V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

CRISTIANO BECKER ISAIA

GABRIEL VALENTIN

DARCI GUIMARÃES RIBEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia, Darci Guimarães Ribeiro, Gabriel Valentin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-268-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Novo Código de Processo de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, dada mesmo a complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, por ocasião do V Encontro Internacional do Conpedi, realizado em Montevidéu/UY, de 08 a 10 de setembro de 2016.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi presidido pelos Professores Doutores Cristiano Becker Isaia e Darci Guimarães Ribeiro, do Brasil, e Gabriel Valentin, do Uruguai. Um total de 15 (quinze) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em 3 (três) grupos.

No primeiro, o foco centrou-se principalmente no universo das teorias decisórias e no próprio papel da magistratura em cenários de Estado Democrático de Direito, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância, tais como ativismo judicial, função das súmulas vinculantes, democratização do processo e judicialização da política. No segundo, destacou-se o enfrentamento verticalizado dos princípios processuais, vindo à tona principalmente questões relacionadas à segurança jurídica, coisa julgada, dignidade da pessoa humana e cooperação processual. No terceiro, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos à técnica processual, quanto então se dialogou sobre o sistema de recursos e precedentes, relações entre direito processual, direito do trabalho e direito administrativo, e o mecanismo de tutela provisória instituído pelo Novo Código de Processo Civil.

Fica assim o convite à leitura dos trabalhos, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Prof. Dr. Gabriel Valentin – Universidad de la República Uruguay

A ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS DE VIA EXTRAORDINÁRIA E O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: RETRATO DE UMA TRADIÇÃO INAUTÊNTICA

THE ADMISSIBILITY OF EXTRAORDINARY REVIEWS AND THE SYSTEM OF BINDING PRECEDENTS IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURAL: PORTRAIT OF AN INAUTHENTIC TRADITION

Stefani Urnau Bonfiglio [1]

Resumo

Por esse artigo objetiva-se analisar como a pretensão de inserção no novo Código de Processo Civil de um "sistema de precedentes vinculantes", com a adoção de padrões decisórios importados dos sistemas de tradição da common law, pode ser imprestável aos fins para os quais foi planeado, eis que, dissociado de nossa tradição e do sentido que lhe é próprio. Situação que, pretende-se demonstrar, pode ser evidenciada pela subtração de competência do STJ e STF para o julgamento da admissibilidade dos recursos de via extraordinária e a conseqüente obstaculização do pleno exercício da distinção e da superação de precedentes.

Palavras-chave: Precedentes vinculantes, Admissibilidade dos recursos extraordinários, Novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this paper is to analyze how the intention to include a "system of binding precedents" in the new Code of Civil Procedures, by adopting decision techniques, imported from the common law tradition systems, may turn out to be useless regarding the expected goals, once it becomes detached in our tradition and loses its original sense. This can be observed in the subtraction of competence of the Supreme Court of Justice and the Supreme Court of Brazil when judging the admissibility of extraordinary reviews, and the consequent hindrance regarding the full distinction and overruling of precedents.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Binding precedents, Admissibility of extraordinary reviews, New code of civil procedures

[1] Doutoranda em Direito pela UNISINOS

1. Introdução.

A vigência em março de 2016 de um novo Código de Processo Civil impõe aos operadores do direito não só as adequaçõesinstrumentais e pragmáticas próprias dessa área de conhecimento mas antes, a percepção acerca da implementação de um novo constructo para a solução jurídica de conflitos. Trata-se da implementação de um particular "sistema de precedentes vinculantes," ou seja, um conjunto de pronunciamentos judiciais aos quais, pela nova lei, se atribuirá efeito vinculante. Dentre eles, os enunciados de súmulas vinculantes, as súmulas do STJ e STF, os acórdãos decorrentes do julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos, ou de assunção de competência e os acórdãos decorrentes de incidente de resolução de demandas repetitivas. Essa construção teórica cuidadosamente inserida no texto legal após anos de debate, decorreu da consolidação do movimento de jurisprudencialização do direito brasileiro e da pretensão de, por ele, se alcançar aqueles que parecem ser os valores essências da justiça atual, quais sejam, celeridade, eficiência e previsibilidade.

Esse novo modo de ser e compreender a operação do sistema judicial civil, que dá ao resultado da produção judicial contorno imperativo, prescritivo e ao que tudo indica, abstrato, comporá o Direito naquele que é (ou era) o papel constitucionalmente entregue a Lei e, mais contemporaneamente, as súmulas vinculantes. Ao ganhar suporte normativo, o movimento de jurisprudencializaçãodo direito no Brasil evidencia a mitigação da lógica da supremacia do legislador pela supremacia do judiciário e,a adesão a um modelo interpretativo e de aplicação do direito completamente exógeno e, em muitos sentidos, mal compreendido. Isso tudo em um contexto de tradição do pensamento social e jurídico completamente diverso daqueles de onde decorreram os sistemas de precedentes e de *staredecises,* próprios da tradição da *common law*.

Sucede que, como se demonstrará ao final desse estudo, já na criação desse "sistema de pronunciamentos judiciais vinculantes" se deflagrou a fragilidade e a insubsistência da pretensão de se alterar por meio de lei o modo de aplicação do direito, desconsiderando sua tradição e os operadores a quem se dirige. É o que se vê quando da análise das conseqüências da reforma da Lei 13.105/2015 que institui o novo Código de Processo Civil, pela Lei 13.256/2016, especialmente para alterar a competência quanto a admissibilidade dos recursos de via extraordinária, isso porque, como se pretende demonstrar, essa reforma constitui claro atentado contra o planeado sistema de precedentes vinculantes. Sendo o objeto central do presente estudo discutir quais as conseqüências imediatas dessa reforma e o potencial de, a

partir dela, vermos inexoravelmente inviabilizado o exercício da distinção (distinguishing) e da superação (overruling) que são atributos indelegáveis por parte dos tribunais superiores, e componentesessenciais da constituição de um sistema de precedentes vinculantes. Demonstrando-se assim, em retorno a hipótese inicial que, o modo de operar o direito em um sistema não se faz por meio de lei, tampouco decorre de qualquer outro movimento que não o da tradição autêntica de cada sociedade.

Considerando esse quadro o presente artigo, que utiliza-se da metodologia de revisão bibliográfica, se desenvolverá em dois itens, sendo o primeiro dedicado a origem da tradição da *common law* e, do reflexo da inclusão acrítica e descontextualizada de institutos próprios dessa tradição em nosso sistema. Sendo a perspectiva nesse primeiro momento claramente voltada a compreensão de como essas tradições revelam à luz de análises atuais, caminhos e condições de possibilidade completamente diferentes e condicionam, por sua vez, dinâmicas diversas de seus operadores e jurisdicionados.

