciação do órgão especial. Assim, distribuído o feito a Relator cuja Câmara e Grupo a que se vincula não tenham ainda enfrentado a matéria, deverá aquele nortear a decisão pela jurisprudência pacificada do Tribunal.

No mesmo sentido, mas com abrangência maior, destinando-se a todos os juízes e Tribunais e, tendo como parâmetro a jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores (STF, STJ, TST, TSM, TSE), é o teor do inciso IV: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;”.

Por fim, visando a frear a volatilidade da jurisprudência e, tendo por base o interesse social e a segurança jurídica, o entendimento sedimentado dos Tribunais só pode ser alterado com fundamentação específica (§1º), podendo os Tribunais Superiores, quando tratar-se de sua jurisprudência, modular os efeitos da mudança (inciso V).

Já o artigo 865 versa que:

Art. 865. Ocorrendo relevante questão de direito ou multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre órgãos fracionários do tribunal, deverá o relator, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o Regimento Interno indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado dará conhecimento ao Presidente do Tribunal e julgará o recurso.

§ 1º Cientificado da assunção da competência, o Presidente do Tribunal, dando-lhe ampla publicidade, determinará a suspensão das demais apelações ou agravos que versem sobre a mesma controvérsia.

§ 2º A decisão proferida com base neste artigo vinculará todos os órgãos fracionários, salvo revisão de tese, na forma do regimento interno do tribunal.

Como se vê, na hipótese de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a fim de evitar ou sanar divergência entre os órgãos fracionários do Tribunal, o Relator deverá remeter à questão a um órgão que o Regimento Interno indicar, o qual, reconhecendo o interesse público em assumir a competência, comunicará ao Presidente do Tribunal. Este último, por seu turno, determinará a suspensão dos demais agravos ou apelos que versarem sobre a questão (§1º) até o seu julgamento. Decidida esta, em típico caso de vinculação horizontal, em que o Tribunal deve respeitar as suas próprias decisões, ficam os órgãos fracionários vinculados a ela (§2º).

Por outro lado, inseriu-se no anteprojeto do novo CPC, o incidente de resolução de demandas repetitivas, regulamentado nos artigos 895 a 906. O primeiro traça as linhas gerais do instituto e é a seguir transcrito:

Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§ 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

Trata-se de incidente que visa a solucionar de forma idêntica demandas repetitivas lastreadas na mesma tese jurídica, preservando a isonomia e garantindo a segurança jurídica. Dessa forma, identificada controvérsia que possa gerar “relevante multiplicação de processos fundadas em idêntica questão de direito”, com potencial de acarretar grave insegurança jurídica, em virtude de decisões conflitantes, o relator, o juiz, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública

podem requer a instauração do incidente, cujo juízo de admissibilidade e julgamento competirão ao pleno do Tribunal ou ao seu órgão especial (art. 898).

Admitido o incidente, o Presidente do Tribunal determinará a suspensão dos processos pendentes sobre o assunto no primeiro e segundo graus de jurisdição (art. 899), facultando-se às partes, aos interessados, à Defensoria Pública ou ao Ministério Público postular “ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente” (art. 900).

O processamento do incidente exige a atuação do Ministério Público (art. 895, §3º, 897, 902) e permite a ampla participação de interessados (art. 901). Julgado, “a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito” (art. 903).

Ademais, como forma de garantir sua cogência, estendeu-se a possibilidade de reclamação, prevista originariamente para a decisão que aplicasse equivocadamente ou não aplicasse Súmula Vinculante ou, ainda, usurpasse competência do STF, àquelas que não observarem a tese jurídica adotada no incidente em exame (art. 906). Seu processamento e julgamento se dará de acordo com o Regimento Interno do Tribunal cuja decisão foi desrespeitada (art. 906, parágrafo único).

Por derradeiro, o anteprojeto manteve disciplina especial para o julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (arts. 953 a 958), realizando algumas modificações com relação ao sistema atual que merecem destaque. A suspensão dos processos, antes limitada àqueles em que houvesse sido interposto recurso especial (art. 543-C, §1º e 2º do CPC) ou recurso extraordinário (art. 543-B, §1º, CPC), agora foi ampliada para os processos que estiverem em primeiro grau de jurisdição (art. 954, §2º) e para os demais recursos do Tribunal Superior e dos de segunda instância que versem sobre a mesma questão de direito (art. 954, §3º).

