

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA III**

**FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA  
PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais 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 Napolini 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 III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Flávio Luís de Oliveira, Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-353-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

---

### **Apresentação**

A parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA propiciou a realização do XXV CONGRESSO DO CONPEDI, no período de 7 a 10 de dezembro de 2016, com o tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”.

No Grupo de Trabalho “PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III”, houve um intenso debate com a participação de pesquisadores de todo o Brasil, doutores/as, doutorandos/as, mestres/as e mestrandos/as e, inclusive, de um ilustre professor francês, coautor de artigo apresentado. Vale destacar também que as contribuições não se restringiram a processualistas, mas, participaram especialistas de outras temáticas, cujo recorte epistemológico dialogava com a temática central da efetividade da Justiça, em diversas dimensões.

Como coordenadores, tivemos o privilégio de conhecer diferentes pesquisas na temática do GT, tendo como ponto de convergência a profundidade com que os artigos foram elaborados e apresentados, além de viabilizar espaço para as intervenções que enriqueceram os blocos de debates entre participantes e autores/as.

Tratando do processo, da jurisdição e da efetividade da Justiça, os debates giraram em torno do novo Código de Processo Civil e de outras temáticas correlatas ao processo e à efetividade da Justiça, tais como: CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS; LIMITES TERRITORIAIS DA COISA JULGADA EM AÇÕES COLETIVAS; CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE E FORÇA VINCULANTE; COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: OS EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE; OS PRECEDENTES VINCULANTES NAS TRADIÇÕES DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW; EFETIVIDADE DA PUBLICIDADE DAS DECISÕES EM PROCESSOS COLETIVOS POR MEIO DA ARQUITETURA DA INTERNET; MEIOS DE RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; APLICAÇÃO DIFERENCIADA DAS ASTREINTES NO DIREITO AMBIENTAL PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA SUA PROTEÇÃO; PERSPECTIVA DO INSTITUTO DA EVICÇÃO; A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DECORRENTE DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE; AS FACES DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AS GARANTIAS E OS DIREITOS

CONSTITUCIONAIS; AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AOS INVESTIDORES NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS; A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DIANTE DA POSTURA DA FAZENDA PÚBLICA; FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS E OS REQUISITOS DE VALIDADE; A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO; A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE; ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO NOVO INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA DE URGÊNCIA; ANÁLISE DOS DIREITOS SOCIAIS E A EFICIÊNCIA DA 'LAW AND ECONOMICS' DE RICHARD POSNER; AS IMPLICAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; A ATUAÇÃO PEDAGÓGICA DO MAGISTRADO; e, A ASSISTEMATICIDADE NA APLICAÇÃO DO IRDR AO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

As contribuições dos autores e autoras de cada um dos artigos incluídos nesta publicação do CONPEDI são relevantíssimas e terão impacto na produção científica em relação às temáticas desenvolvidas, diante da seriedade das pesquisas realizadas, com grande potencial de se tornarem referência para as pesquisas desenvolvidas e que tangenciam ou se vinculam ao tema do Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça”.

Esta contribuição final do Grupo de Trabalho n. 36, revela o compromisso com a qualidade da produção científica de pesquisadores da Área do Direito, fortalecendo o Sistema Nacional de Pós-graduação.

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira – ITE/Bauru

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP/Franca

**DA CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES  
OBRIGATÓRIOS CRIADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.**

**THE CONSTITUTIONALITY OF THE FOREGOING SYSTEM CREATED BY THE  
NEW CIVIL PROCEDURE CODE**

**Jair Antonio Pena Junior  
Pedro Siqueira De Pretto**

**Resumo**

A Constituição Federal, como norma ápice do sistema jurídico, deve ser respeitada pelas legislações que com ela são incompatíveis. A análise da harmonia com as normas infraconstitucionais é feita não apenas com relação ao texto efetivamente escrito, mas com os princípios e valores dela decorrentes. O novo Código de Processo Civil, com vigência desde março de 2016, apresentou novas regras que modificaram o sistema processual. Este trabalho pretende analisar o específico tema da independência funcional, da segurança jurídica, da isonomia e do sistema de vinculação de precedentes trazido com a novel legislação.