Num segundo momento e, tendo em conta a constituição pelo novo CPC de um sistema de precedentes vinculantes, traçaremos uma conexão entre a tradição da *common law* e o processo de jurisprudencialização do direito brasileiro para então, ser possível responder ao problema proposto, consistente em determinar em que grau as alterações trazidas pela Lei 13.256/2016, no tópico da admissibilidade dos recursos de via extraordinária, afeta o sistema de precedentes vinculantes e deflagra o despreparo dos operadores do direito brasileiro para enfrentarem modelos de aplicação do direito exógenos a sua tradição.

2.A tradição jurídica da *common law*: aportes para a análise crítica acerca da implementação de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil.

Há mais de seis anos a Presidência do Senado brasileiro nomeou por Ato do Presidente do Senado (n.º 379/2009) uma Comissão de Juristas a quem atribui a redação do Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil e que,por seu presidente, o Ministro Luiz Fux, esclareceu o mote ideológico para a criação de um novo CPC, consistente na necessidade de se "[...]resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere"[1] e, a intenção de tornar "[...] 'segura' a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de 'surpresas', podendo sempre prever, em alto grau, as

[1]Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 09 de out. 2015, p. 7.

conseqüências jurídicas de sua conduta."[2] Esse ideário, decorrente em larga medida na profunda crise decorrente do vazio de legitimidade (e até mesmo de representatividade) do Poder Legislativo, lastrou a idealização de um modelo/sistema de resolução de demandas jurídico-sociaistendo como suporte não a lei mas, a produção judicial, notadamentepor meio da criação de um sistema de pronunciamentos judiciais com caráter vinculantea partir da incorporação legislativa de alguns institutos próprios do sistema da *common law*.

O fenômeno de convergência entre a *civil law* e a *common law*ao ganhar contorno legal desvelou a idéia que muito se tem repetido nos últimos anos, principalmente a partir do acirramento pela defesa da súmula vinculante, acerca da eficiência, da estabilidade e da confiabilidade próprias de sistemas judiciais originados da tradição da *common law*[3] e, por outro lado, acerca das vicissitudes insuperáveis dos sistemas originários da tradição romano canônica, como o personalismo, resistência a homogeneidade, ausência de responsabilidade pessoal e a não superação dos padrões decisórios próprios do positivismo (de primeira fase).

Essas premissas, mesmo que acertadas, não escapam a circunstância de que, uma tradição jurídica não se encerra ou corresponde a um conjunto de normas legais, a uma estrutura organizacional ou a qualquer outro sistema que possa ser artificialmente criado ou estrategicamente projetado, senão que decorre de um longo percurso histórico, condicionado pelas variantes políticas, organizacionais e filosóficas que lhe são constitutivas e decorrentes. "A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão".[4]Assim é que a tradição da *civil law*encontra sua base no direito romano e se desenvolve tendo como mote a criação de regras de conduta voltadas a justiça e a moral e, visando a regulação do convívio entre as pessoas e dessas, com o Estado. Já a tradição da *common law* é "formada pelos juízes, que tinham que resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem. A regra de direto da *common*

[2]Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 09 de out. 2015, p. 19.

[3] Analisando a "ética" subjacente aos precedentes, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o caldo cultural e ético no qual o sistema legal brasileiro se insere, tendo decorrido da tradição da *civil law* é responsável pela contingência que hoje vivenciamos: "Os sujeitos protagonistas de uma cultura patrimonialista, avessa à impessoalidade, têm a 'generalidade da lei' como um empecilho ao desenvolvimento de suas aspirações. Nessa cultura o sujeito não se sente obrigado a se comportar de acordo com o direito e, portanto, apoiado nas suas relações, deve escapar da lei que lhe traz prejuízo. Esse é o espaço do 'homem cordial', do sujeito incapaz de viver diante de organizações e instituições caracterizadas pela racionalidade e pela impessoalidade. Há uma nítida conexão entre a incapacidade de conviver com a impessoalidade – e, assim, com a generalidade da lei – e a irracionalidade da distribuição da justiça. [...] A cultura do 'homem cordial' não é apenas desinteressada, mas sobretudo receosa a um sistema precedentalista." In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes:* justificativa do novo CPC. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 102-103.

[4]MERRYMAN, John Henry. *A tradição da civil law*: uma introdução as sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 23.

law, menos abstrata que a regra da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo."[5]

Quanto a essatradição é de se referir que, no período compreendido como de sua formação (1066 a 1485) os esforços engendrados foram no sentido de administrar a terra e o poder conquistados. Para que essa organização se desse de forma eficiente, ou seja, com habilidade para reunir diferentes povos e mandos, sob o comando de um mesmo gestor, se fez necessário ao mesmo tempo resguardar um poder mínimo a cada um dos senhores feudais e reunir sob a mesma direção (veredito) algumas questões mais relevantes (terras, finanças reais e crimes graves) até então decididas de forma descentralizada e com base nos costumes locais (por ação de mandos locais ou regionais) superando a fragmentação do "direito" (confusão entre as regras anglo-saxas e as normandas), a fragilidade da efetivação das decisões, bem assim, dos mecanismos de prova e de persecução criminal e a insatisfação daí decorrentes. Para tanto Henrique IIconstitui juízes aptos a decidirem às questões relativas a terras, determina a formação de tribunal do júri para as questões civis e criminais por todo o território, e afasta do procedimento o uso de provas obtidas por meio de ordálias ou disputas, criam-se as *Courts Baron*, *CourtLeet*, *ManorialCourts*. "Os litigantes acorreram a esses novos tribunais e seus novos processos [...] Os antigos tribunais locais foram tristemente abandonados, não por causa de alguma lei ou de um esquema ardiloso a favor do rei, mas por causa da qualidade da justiça dispensada pelos seus juízes".[6]

Ao rei estava designadoresolver apenas àquelas questões mais relevantes, capazes de afetar o próprio ideário de justiça ou a paz instituída a partir de um esquema feudal estrategicamente organizado[7]. Assim a "*Curiaregis*" deslocava-se pelo reino para responder aos mais altos reclamos e dar a esses o *writ* adequado, entretanto, tal jurisdição não era comum, tampouco acessível a qualquer interessado e, mantinha-se em paralelo aos meios originais de resolução de conflitos(CountyCourt ou HundredCourt). Sistematicamente,

[5]DAVID, René. Os grandes sistemas do direito comparado. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25. Caenegem refere que "está claro que o *common law* foi produzido por juízes, que o Direito romano medieval e moderno […] foi produzido por professores e que uma enorme massa do Direito revolucionário francês foi produzida por legisladores." In: CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores*: capítulos de história jurídica européia: palestras Goodhart 1984-1985. Tradução Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 47.