A decisão vinculará os órgãos fracionários do Tribunal Prolator da decisão, conforme regra do artigo 956, *in verbis*: “Sendo decidido o recurso representativo da controvérsia, os demais órgãos fracionários ou declararão prejudicados os recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese”.

Por outro lado, acabou-se com a faculdade, que já entendíamos não existir, de o Tribunal de origem, após a decisão dos Tribunais Superiores, manter o seu posicionamento, mesmo que contrário ao daqueles. Assim, determina o artigo 957,II “que serão novamente julgados pelo tribunal de origem, observando-se a tese firmada, independentemente de juízo de admissibilidade, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior.”

Mantendo a coerência com os outros dispositivos e em louvável redação, o artigo 958 dispõe que: “Sobrevindo, durante a suspensão dos processos, decisão da instância superior a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença e aplicará a tese firmada”. Destarte, garantir-se-á que a tese firmada pelos órgãos que detém a competência para determinar a interpretação e aplicação da lei federal, bem como realizar a guarda da Constituição Federal seja aplicada em todas as instâncias, reduzindo incomensuravelmente a insegurança jurídica e o número de recursos, bem como conferindo o almejado tratamento igual àqueles que assim devem ser tratados.

4 O PARADIGMA RACIONALISTA COMO EMPECILHO A UM DIREITO DE CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

Para concluir, façamos algumas considerações quanto à separação de teoria e prática nos países de sistema romano-germânico, à equivocada utilização de um método matemático ao direito e a influência negativa que este histórico pode ter no desenvolvimento da regra dos precedentes.

A origem da distinção remonta ao Direito Romano, no qual se tinham bem separadas as funções do juiz e do parecerista. O primeiro resolvia as questões probatórias, formulava suas perguntas ao jurisconsulto e, após, com base no parecer, solucionava a lide (prática). Já o segundo, alheio às questões probatórias, que recebia solvidas na consulta e, portanto, distanciado do caso, por meio de uma operação lógico- dedutiva, dizia o direito²⁵² (teoria).

O pensamento racionalista, calcado nisto, determinou a utilização do raciocínio analítico, típico das ciências exatas para resolver as questões humanas. Para Aristóteles, a forma padrão deste raciocínio era o silogismo, consagrado na clássica fórmula: “Se todos os B são C e se todos os A são B, todos os A são C”. Nesta algoritmo, a validade da conclusão dependia unicamente da veracidade das premissas e de sua correta substituição²⁵³. Assim, se uma regra proíbe animais em determinado local (A) e cachorro é um animal (B), então este não poderá entrar (C).

Conseqüência do antes exposto, criou-se um “mundo jurídico”, composto pelas normas, em oposição ao “mundo dos fatos”, sendo somente o primeiro objeto de estudo da ciência do Direito²⁵⁴. O direito seria puro conceito e, portanto, independente de qualquer experiência, constituindo uma barreira à criação jurisprudencial²⁵⁵.

²⁵² SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 40-43

²⁵³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*; tradução: Vergínia K. Pupi; revisão da tradução: Maria Ermantina de Almerida Prado Galvão; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios – 2ª Ed, São Paulo, Marins Fontes, 2004, p. 2

²⁵⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.79

²⁵⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.84

Por outro lado, eliminou-se a retórica, porquanto o Direito era uma ciência demonstrativa, propugnando-se a racionalidade das “‘verdades claras e distintas’ de Descartes”²⁵⁶. Assim, a retórica, como disciplina que procura persuadir através do discurso, que necessita do estudo dos argumentos (como razões de escolha), e que “diz mais respeito à adesão do que à verdade”, foi relegada pelos racionalistas²⁵⁷.

Ora, se o direito era claro e certo como a matemática, não haveria razão para interpretação. Com isto, também se assegurava a segurança jurídica, impedindo que o direito se tornasse incerto no momento da sua aplicação²⁵⁸.