**Palavras-chave:** Independência funcional, Vinculação dos precedentes, Novo código de processo civil

**Abstract/Resumen/Résumé**

The Federal Constitution, as standard apex of the legal system must be respected by laws with which it is incompatible. The analysis of harmony with the infra-constitutional norms is made not only with respect to the text actually written, but with the principles and values which flow from it. The new Civil Procedure Code, in force since March 2016, introduced new rules that changed the procedural system. This study aims to examine the specific issue of functional independence and previous binding system brought with novel legislation.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Functional independence, Preceding the binding, New civil procedure code

## 1. INTRODUÇÃO

É cediço que a edição de leis, normas infraconstitucionais, seja quando editadas, seja as já existentes, devem estar em harmonia com a Constituição da República. De fato, ocupando o ápice da pirâmide normativa, os demais atos legislativos necessitam estar em consonância com o texto constitucional e com os princípios e valores nele inscritos e dele decorrentes. Acerca dos princípios, consoante Walter Claudius Rothenburg (1996, p. 233-234)

Os direitos constitucionais não são outros que os princípios gerais de Direito: preceitos que consagram os valores mais importantes (ou cuja chancela jurídica é reputada mais conveniente) num determinado contexto histórico, e que só podem fazê-lo adequadamente por meio de enunciados vagos e ajustáveis.

Devem os princípios ser reconhecidos como autênticas normas jurídicas, comandos vazados em linguagem deôntica (prescritiva), ainda que não se identifiquem com outras espécies jurídico-normativas.

Caso referido pronunciamento não seja obedecido, a própria Lei Maior prevê mecanismos para que não se admita a permanência no sistema jurídico pátrio da norma que com ela não está se encontra em sintonia. Nessa senda, verifica-se a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade, tanto pela via difusa, a ser realizado por qualquer membro ou órgão do Poder Judiciário, quanto pelo controle concentrado, mediante o ajuizamento, no mais das vezes, das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional a quem é incumbida a guarda da Constituição, nos termos do artigo 102 desta.

Essa decorrência, mostra-se importante esse debate, hodiernamente, uma vez que, desde o dia 18 de março do corrente ano, está vigente a Lei nº 13.105/2015, conhecida como o novo Código de Processo Civil.

Esse diploma revisitou o processo civil em vários temas, prevendo alterações em importantes pontos nos procedimentos que regula. Por essa razão, é possível afirmar que houve uma modificação substancial do sistema processual não criminal, ora para incluir matérias, excluí-las ou tratá-las de maneira diferente da legislação de 1973.

Entre estes pontos, o novo Código de Processo Civil inovou parcialmente ao estabelecer, em seu artigo 927, a imprescindibilidade de observância, pelos juízes e tribunais, de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, de enunciados de súmula vinculante, da orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados, dentre outras decisões que possuam certa generalidade.

Como toda norma integrante de um ordenamento jurídico, e tendo em vista seu status de lei, é mister que o relacionado preceptivo esteja em consonância com a Constituição da República. Segundo Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 35):

[...] porque a Constituição deve ser preservada, não só por si mesma, mas porque é a maneira encontrada de se resguardarem os mais básicos e fundamentais valores acolhidos pela sociedade, alcançados por esta e lançados num corpo jurídico, como resultado de um longo evoluir histórico. Do que se conclui que a supremacia da Carta Magna, sem dúvida, é uma exigência do povo, titular absoluto do poder constituinte que a originou e uma garantia de sua autodeterminação.

Este trabalho, especificamente a partir do estudo do tema constitucional da independência funcional, pretende cotejar o referido artigo com a Lei Maior, verificando se há o necessário laço de compatibilidade entre as disposições.

## 2. O PODER JUDICIÁRIO E A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MAGISTRADOS

A Constituição da República, em seu artigo 2º, reza que o Judiciário, o Legislativo e o Executivo são Poderes da União, todos independentes e harmônicos entre si. Nesse momento do texto constitucional, verifica-se que o termo “Poder”, grafado inicialmente com letra maiúscula, envereda o sentido para órgão. Observa-se, dessa maneira, que se adotou a divisão orgânica de Montesquieu, valendo-se das ideias e concepções de Aristóteles. Na visão de Ives Gandra da Silva Martins (2005, p. 23):

O art. 2º diz que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. E é bom esclarecer, de início, que dois desses três poderes são *políticos* e um é *técnico*.

O Executivo e o Legislativo são, na verdade, poderes políticos. O Legislativo é eleito pelo povo. Por essa razão, o parágrafo único do artigo 1º diz que “todo poder emana do povo”. Sendo seus integrantes eleitos pelo povo, são poderes políticos. De tempos em tempos eles passam pelo teste das urnas. Se o governante ou o parlamentar é bom, normalmente ele é reconduzido; se for mau, não o será.

Mas o terceiro poder, o Judiciário, é técnico. No Brasil, há um concurso para se entrar no poder Judiciário e, nos tribunais, pela necessidade da presença de pessoas com experiência no exercício de outras funções essenciais à administração da Justiça [...] há um quinto constitucional, isto é 1/5 dos cargos dos Tribunais é preenchido por advogados e membros do Ministério Público.

Essa cisão de funções implica que cada qual exercerá suas atribuições básicas. Nesse sentido, ao Poder Legislativo cabe inovar a ordem jurídica, criando e editando normativos, mormente os previstos no artigo 59 da Lei Maior. Além disso, incumbe-lhe a atividade fiscalizatória, seja político-administrativa (artigo 58 e seguintes), por meio de suas comissões, seja econômico-financeira (artigo 70 e seguintes), auxiliado pelo Tribunal de Contas da União.