[6]CAENEGEM, 2010, p. 80.

[7] "O conquistador soube precaver-se contra o perigo que representariam para ele vassalos muito poderosos; na distribuição das terras aos seus súditos não formou nenhum grande feudo, de modo a que nenhum 'barão' pudesse rivalizar com ele em poder [...] É como um exército acampado na Inglaterra; o espírito de organização e de disciplina manifesta-se na redação, a partir de 1086, do *Domesday*, documento em que são referenciados os 15.000 domínios (manors) e os 2000.000 lares então existentes na Inglaterra. Este caráter militar, organizado, do feudalismo inglês é um dos elementos que vai permitir, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento da *common law*." In: DAVID, 2002, p. 358.

algumas dessas instituições vão se desvinculando do trânsito real e passam a compor tribunais régios com sede fixa, como por exemplo, o de Westminster e, com o decurso do tempo, as "*countycourts*" e, o direito delas decorrente,vão sendo suplantadas e, por conseqüência,forma-se um direito comum em detrimento ao direito local.

Assim é que na origem da tradição da *common law* nãoestá um sistema de precedentes, senão um sistema de processualização sem qualquer caráter prescritivo, mormente de conteúdo material. Ao contrário do que, muitas vezes se afirma, os "precedentes" como hoje o compreendemos, foram se formando como conseqüência do processo decisório e não como razão de ser dessa atividade. O acúmulo de casos constituiu uma universalidade, uma comunidade de decisões que acabaram por lastrar outras argumentações sem qualquer poder vinculante previamente estabelecido. "Nem os juízes elevaram seu trabalho ao nível de regras fixas, nem atuaram posteriormente por meio de dedução a partir de seu próprio trabalho; nem colocaram a uniformidade como um prêmio resultante de seu trabalho."[8]

É sóno período moderno da *common law* (século XIX e XX), notadamente após a reorganização judiciária determinada pelo *JudicatureActs* (1873-1875), sob forte influxo de conhecimentos adquiridos a partir dos estudos realizados acerca de institutos próprios da *civil law* que direito inglês passa a atender aos direitos substantivos. O incremento da legislação e o conhecimento da jurisprudência passam a ser publicados na Law Reports (a partir de 1865) dando ao direito inglês uma organicidade até então desconhecida mas, sem qualquer aproximação com o modelo de codificação próprio da *civil law*.[9]

Também é a partir desse momento que se consolida a idéia de precedente como criação (ou declaração) do Direito e de vinculação aos precedentes, sem que contudo, se possa confundir a existência da *common law* com *staredecisis* e *ruleofprecedent*.Aidéia de precedente, ou seja, da orientação para decidir determinado caso em conformidade com as razões dadas em decisão de outro semelhante e anterior, decorreu do percurso evolutivo da *common law* e não, de uma imposição preexistente desde logo, quer na tradição, quer em lei.[10]

---

[8] GLENN, H. Patrick. *Legal Traditionsofthe World*: sustainablediversity in law. 3 ed. New York: Oxford University Press, 2007, p. 238-239. Tradução livre do original: "Neither set of judges elevated their work to the level of fixed rule; neither proceeded thereafter by way if ineluctable deduction from their own previous work; neither placed much premium on uniformity of result."

[9] DAVID, 2002.

[10] "For what does it meantosaythatprecedentsbind? The answerseemstobethatprecedentsbindbecausejudgesconsiderthemselvestobeboundbythem, oratleastboundtotakeaccountofthem." In: DUXBURY, Neil. *The natureandauthorityof precedente*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 15.

A concepção vinculante dos precedentes só se desenvolve no século XIX quando o caráter vinculante das decisões proferidas pela *ExchquerChamber*[11] deixou de ser aplicado somente em sua própria esfera (precedente datado de 1483) e passou a condicionar também as Cortes de Justiça, determinando o corte hierárquico entre instâncias de julgamento, séculos após a implementação de um *IusCommune*.

De qualquer forma, assim como a doutrina dos precedentes decorre da evolução da *common law*, o *staredecisis* decorre da evolução da doutrina dos precedentes, condicionada quer pelo percurso técnico-prático do sistema judicial, quer em decorrência da conjuntura político-social e cientifica, quer pela viabilidade de registro dos precedentes através dos *Law Reports.*A reprodução dos precedentes a partir dos Relatórios Particulares e, posteriormente dos Relatórios de Casos (*Law Reports*) viabilizou a necessária distinção entre a entre *ratiodecidendi* e dictum, condição para que se lhes atribuísse poder vinculante e, para que tal efeito encontrasse justificativa racional, de acordo com a "teoria científica do conhecimento."[12]

Assim é que o precedente, desde sua origem, foi associado a *ratiodecidendi* (holding) que "mostra que a tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto (*ruleoflaw*), e não a parte dispositiva da decisão, que produz eficácia vinculante e que deve nortear a interpretação judicial em momento posterior."[13]Como referido ao início desse estudo, o juiz da *common law* sempre esteve vinculado a um caso, considerando os fatos constitutivos particulares a esse caso e decidindo-o, sem qualquer pretensão de, a partir de então prospectar a *ruleoflaw*

[11] "Tornou-se hábito nas Cortes do reino inglês a reunião dos juízes para discutir os casos mais importantes e complexos, sendo que, no início do século XV essas reuniões eram freqüentemente realizadas na chamada 'Câmara Exchequer'(*ExchequerChamber*). [...] No ano de 1483, numa das decisões tomadas por maioria na Câmara, o juiz-Chefe ao se manifestar consignou que apesar de discordar da decisão que ali se forjara, ele era obrigado a adotar a decisão da maioria. Tal caso configurou um marco, de sorte que os juízes que faziam parte da Câmara quando fossem julgar casos futuros em que se tratasse de princípios já analisados acabavam obrigados a adotá-los. [...] Quando o caráter vinculante dos precedentes passou a dever se observado também nas Cortes de Justiça (e não mais somente quando se tratasse de decisão proferida pela Câmara Exchequer) a doutrina dos precedentes ficou relacionada à hierarquia entre as Cortes." In: DRUMMOND, Paulo Henrique; CROCETTI, PriscilaSoares. Formaçãohistórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições da common law e de civil law. In: MARINONI, LuizGuilherme. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutoradoemdireitoprocessual civil da UFPR*. 2 ed. Salvador: EditoraJusPodivm, 2012, p. 54-55.