Afirmou-se, ainda, que somente o que fosse imutável seria objeto da ciência, desprezando-se o individualismo²⁵⁹. Não por a razão, Montesquieu, assim como Newton na Física, quis reduzir as diversas leis empíricas, “a um pequeno número de princípios determinados”, chegando a afirmar que o “Direito seria sempre o mesmo, enquanto expressão do justo, ‘independentemente de quem o considerasse, fosse Deus, um anjo, ou enfim um homem’”²⁶⁰. Seria, tal como a matemática e outras ciências abstratas e formais, invariável na história.

Este paradigma, embora muitos juristas apontem como superado²⁶¹, é ainda mantido no método de ensino das Faculdades de Direito, nas quais o ensino se restringe às regras. O direito, dessa forma, segue visto como uma ciência demonstrativa e o estudo da retórica permanece afastado²⁶². Mantém-se a idéia de que a análise de casos concretos tem o condão de desmerecer a pureza do direito e que o pensar o individual gerará a insegurança abominada pelo racionalismo²⁶³.

²⁵⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.69.

²⁵⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*; tradução Vergínia K. Pupi; revisão da tradução Maria Ermantina de Almerida Prado Galvão; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios – 2ª Ed, São Paulo, Marins Fontes, 2004, p. 142

²⁵⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36-39

²⁵⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.69

²⁶⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 90

²⁶¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 90

²⁶² SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36

²⁶³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 50.

Destarte, é imprescindível, para que possamos realmente obter êxito nesta tentativa de introdução da regra do precedente, que passemos a dar valor, a estudar os casos concretos. Superarmos a rejeição da análise do diferente, do individual.

Por outro lado, deve-se aprofundar o estudo da retórica e abandonar o insuficiente e impróprio método analítico, que deve ser restrito às ciências exatas. No tocante a este último ponto, Perelman bem diferencia o modo de formulação das decisões no *common Law* e no *civil law*²⁶⁴:

Será suficiente, para motivar, apresentar o silogismo judiciário, que abrange a regra aplicada, a constatação dos fatos subsumidos sob a regra e a conclusão que daí resulta? Evidentemente, se nem a escolha e a interpretação da regra, nem o estabelecimento e a qualificação dos fatos são contestados, esse procedimento de raciocínio está ao abrigo de toda crítica. Mas, se fosse esse o caso, não haveria o litígio. O conflito surge quando um ou vários desses elementos são contestados, e a motivação, tal como a concebe o direito anglo-saxão, consiste em indicar as razões que guiaram a Corte nas opções que julgou preferíveis.

A propósito do estilo da Corte de Cassação da França, escrevem Touffait e Tunc:

“A Corte de Cassação, ao julgar, afirma princípios cujo alcance não procura de modo algum elucidar. Por outro lado, “as constatações de fato” que enfatiza comportam normalmente apreciações, algumas delas discutíveis. Aqui também encontramos correntemente afirmações peremptórias, que convencem mal por esconderem toda uma discussão possível. Daremos alguns exemplos: o juiz francês, principalmente na Corte de Cassação, em geral motiva sua decisão apenas de modo muito formal. Recusando-se a argumentar: se deve responder a todos os meios, não tem de responder a todos os argumentos

(...)

Por antítese, eis como eles apresentam a atitude do juiz da *common Law*:

“Já a audiência permite um diálogo muito livre entre o juiz (normalmente único, em primeira instância) e os advogados. Nada é excluído deste diálogo: versa, ao mesmo tempo, sobre os fatos, os meios, os argumentos, as conseqüências das diversas soluções possíveis – as conseqüências para as partes em causa e conseqüências sociais, pois o direito é uma arte social: no caso de um acidente de trânsito, por exemplo, não se limitarão a um raciocínio lógico, mas examinarão a incidência desta ou daquela regra sobre o comportamento dos usuário da rua e da estrada.

Na prática, a sentença reflete este diálogo. O juiz não procura tanto ser breve quanto ser compreendido. Ele decide, é verdade, mas deseja também convencer.

Por fim, não se pode negar o aspecto positivo de termos experimentado o paradigma positivista, pois, como assentou Ovídio Baptista, com base nas lições de

²⁶⁴ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*; tradução Vergina K. Pupi; revisão da tradução Maria Ermantina de Almerida Prado Galvão; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios – 2ª Ed, São Paulo, Marins Fontes, 2004, p. 214-216.