Entre suas funções atípicas, necessárias para a existência da própria independência do órgão, encontram-se a de administrar, mediante organização interna, bem como a de julgar o Presidente da República em crimes de responsabilidade, segundo se infere, respectivamente, dos artigos 51, inciso IV, e 52, parágrafo único, da Constituição.

A função básica do Poder Executivo, exercida pelo Presidente da República, Governador do Estado ou do Distrito Federal, e Prefeito, é administrar a coisa pública, aplicando a lei ao caso concreto.

Incluem-se, entre as atípicas, a inovação da ordem jurídica, por meio de medida provisória ou por decreto, por exemplo, com fulcro no artigo 62 da Constituição. Além desta, pode ser mencionada a atribuição de julgar, notadamente diversos processos administrativos que podem envolver conteúdo tributário, licitatório e recursos em concursos públicos. Malgrado a esses julgamentos não seja conferido o atributo da coisa julgada, tal qual é feito à jurisdição, também representam a resolução de uma decisão acerca de um conflito.

Efetivamente, é o Poder Judiciário que tem a competência de aplicar o Direito ao caso concreto, substituindo a vontade das partes e resolvendo a divergência com força de definitividade. Essa é a principal função típica deste órgão. Todavia, é possível mencionar outras do mesmo jaez.

Nessa senda, fala-se no papel da concretização de direitos fundamentais, tais como os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, como alimentação, moradia, segurança e transporte. Não basta que esse texto contenha um rol de direitos desta espécie se não for possível sua adequada efetivação.

Ademais, a ele também são impostas as incumbências de fiscalizar a força normativa da Constituição da República, em regra pelo controle de constitucionalidade, porquanto esta não é um recado ou um conselho, mas a norma ápice do sistema jurídica nacional em relação a qual todas as demais devem obediência.

Como funções típicas, ainda, há o autogoverno dos tribunais, a edição da “legislação judicial” – por exemplo, súmula vinculante -, e a mediação dos conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Entre os trabalhos atípicos, o Judiciário administra seus assuntos internos e inova a ordem jurídica – a título de exemplo, pela edição de portarias por um juiz ou mediante a deflagração de projetos de lei.

Vale mencionar, nesse raciocínio elaborado, que a definição das funções típicas e atípicas de cada Poder se faz necessária para se evitar a hipertrofia de cada um, além de assegurar o sistema de freios e contrapesos, de maneira que nenhum deles ocupe um papel superior na república ou possa enfraquecer sobremaneira os demais. As funções atípicas são necessárias para que cada qual possua uma posição de independência em relação aos outros. Nas palavras de Alexandre de Moraes (2014, p. 426-427):

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado. Se por um lado as imunidades e as garantias dos agentes políticos, previstas na Constituição Federal, são instrumentos para perpetuidade da separação



independente e harmônica dos Poderes de Estado, por outro lado, igualmente defendem a efetividade dos direitos fundamentais e a própria perpetuidade do regime democrático.

Extraí-se da explicação que o Judiciário julga, isto é, exerce a função jurisdicional mediante a resolução de lides, casos concretos que lhe são levados em que não há, ao menos inicialmente, uma composição amigável entre os envolvidos. A manifestação da jurisdição, monopólio assumido pelo Estado, representa exercício do poder soberano.

A legitimidade do Poder Judiciário não decorre diretamente das eleições. Diferentemente do que ocorre com os do Legislativo e Executivo, seus integrantes não são eleitos nem a função exercida diretamente pelo povo, conforme se infere do artigo 1º, parágrafo único, da Lei Maior. Passa-se a integrar a carreira mediante a aprovação em concurso público, pelo denominado “quinto constitucional” (artigo 94) ou por escolha do Presidente da República com aprovação do Senado Federal, como no caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O “quinto constitucional” e a nomeação de ministros estão inseridos nos mecanismos de freios e contrapesos. Por outro lado, o ingresso de juízes por concurso público, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil, além da própria investidura de membros a partir do segundo grau de jurisdição, demonstram abertura democrática e não faz perseverar alguma alegação de déficit de legitimidade. Os certames para ingresso representam importante papel para garantia da independência do Poder, uma vez que a eleição, por vezes, pode trazer diversos compromissos políticos que lhe são ínsitos. Também nessa senda é a participação de “amicus curiae”, tornando aberto o procedimento de discussão em relação a determinada matéria.

Todavia, é mister anotar o papel contramajoritário do Judiciário, porquanto, possuindo o objetivo, dentre outros, de guardião da Constituição e de tutela de direitos fundamentais, pode declarar inconstitucionais leis ou atos normativos com ela incompatíveis, editados por representantes que foram eleitos para tanto, retirando-os do sistema jurídico. Salva-guarda, outrossim, o direito das minorias, não permitindo que as maiorias as enfraqueçam em seu âmago.