[12]Segundo STRECK e ABBOUD, citando em parte a Berman: "[…] a teoria científica do conhecimentoexposta no século XVII por Robert Boyle, Issac Newton e o jurista Matthew Hate. Tal teoriafoiposteriormentedesenvolvidaemmeio do século XVIII por David Hume. Após a teoria de Hume, a tradicionaldoutrina do precedentetratou a aplicaçãorepetida do Judiciárioparacasosanálogossuspensosanteriormentecomo a melhorprova de suavalidadeprovável, assimcomo a confirmaçãorepetida dos resultados de experimentoscientíficospor parte da comunidade de físicos e químicos é tratadacomoprova da provávelverdade de suasdescobertas." In: STRECK, LenioLuiz;ABBOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e a as súmulasvinculantes?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 44.

[13]TUCCI, José Rogério Cruz.*Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa ArrudaAlvim. (Org.) *Direitojurisprudencial*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012, p. 100-101.

para casos futuros.[14] O precedente num primeiro momento impõe ao julgador um olhar para o passado, buscando compreender prévias decisões de forma a estabelecer se há um paradigma, se há um precedente. E, em havendo, o julgador identifica a *ruleoflaw* a partir da *ratiodecidendi*, que sob a ótica analítica é composta de três elementos: "(a) a indicação dos fatos relevantes (statementof material facts); (b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (legal reasoning); e (c) o juízo decisório (judgement)."[15] A partir de então poderá decidir se aplica o precedente, se é caso de distinção ou de superação do mesmo.

A *ratiodecidindi* se apresenta como o fundamento jurídico apto a resolução do caso e, para que se possa alcançá-la é necessário que haja comunhão entre os casos, de forma que a semelhança entre eles seja suficiente para encetar uma decisão coerente e com aptidão para a universalização.[16] Em havendo identidade suficiente, ou seja, quando a tese jurídica é a mesma, cabe ao julgador (e antes dele a parte que indica o precedente) determinar o que constitui a "razão" e o que se pode considerar como argumentos não determinantes da *ratio* ou seja, o *obiterdictum*. Determinada a *ratiodecidendi* [17] a partir de uma adequada fundamentação, se poderá aferir que tratamento o precedente determinará quanto ao caso presente, se o condicionará/resolverá, se o distinguirá (distinguishing) ou se, gerará uma decisão pela superação do precedente (overruling).

Determinada a *ratiodecidendi* os juízes devem cotejar o caso de onde esta decorreu com aquele que se pretende resolver. Esta operação corresponde ao ***distinguishing*** quando "revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso em julgamento."[18]Não é o caso do ***overruling*** em que a idéia de continuidade e de estabilidade próprios da tradição da *common law*, condiciona

[14]Essa conclusão não é uníssona como bem explicitam Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira da Luz ao estabelecerem que:"Schauer assentou as premissas para o aspecto prospectivo, destacando dois argumentos que existem no precedente. O primeiro deles é o olhar para trás, ou seja, nesta perspectiva mais tradicional, o objetivo é usar o precedente de ontem para a decisão de hoje. A idéia é que o juiz deve conformar sua decisão com princípios já assentados ao invés de criar novas regras ou políticas para cada caso que enfrente. O segundo aspecto é o olhar para frente (*forward-looking*). Nesta perspectiva, a corte, ao resolver um caso, deve estar altamente preocupada como outras cortes ou os juízes a ela vinculados irão utilizar aquele julgamento no futuro como um precedente". In: Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer. Revista de Processo. v. 250/2015 I p. 384 (383-342)/ Dez 2015.

[15]TUCCI, 2012, p. 123.

[16]ALEXY, Robert. Teoria dos direitosfundamentais.Tradução de VirgílioAfonso da Silva, 2 ed, 4.ªtiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

[17] "A prática desse tipo de discriminação é simplesmente a observação da aplicação de normas de jurisprudência. Na medida em que uma norma possa ser ou tenha sido formulada em termos claros autorizados por precedentes de caráter compulsório, ela há de ser aplicada de acordo com seus termos quando seus fatos operativos estiverem atendidos; quando não o estiverem, ela não poderá ser diretamente aplicada, embora possa, desde que haja outros motivos suficientemente bons, ser usada como uma analogia que justifique a extensão da lei." In: MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2009, p. 287.

[18]MARINONI, 2010, p. 236.

a revogação de um precedente a circunstâncias muito especificas. Revogar um precedente importa em ultrapassar a regra da vinculatividade, nas hipóteses em que o precedente "(a) desponta contraditório; (b) torna-se ultrapassado; (c) é colhido pela obsolescência em virtude de mutações jurídicas; ou, ainda, (d) encontra-se equivocado."[19]

Ou seja, a revogação de um precedente depende da perda de congruência social e do surgimento de inconsistência sistêmica. "Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência [...] e, não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões."[20]Sendo que, mesmo havendo aparente contradição, a possibilidade de *overruling* contribui com a coesão do sistema e o combate a discricionariedade judicial, portanto, com a tradição e o desenvolvimento da *common law*.

Como se viu até aqui e se verá na seqüência deste estudo, o desenvolvimento do direito vinculado a tradição da *common law* levou a percepção moderna de vinculação dos juízes às decisões judiciais anteriores por maturação decorrente no seio do sistema e não, como se pretende a partir do novo Código de Processo Civil, por meio de inserção legal, sem lastro cultural, técnico ou político.

3 Da jurisprudencializacão à criação de um sistema de pronunciamentos judiciais vinculantes no Brasil: a Lei 13.256/2016 como reflexo de nossa tradição

Ao contrário dos sistemas decorrentes da tradição da *common law* o nosso encontrou na promessa da abrangência e da previsibilidade decorrente da norma geral e abstrata seu ponto de partida, no sistema codificado o ideário próprio da racionalidade cientificista e, na orientação do *jurisconsulto* a fonte de produção do seu Direito.[21]Assim é que, enquanto na *common law*os juízes são leigos, na *civil law* os juízes são profissionais, enquanto na common lawo direito material é particularista (voltado a solução do problema) na *civil law* o direito

[19] PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.), *A força dos precedentes*: estudos do curso de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR, 2012, p. 108.
[20]MARINONI, op. cit., p. 391.
[21] "Assim, está claro que o *common law* foi produzido por juízes, que o Direito romano medieval e moderno (que poderia ser chamado Direito neorromano da Europa ocidental) foi produzido por professores e que uma enorme massa do Direito revolucionário francês foi produzida por legisladores. [...] Na Itália, onde o direito erudito e o saber jurídico se originaram, os professores que detinham a chave para o verdadeiro entendimento do Corpus Juris foram proeminentes do século XII até o *ancien régime* e o advento dos códigos modernos. Na Inglaterra, da segunda metade do século XII até as grandes reformas do século XIX, os juízes fizeram e controlaram o common law, considerando a legislação como uma interferência e um aborrecimento e importando-se muito pouco com a ciência do Direito (jurisprudence)." In: CAENEGEM, 2010, p. 48-49.

material é sistematizado e, enquanto na *civil law*os precedentes são percebidos como fontes de consulta, recebendo tratamento de "exemplos", de "indicativos" ou "ditames de conteúdo persuasivo", na *common law*compõe o direito, - o direito produzido por juízes.[22]

Essas diferenças, entre outras, indicam uma trajetória histórico cultural muito diversa, e que, convergente em alguns momentos e, em determinadas questões, não o é, em nosso entendimento, no que toca a doutrina dos precedentes vinculantes.Enquanto a tradição da *common law* engendrava uma doutrina de precedentes, a tradição da *civil law*planeava uma ciência jurídica [23] e, essa caminhada diversa redundou em conseqüências práticas que, arriscamo-nos em antecipar, não serão modificadas através de lei como pretenderam os idealizadores do novo Código de Processo Civil.