Thomas Kuhn, “só os que tenham vivido, com um grau significativo de experiência, no seio de um determinado *paradigma*, estarão em condições de descobrir suas naturais insuficiências e inadequações práticas”²⁶⁵.

²⁶⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.74

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendemos com este trabalho demonstrar como os dois grandes sistemas jurídicos contemporâneos tem se aproximado, dando ênfase, em especial, à família romano-germânica, na qual se mostra premente a necessidade de valorização da jurisprudência como forma de obter-se um direito mais flexível no tempo.

Nossa análise quis demonstrar como a lei, por si só, é insuficiente para atender às necessidades de nosso tempo, seja por não garantir segurança ou igualdade, seja por não conseguir regular a infinitude dos casos que surgem com a constante alteração econômica e social. Quisemos traçar um comparativo para demonstrar esta aproximação no Brasil, no qual se percebe nítida e rápida evolução no sentido de adoção de precedentes vinculantes, nos moldes do *common law*.

Vemos que, no início das modificações, um conjunto de decisões em determinado sentido poderia servir de fundamento para se negar seguimento ou se dar provimento a um recurso (artigo 557 do CPC). Posteriormente, ainda com a concepção de um conjunto de decisões congruentes, notamos que se adotou a idéia de posicionamento vinculante (artigo 103-A da CF). Logo adiante, constatamos que se acrescentou a possibilidade de uma única decisão como fundamento para se alterar um julgado ou se negar seguimento a um recurso (artigos 543-B e 543-C do CPC). E, agora, com o horizonte mostrado no anteprojeto, verificamos que se acena com uma decisão única com caráter vinculante (artigo 865 e 895 do anteprojeto).

A intenção do legislador para nós está clara: dar poder criativo aos juízes. Neste sentido, parece-nos que as alterações propostas, principalmente no anteprojeto, irão nos conduzir a um sistema muito semelhante ao estadunidense. A vinculação vertical, embora mitigada quanto à cogência, é patente: os juízes estaduais/federais devem nortear suas decisões na orientação dos Tribunais Estaduais/Federais aos quais se vinculam e dos Tribunais Superiores (artigo 865, III e IV do anteprojeto), os Tribunais de Segundo Grau, por seu turno, devem guiar-se pelo posicionamento das Cortes Superiores (artigo 865, IV do anteprojeto). A vinculação horizontal tanto dos Tribunais de Segundo Grau quanto das Cortes Superiores não deixa de estar presente: Os Tribunais devem manter o entendimento

consolidado, salvo fundamentação “adequada e específica” (§1º do artigo 865 do anteprojeto), sendo vedado a órgão inferior da mesma Corte destoar do posicionamento de órgão superior (artigo 847, II do anteprojeto).

Como tivemos o propósito de demonstrar, todas estas modificações são elogiáveis e, em bom tempo, surgem como resposta à crise da lei. O ideal de conceber-se um direito em que o juiz não tenha poder criativo nasceu falido com o Código de Napoleão. A sonhada completude dos Códigos sempre foi falha, entretanto, hoje, mostra-se de maneira muito mais acentuada em razão da incessante alteração da realidade social e econômica.

Aceitar-se a idéia de um precedente vinculante, como expusemos, é uma forma de garantir uma série de direitos fundamentais postos na Constituição, dentre os quais se destacam a igualdade e a segurança. Evidente que não desconhecemos os obstáculos à implantação do modelo no Brasil e, de um modo geral, nos países do sistema romano-germânico. Dificuldades estas relacionadas, sobretudo, ao paradigma racionalista.

Contudo, é só o fato de já termos vivido esta experiência do precitado paradigma, que nos permite criticá-lo e apontar seus defeitos. Ora, se vislumbramos os problemas da negação de força criativa aos juízes e criamos modificações quanto a isto, muito provavelmente, até como consequência destas transformações, o fim da separação entre teoria e prática e a reintrodução da retórica ocorrerão naturalmente.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. *Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 473-487.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1182547 / PR*. Primeira Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalho. Brasília, DF, 05 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

_____. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 1182411 / RS*. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 02 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

_____. *Recurso Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 965637 / RS*. Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, DF, 04 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

_____. *Recurso Especial nº. 1017496/AM*. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

_____. *Recurso Especial nº. 1158154 / RS*. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 27 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

_____. *Recurso Especial nº. 970.322/RJ*. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Cautelar nº. 2117*. Tribunal Pleno. Relator: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, DF, 12 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

_____. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 529219*. Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 26 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho – 3º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4º Ed. São Paulo: Atlas, 2003

FRANZONI, Massino. *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*. Contratto e impresa, Padova, v.26, n.2, 2010, p. 366-391.

GALGANO, Francesco. *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*. Contratto e impresa, Padova, v.17, n.1, 2000, p. 189-205.

_____. *La Globalización en el espejo del derecho*. Traducido por Horacio Roitman y Maria de la Colina. 1ª Edição. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GEOFFREY, Samuel. Derecho romano y capitalismo moderno. In: GEOFFREY, Samuel; MONATERI, P.G. *La invención del derecho privado*. 1ª Ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes-Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006, p.217-261.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4º Edição. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2003.

INGLATERRA E PAÍS DE GALES. Court of Appeal, Civil Division. *Kadhim v. Housing Benefit Board, Brent* [2000]. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/344.html>> Acesso em: 25/02/2010.

IUDICA, Giovanni. *Globalizzazione e diritto*. Contratto e impresa, Cedam-Padova, v.24, n.4-5, p. 867-888, 2008.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 32ª Ed. rev. e atual. Por Paulo Condorcet. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000

LOVIS, Ângelo Barbosa. Súmula vinculante: exemplo da interpenetração entre os sistemas da *common law* e da *civil law*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (coordenadores). *Processo nos tribunais superiores: de acordo com a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.363-403.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 174-232.

_____. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.579.

_____. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.37.

MATTEI, Ugo. *Stare decisis negli stati uniti*. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 14-22.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

MORETTI, Francesca. *Il precedente giudiziario nel sistema inglese*. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1993, p. 4-14.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-20formatado.pdf>> Acesso em: 27/06/2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*; tradução: Vergínia K. Pupi; revisão da tradução: Maria Ermantina de Almerida Prado Galvão; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios – 2ª Ed, São Paulo, Marins Fontes, 2004.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RICCIO, Angelo. *La rivitalizzazione legislativa della funzione nomofilattica della Cassazione*. Contratto e impresa, Padova, v.22, n.3, 2006, p. 825-828.

RIO GRANDE DO SUL, SANTA CATARINA E PARANÁ. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Apelação Cível nº. 0006391-86.2005.404.7003*. Terceira Turma. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, RS, 24 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

_____. *Apelação Cível nº. 0026383-42.2005.404.7000*. Quarta Turma. Relator: Desembargador Hermes Siedler da Conceição Júnior. Porto Alegre, RS, 29 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70030192892*. Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, RS, 12 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

_____. *Agravo de Instrumento nº 70036767606*. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Nelson José Gonzaga. Porto Alegre, RS, 18 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

_____. *Agravo de Instrumento nº 70036469179*. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, RS, 17 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

_____. *Agravo de Instrumento nº 70037112687*. Décima Nona Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Mylene Maria Michel Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, RS, 18 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 26/06/2010.

_____. *Apelação Cível nº 70030094510*. Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador Odone Sanguiné. Porto Alegre, RS, 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 30/04/2010.

_____. *Apelação Cível nº 70032426157*. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Arno Werlang. Porto Alegre, RS, 09 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 30/05/2010.

_____. *Apelação Cível nº 70032869018*. Vigésima Segunda Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. Porto Alegre, RS, 26 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 30/05/2010.

SARDINHA, Edson; COSTA, Soraia. *De cada dez leis sancionadas ano passado pelo presidente Lula, sete eram de iniciativa do próprio Governo Federal*. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2007/janeiro-2007/executivo-e-quem-mais-legisla.24/11/2008>> Acesso em: 30/04/2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAUSEN, Dalton. *A repercussão geral no recurso extraordinário: perspectiva hermenêutica*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Tese de titularidade, Porto Alegre, 2002, p.100.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008

TEIXEIRA, Patrícia Gomes. A uniformização da jurisprudência como forma de realização de valores constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.733-745.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial, volume 1: teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis – introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante*. Revista de Processo, São Paulo, v. 100.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, v.172, p. 121-174.