A questão não é a de se negar a identidade entre sistemas jurídicos de tradições diversas, mormente a possibilidade de se lidar com um sistema de matriz normativista (e, no caso do Brasil, essencialmente positivista) que admita a jurisprudência consolidada pelos Tribunais como fonte paralela do direito, outra coisa é tratar uma coisa por outra, chamando de precedente o que não é, e aplicando os preceitos próprios da doutrina do *staredecisis* a pronunciamentos judiciais exarados no ambiente jurídico brasileiro com todas as características e vicissitudes a ele inerente. Notadamente, aquelas decorrentes das promessas não cumpridas por um Estado incapaz de satisfazer o conteúdo programático de sua Constituição, o processo tardio de democratização e a ausência de uma cultura jurídica responsável e que, redundaram na ampliação do poder de ingerência do Judiciário sobre os demais poderes. Sobre o Poder Executivo na forma do "ativismo judicial" e, sobre o Poder Legislativo, a partir das súmulas vinculantes. Sucede que, nem a intromissão na gestão da coisa pública, tampouco, o poder vinculante das súmulas foi capaz de fomentar em nossos juízes o mesmo grau de respeito pelas decisões superiores ou paradigmáticas, como se dá com os juízes da *common law*.[24]

Os juízes de nossos Tribunais não se sentem constrangidos a qualquer espécie de vinculação, quer seja ela decorrente da consideração pelos pares com quem dividem o debate quer seja, por quem deveriam respeito hierárquico. A jurisprudência éainda hoje tratada, como de regra, sempre o foi no âmbito das jurisdições de origem romano-canônica, como

[22]STRECK; ABBOUD, 2013.
[23]MERRYMAN, 2009.
[24] Segundo Thomas da Rosa Bustamante "uma teoria jurídica que pretenda ser relevante para a prática, a fim de esclarecer os fatores que determinam o peso dos argumentos jurídicos de cada caso concreto, deve superar as deficiências do Positivismo e, em especial sua insuficiência em criar critérios para entender qual tipo de argumentos e razões *deve contar na justificação* de uma decisão jurídica." In: *O direito e a incerteza de suas fontes*: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. Rev. Fac. Direito UFMG, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, pp. 299-325, 2013, p. 304.

uma orientação, um norte argumentativo/persuasivo. Ou pior, como um padrão decisório que autoriza a fundamentação de toda a sorte de decisões judiciais por meio de ementas de outras decisões judiciais, muitas vezes sem qualquer conexão fática ou argumentativa e fruto de uma indisfarçável produção em massa de decisões.

Nesse contexto, ou seja, cientes que somos de que em nosso sistema judicial "laley reina y lajurisprudenciagobierna"[25] é que precisamos delimitar o que é jurisprudência e o que é precedente nos sistemas jurídicos de tradição aportada na *civillaw*. Segundo Taruffo, a importância teórica e prática da diferenciação conceitual entre jurisprudência e precedente reside, desde logo, no "poder universalizante" que esse possui nos sistemas da *common law* e que, a jurisprudência não possui.

Enquanto do precedente se extrai a tese jurídica de um só julgado, na jurisprudência sequer há a definição de um número mínimo de pronunciamentos judiciais contendo a mesma tese jurídica (portanto, com identidade de fatos materialmente significativa) para se afirmar que há jurisprudência sobre uma ou outra tese. Quanto ao caráter qualitativo é possível determinar que um só pronunciamento judicial é capaz de projetar-se, de universalizar-se e, portanto, de gerar um precedente. Sendo que, a identidade fática entre o precedente e o caso sucessivo é condição inexorável de aplicabilidade, enquanto a jurisprudência na *civil law*, normalmente sequer refere a conexão fática, sendo utilizada a ementa ou mesmo o acórdão que, em sendo decorrente dos Tribunais extraordinários sequer referem a circunstância fática constitutiva do caso. Mormente, em que sentido o fato condiciona ou permeia a tese jurídica. Outra diferença essencial entre precedente e jurisprudência é a relativa as incontáveis decisões judiciais de diferentes Tribunais que geram pronunciamentos incoerentes, contraditórios entre si e freqüentemente instáveis, de forma que, muitas vezes, sequer é possível determinar qual é a orientação jurisprudencial de um Tribunal e de outro. Quanto aos precedentes, ou melhor, em sistemas judiciais que se fundam em precedentes isso não ocorre.[26]

Afora essas diferençase o fato de nossa tradição ignorar as técnicas de determinação da *ratiodecidendi*, distinguishing, overruling e outras próprias a doutrina dos precedentes, é de se referir que em nossa rotina sequera expressão "precedente" encontra o mesmo significado. Nossa tendência continua sendo a de confundir "o precedente" com "as normas", pretendendo atribuir-lhes caraterísticas com as quais lidamos mais confortavelmente, ou seja, aquelas da abstração, da generalidade, da impessoalidade, que são próprias das leis. Ou seja, importamos a expressão para colocarmos nas mãos dos Tribunais o poder, não de criar

[25]COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 167.
[26]TARRUFO, Michele. Precedente y jurisprudencia.Traduçãopor Claudia Martínez y Fernando Gandini.

precedentes, ou o Direito (como fazem os juízes da tradição da common law) mas, regras gerais e abstratas.

Ou seja, criamos um tipo particular de precedente e a ele atribuímos a força vinculante da doutrina do *staredecisis*, maximizando um processo de valorização da produção judicial sem contudo escaparmos da pretensão enunciativa/performática que nos é própria. E, esta é uma conclusão aferível da simples análise da redação das Súmulas Vinculantes que, nada mais são do que a tentativa de apreensão da "força gravitacional do precedente" a partir de "uma peça de legislação."[27]

O "nosso sistema de precedentes" como resultado derradeiro de um longo processo de "jurisprudencialização" pretende determinar ao juiz que, nas hipóteses temáticas já decididas por pronunciamentos judiciais vinculantes, a decisão já esteja previamente estabelecida num verbete e não, como se dá na *common law* a partir da *ratiodecidendi.* Nas palavras de Maurício Ramires "o 'aplicador' fica ao mesmo tempo desordenado e impedido de pensar a respeito da fundamentação/justificação do direito – que lhe são previamente dadas – bastando-lhe realizar juízos de adequação (Angemessenheit)."[28]

No Brasil o sistema de precedentes é particular eis que, a "súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratiodecidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração do precedente. Há, pois, uma evolução: precedente – jurisprudência – súmula."[29]Ou seja, na perspectiva de parcela considerável de nossa doutrina o precedente é o primeiro julgamento acerca de determinada questão ou, o primeiro julgamento em um "caso difícil" e que, se perpetuado por outras decisões, poderá vir a ser jurisprudência dominante da qual se extrairá o Direito, ou seja, o enunciado normativo.

Essa construção teórica se deu com base na doutrina dos precedentes e do *staredecisis*, portanto, do direito feito por juízes, sob sua responsabilidade e sob o seu

[27]DWORKIN, Ronald. *Levandoosdireitosasério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 176-177.

[28] RAMIRES, 2010, p. 55. Dworkin tratando da experiência inglesa e americana em sentido oposto mas convergente ao que agora buscamos, narra a frustração decorrente da tentativa de subverter o precedente em regra: "É verdade que, em fins do século XIX e primórdios do século XX, fazia parte do estilo judicial inglês e norte-americano tentar compor esses enunciados canônicos de modo que, dali para frente, fosse possível referir-se, por exemplo, à regra do caso Rylands vs. Fletcher. Mesmo nesse período, porém, os juristas e os livros de direito divergiam sobre quais partes de decisões famosas deveriam ser consideradas como possuidoras dessa característica. Hoje, em todos os casos, mesmo as opiniões importantes, raramente tentam chegar a essa modalidade de redação legislativa. [...] A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. [...] A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar dos casos semelhantes do mesmo modo." DWORKIN, 2010. 172-173 e 176-177.

[29] DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 487.

controle. Ou seja, na base dessa pretensão está a tradição própria da *common law* diversa em muitos sentidos da nossa, como se desvelou a partir da resistência do próprio poder judiciário a alteração do CPC.[30] Ministros do Supremo Tribunal Federal foram a mídia e ao legislativo pleitear pela dilação da vigência do CPC por até cinco anos e anunciaram o fim da admissibilidade diferida[31] como um grande obstáculo ao exercício adequado de sua jurisdição. Enquanto magistrados de todo o Brasil em uníssono, criticaram a normatização do dever de fundamentação como projetado pelo artigo 489 da Lei 13.105/2015. Ou seja, em diversos níveis e com diferentes bandeiras, os juízes demonstraram a não compreensão de seu papel fora dos padrões decorrentes de nossa tradição, insurgindo-se contra o dever de fundamentação e contra os mecanismos de certificação da estabilização, integridade e coerência dos julgados, ambos preceitos próprios de um modelo precedentalista como o implantado pelonovo CPC.

Tanto assim que o dever de uniformizar a jurisprudência está hoje contido em lei a partir da instituição de diferente mecanismos, o primeiro deles determinando aos tribunais a edição de enunciados de súmulas que correspondam a sua jurisprudência dominante tendo em atenção a identidade fática dos precedentes que a criaram (parágrafos primeiro e segundo do artigo 926 do NCPC).[32] Sendo que, esses parágrafos enfatizam a orientação do texto legal pela doutrina dos precedentes e do *staredecisis*a partir da determinação da *ratiodecidendi,* ou seja, constituem uma tentativa de identificação entre os fundamentos determinantes de um julgamento e o caso que lhe deu origem.

Na seqüência, o artigo 927 relaciona as hipóteses formais que gerarão pronunciamentos judiciais vinculantes, quais sejam, das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e de súmulas vinculantes (incisos I e II), os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em

[30]Vide-se: http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc; http://www.conjur.com.br/2015-set-14/vacancia-cpc-nao-ampliada-dizem-advogados; http://www.conjur.com.br/2016-fev-11/amb-critica-fim-julgamento-virtual-previsto-cpc; http://www.conjur.com.br/2016-fev-05/sancionada-lei-altera-cpc-mantem-juizo-admissibilidade.

[31]Cf. MinistrosGilmar Mendes, TeoriZavaschi e Luiz Edson Fachin, vide-se: "[...] o ministro do STF **Gilmar Mendes** afirmou à revista **Consultor Jurídico** que a nova regra aumentará em 50% o trabalho da corte, tirando tempo que poderia ser usado com questões mais relevantes: "Hoje há juízos seguros de que o exame de admissibilidade nos tribunais de origem reduz significativamente a remessa de processos para o Supremo ou para o STJ. Ora, se agora se optou por mandar todos os processos para o Supremo ou para o STJ, nós vamos ter questões comezinhas como, tempestividade, intempestividade, falta de procuração, tudo isto examinado já na instância *ad quem*, e não lá na instância local". Segundo Mendes, a mudança no juízo de admissibilidade pegou os membros do STF de surpresa. Para que eles possam se adaptar melhor às novidades, o ministro defende que a entrada em vigor do Novo CPC, que ocorrerá em maio de 2016, seja postergada por até cinco anos". In: http://www.conjur.com.br/2015-out-20/ministros-stf-stj-criticam-mudanca-juizo-admissibilidade, visualizado em 05/02/2016.

[32] THEODOROJÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, AlexandreMelo Franco; PEDRON, FlávioQuinaud. Novo CPC – fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos (inciso III), os enunciados de súmulas do STF e do STJ nas correspondentes competências (inciso IV) e, por fim, a vinculação dos Tribunais a orientação do plenário ou do órgão especial (inciso V).[33]

Todas essas hipóteses, como já dito, geram pronunciamentos judiciais vinculantes, quanto a *ratiodecidendi*e tem origem em decisões proferidas por Tribunais, ou seja, dizem respeito prioritariamente àquelas decisões proferidas a partir de recurso ou mecanismos próprios do controle exercido pelos tribunais de via extraordinária, no caso de nossa estrutura organizacional, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.[34]

As chamadas *Cortes* Supremas cumpre desempenhar, segundo o projetado pela Lei 13.105/2015, o papel de uniformização da jurisprudência infraconstitucional e constitucional a partir de um padrão decisório que tenha, necessariamente passado por um amplo debate. Ou seja, cabe ao STJ e ao STF a formação dos "precedentes", zelando pela vinculatividade que decorre do amplo debate e, pela estabilidade que, se quedaria, apenas nos juízos de distinção e de revogação. Sempre tendo em conta o claro estabelecimento da *ratiodecidendi* nos termos já trabalhados. São essas as condições mínimas para que se estabeleça coerentemente a idéia de precedentes vinculantes, "sob pena de se gerar um sistema perverso de aplicação do direito em larga escala, desprezando-se as próprias bases de aplicação de um sistema de precedentes."[35]

Se assim o é, ou seja, se cumpre às Cortes Supremas a unidade do Direito e a sua interpretação, o "recurso extraordinário e o recurso especial passam a ser encarados como recursos ligados ao *jus constitutionis*, o que viabiliza a abertura de um espaço significativo de autogoverno para esses tribunais na seleção de seus casos e na maneira de como podem julgá-los."[36] É por isso que a Lei 13.105/2015 excluiu do sistema processual civil brasileiro a análise da admissibilidade diferida, e o fez, não por questões de ordem prática ou de

[33] "A substância de umadecisãoparecenãotermaiorrelevânciaesteaspecto. Isto é, um acórdão prolatado em incidente de resolução de demandas repetitivas é um 'precedente' por sua própria força atribuída por lei, e não pelas boas (ou más) razões que o justifiquem. Do mesmo modo, a jurisprudência consolidada no STJ em um mesmo sentido, pacificamente, há vinte anos, pode não ter a força normativa obrigatória se não se transmutar em enunciado de súmula ou for julgada pelo órgão especial." In: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 333.

[34] "A solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciários distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre *cortes* para decisão justa e *cortes* para formação de precedentes – ou, dito mais sinteticamente, entre *Cortes* de Justiça e *Cortes* de Precedente." In: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2013, p. 30.

[35] NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre, CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique.Curso de direitoprocessual civil: fundamentação e aplicação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 641.

[36] MITIDIERO, 2013, p. 97.

racionalidade instrumental, e sim, com base no "critério teleológico, que permite ao Supremo Tribunal Federal selecionar os casos em que deve intervir e, portanto, indica quais recursos extraordinários deve admitir ou não [...],"[37] o mesmo aplicando-se ao Superior Tribunal de Justiça no que toca ao recurso especial.

Ou seja, para que a idéia de uniformidade, vinculatividade e estabilidade decorra do sistema de precedentes, é necessário que os órgãos de jurisdição responsáveis por sua criação assumam o completude da função que lhes cabe. E, dessa forma, estejam dispostos ao joeiramento necessário dos casos aptos a constituírem a sedimentação de um "precedente" e, principalmente de "superação de um precedente" ou a"revogação de um precedente" criando assim a estabilidade que, claramente não possuímos e, tanto almejamos.

Sucede que, a idéia de vinculatividadenão se dá sem o estabelecimento da *ratiodecidendi*, ou seja, da realização de um processo de comparação entre o caso em análise e os que deram origem a decisão em recurso extraordinário repetitivo, por exemplo, para então, proceder-se a aplicação da tese, a distinção com relação a tese ou a revogação da tese. Esse exercício é de atribuição exclusiva dos órgãos determinados para tanto, quais sejam, o STF e o STJ e isso, pressupõe a responsabilização dessas *Cortes Supremas* por suas decisões, inclusive aquelas que determinam que "casos" podem lhes chegar por meio de recurso.

Essa era a premissa do previsto no artigo 1.030 da Lei 13.105/2015 que tratando da admissibilidade dos recursos, ai incluídos o especial e o extraordinário, determinava que recebido o recurso e intimada a parte contrária para contrarrazões os autos seriam imediatamente remetidos respectivo tribunal superior, independentemente de juízo de admissibilidade.Sendo que essa premissa, contrario senso do defendido pelos ministros dos tribunais superiores que fomentaram o PLC 168, não constituía mera regra de cunho procedimental e sim, uma regra de conformidade sistêmicaconexa aquela própria a doutrina dos precedentes e do *staredecisis*, segundo a qual, somente os órgãos jurisdicionais competentes pela formação do precedente podem exercer legitimamente o juízo de distinção e de superação.

Aparentemente, foi esta a questão mal compreendida pelos Juízes de nossas *Cortes* Supremas. Eles descuraram do fato de que para exercerem o poder de determinar a unidade do Direito pelo afastamento justificado, total ou parcialmente de seus precedentes devem em primeiro lugar, deixar que lhes chegue "o caso", para só então debatê-lo e julgá-lo. Sendo o primeiro passo para a assunção desse poder/dever exatamente o relativo ao conhecimento dos

[37]MITIDIERO, loc. cit.

recursos de sua competência. "É intuitivo que, num sistema que ignora o precedente obrigatório, não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei"[38] e, é intuitivo que, num pais em que se aplica o precedente obrigatório, a análise da admissibilidade de recurso especial ou extraordinário, ou seja, a determinabilidade acerca da *ratiodecidendi* cabe à Corte de competência para o julgamento de seu mérito.

Ao contrário dessa conclusão foi a vontade política do STJ e do STF no sentido de manter o *status quo,* quanto às suas atribuições,que surgiu o PLC 168 e, por decorrência a Lei 13.256/2016 publicada em 05 de fevereiro de 2016 e que alterou o CPC pouco antes de sua vigência alterando a regra da admissibilidade dos recursos de via extraordinária. Fez-se a vontade do Judiciário que criou uma terceira forma de "juízo de admissibilidade" estabelecendo através do artigo 1.030 do CPC já reformado,que a admissibilidade dos recursos extremos não será nem a direta, nos termos originalmente previstos pelo CPC/2015, nem a diferida como previsto pelo CPC de 73. A admissibilidade, quer no que diz respeito aos pressupostos recursais extrínsecos, quer no que diga respeito àqueles que pressupõem a análise da *ratiodecidendi* será decidida pelos Tribunais de origem.

Sucede que a supressão da competência bipartida do juízo de admissibilidade, como originalmente previsto pelo CPC/2015 viabilizaria o pleno conhecimento pelos tribunais superiores de todas as teses capazes de inferirem a modificação, revisão ou constituição de suas teses jurídicas.[39] Sem qualquer, ingerência prévia ou obstáculo travado a partir do "mérito" travestido de pressuposto de admissibilidade intrínseco, como até então se dava e como a partir da Lei 13.256/2016 se perpetuará.

Não bastasse essa reforma concretizada de afogadilho e com agenda institucional própria, ter obstado a tentativa de estruturação de um sistema de precedentes minimamente adaptado a nossa tradição, ampliou sobremaneira e indevidamente os poderes dos presidentes e vice-presidentes dos Tribunais locais, desconsiderando que hoje temos lei que prevê expressamente a possibilidade de negativa de seguimento a recurso que contrarie precedente normativo. Ou seja, transformamos em lei uma prática que constitui antítese ao modelo de precedentes vinculantes e o fizemos, ao sabor do que nos é historicamente e institucionalmente dado, ou seja, em conformidade com nossa tradição.

Assim é que o artigo 1.030 do CPC reformado determina que cabe ao vice-presidente ou ao presidente dos Tribunais de origem analisar a *ratiodecidendi* dos acórdãos

[38]MARINONI, 2010, p. 77.
[39]NUNES, 2013.

recorridos, procedendo a juízo meritório que negue seguimento aqueles que contrariem precedente normativo vinculante (inciso II), que contrarie decisão sobre a declaração de repercussão geral (I) e, por fim, autoriza que o Tribunal local, após realizar a distinção entre a decisão recorrida e o precedente dos Tribunais superiores, determine ao colegiado que se retrate.

Em síntese, as Cortes Supremas declinaram de parte significativa de sua competência constitucional aos tribunais de origem, ampliaram sobremaneira o poder de obstar o seguimento de recurso especial e extraordinário pela análise do mérito recursal na origem e, por fim, encerraram a empreitada pela supressão do agravo do não conhecimento do especial e do extraordinário. Ou seja, minaram de forma irrecuperável a já frágil e controvertida tentativa de se criar um modelo próprio de precedentes vinculantes no Brasil, sinalizando, principalmente o Supremo Tribunal Federal, que não pretende dar azo a pretensão doutrinária de se transformar numa Corte Suprema que assuma o encargo de criar o Direito e torná-lo previsível, estável e seguro como aquele que decorre da tradição que nos é estranha.

4. Conclusão.

A implementação de qualquer modificação estrutural significativa em qualquer sistema, deve contar com a intenção comum dos principais envolvidos e, preferencialmente decorrer de um consenso acerca de seu mote. Infelizmente e guardado o respeito ao empenho e a magnitude do trabalho desenvolvido por todos os estudiosos envolvidos no processo de redação do novo CPC, no que toca a pretensão de implementação de um sistema de precedentes vinculantes, vê-se claramente, que a empreitada redundou num conjunto de preceitos idealizados por professores, para ser aplicado por juízes a partir da ação do legislador, estando os dois últimos,em aparente estado de ignorância acerca de seu papel.

Nem mesmo os juízes das mais altas Cortes brasileiras compreendem ou conhecem suficientemente as técnicas de distinção e superação dos padrões decisórios, a análise comparativa das teses jurídicas em debate e, bem assim, os critérios para identificação das *ratione decidendi* e dos *obter dicta.* Portanto, das técnicas de aplicação de um sistema de precedentes como os que decorrem da tradição da *common law,* ou de decisões judiciais vinculantes como se quer aqui implementar.A pretensão idealizada não é suficiente para modificar o nosso sistema além dos limites contornados por nossa tradição civilista, romano-canônica, codificada e em larga medida positivista, mormente através da ação mal

compreendida pelo legislador que entregou aos juízes parte essencial do que era próprio de seu poder e dos juízes que não o querem.

Mesmo que professores e legisladores se unam, não há como obrigar a mais alta Corte brasileira a aceitar o encargo de criar o Direito, de uniformizar o já existente e de, estabilizar o sistema mantendo-o íntegro e coerente. O modo de aplicar o direito não pode ser implementado por lei, ele necessariamente decorre de nossa tradição, devendo decorrer da atividade assumida e exercida por Juízes ciosos de suas atribuições e responsabilidades e não, como se pretendeu, a partir da positivação de um modelo teórico. E isto se evidenciou pela reação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, destinatários finais da lei que criou o sistema de precedentes vinculantes.

A resposta de nossas Cortes Supremas foi no sentido de rejeitar a ampliação responsável de seu poder, delegando aos tribunais de origem o encargo de determinar que casos podem gerar pronunciamento judicial vinculante e que casos podem gerar a revogação ou a superação de um pronunciamento judicial vinculante.

Por isso que, a guisa de conclusão, se pode afirmar que a supressão da admissibilidade direta nos recursos especial e extraordinário pela revogação do artigo 1.030 da Lei 13.105/2015 e a delegação de competência específica das Cortes Supremas aos Tribunais locais no que toca a admissibilidade desses recursos no ambiente decisional de um sistema de pronunciamentos judiciais vinculantes, traduz perfeitamente a dissonância de um ideário desapegado de sua tradição. A Lei 13.256/2016 e seu mote evidenciam a toda prova, pelo bem e pelo mal, a força convergente de um sistema em prol de sua tradição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2 ed, 4.ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. Rev. Fac. Direito UFMG, Número Especial: *Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá,* pp. 299-325, 2013.

CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores*: capítulos de história jurídica européia: palestras Goodhart 1984-1985. Tradução Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O instituto dos assentos e a função judicial dos Supremos Tribunais*. Coimbra, 1983.

COMISSÃO DE JURISTAS. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado n.º 379, 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil: Luiz Fux, Teresa Wambier, Adroaldo Fabrício, Benedito Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Nunes, Humberto Teodoro Júnior, Jansen Almeida, JoséMiguelMedina, José Roberto Bedaque, Marcus Vinícius Coelho e Paulo Cezar Carneiro. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 09 de out. 2015.

COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: El Foro, 2002.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito comparado*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DUXBURY, Neil. *The natureandauthorityof precedente*. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levandoosdireitosasério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GLENN, H. Patrick. *Legal Traditionsofthe World*: sustainablediversity in law. 3 ed. New York: Oxford University Press, 2007.

GONÇALVES, Aluísio de Castro Mendes; MARINONI, Luiz Guilherme, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org) *Direito jurisprudencial volume II*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LAMY, Eduardo de Avelar Lamy; LUZ, Fernando Vieira da. *Contra o aspecto prospectivo do precedente*: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer. Revista de Processo. v. 250/2015, p. 383-342/ Dez 2015.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*: introduceão aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes. 2007

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *A força dos precedentes*: estudos do curso de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MERRYMAN, John Henry. *A tradição da civil law*: uma introdução as sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2013

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre, CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique.*Curso de direitoprocessual civil*: fundamentação e aplicação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e a as súmulas vinculantes?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

TARRUFO, Michele. Precedente y jurisprudencia.Traduçãopor Claudia Martínez y Fernando Gandini.

THEODOROJÚNIOR,Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, AlexandreMelo Franco; PEDRON, FlávioQuinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

TUCCI, José Rogério Cruz. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.