Como visto, para que cada representante exerça de maneira devida e correta, conferem-se garantias a cada Poder. Aduz André Ramos Tavares (2012, p. 1228): “Ao Poder Judiciário são consagradas garantias próprias, que objetivam assegurar a mais ampla independência para fins de realizar a tão importante tarefa que lhe foi cometida.”

As dos Judiciário são de duas espécies: institucionais e funcionais. As primeiras são ínsitas à instituição da Magistratura, e são a autonomia orgânica e administrativa e a autonomia financeira. As do segundo grupo estão ligadas aos seus membros, e se subdividem em de independência (ou de liberdade) e de imparcialidade. Essas garantias não são apenas do próprio Judiciário e dos juízes, mas importantes caracteres do Estado Democrático de Direito e dos jurisdicionais em geral. Com efeito, elas são voltadas para a construção de um sistema judiciário independente e harmônico com os outros Poderes e imparcial na realização de suas competências.

A autonomia orgânica e administrativa está consagrada, principalmente, no artigo 96 da Constituição da República. Consiste, basicamente, no que atine aos tribunais, na eleição de seus órgãos diretivos e elaboração de seus regimentos internos; organização de suas secretarias e seus serviços auxiliares e respectiva atividade correicional; prover os cargos de juiz da respectiva jurisdição e dos demais funcionários. Em relação aos Tribunais Superiores, aos Tribunais de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, a alteração de número de membros dos tribunais inferiores, bem como sua criação ou extinção; a alteração da organização da divisão judiciária; e a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos serviços auxiliares e dos juizes que lhes forem vinculados. Por fim, ainda para a respectiva garantia, impõe-se o julgamento, pelos Tribunais de Justiça, dos juizes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como dos membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

A autonomia financeira é extraída do artigo 99 do mesmo texto, e compreende o encaminhamento das propostas orçamentárias ao chefe do Poder Executivo, após a aprovação pelo respectivo tribunal. Porém, não se exaure na simples elaboração da proposta, abrangendo a execução concreta do orçamento e na utilização das dotações em seu favor.

As garantias de independência estão previstas no artigo 95 da Constituição, e consistem na vitaliciedade, na irredutibilidade de subsídios e na inamovibilidade.

A vitaliciedade, que é adquirida após dois anos de exercício, acarreta que a perda do cargo somente poderá ser realizada após sentença judicial transitada em julgado. Em segundo grau e nos tribunais superiores, a vitaliciedade se realiza no mesmo momento da posse.

A inamovibilidade é a impossibilidade de remoção do magistrado, sem o seu consentimento, do juízo em que atua, até em prol do princípio do juiz natural, consagrado no artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição. Ela pode ser afastada pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada a ampla defesa, nos termos do artigo 93, inciso VIII, do mesmo texto.

A irredutibilidade de subsídio é garantia instituída em prol de todos os servidores públicos em geral, merecendo destaque que ela é analisada pelo valor nominal, e não implica reajusta automático com a inflação ou outro critério.

As garantias de imparcialidade correspondem a vedações formais e objetivam, de um lado, proteger o juiz, dotando-o de condições de independência, e, de outro, assegurar que se dediquem às funções do cargo, restringindo que adotem condutas que coloquem em risco o correto desempenho da jurisdição, vale dizer, certificam a boa execução do labor para a sociedade.

Estão previstas no rol do parágrafo único do artigo 95 da Lei Maior, e consistem nas vedações de exercerem, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério, receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo, ou auxílios ou contribuições em geral – ressalvadas as exceções previstas em lei –, de dedicar-se à atividade político-partidária, e de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou antes de decorrido o íterim de 03 anos do afastamento

por aposentadoria ou exoneração.

Visto este panorama geral, é possível concluir que se extrai da inteligência das normas constitucionais que a independência funcional é uma garantia da Magistratura, não apenas voltada aos juízes, que podem e devem proferir suas decisões de acordo com o que entender de correto para o caso que lhes é levado considerando a hipótese fática e sua subsunção ao Direito, mas também em benefício da sociedade, ciente de que a prolação do mandamento será realizada por agente público dotado de autonomia e sem influências externas para conferir a melhor resolução ao feito. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 947), a respeito do tema, ponderam:

As garantias do Poder Judiciário, em geral, e do magistrado, em particular, destinam-se a emprestar a conformação de independência que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial. Ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade). Daí a necessidade que, na sua organização, materialize-se a clara relação de independência do Poder Judiciário e do próprio juiz em relação aos demais Poderes ou influências externas.

Com efeito, ela é essencial ao Estado Democrático de Direito, que exige a atuação de um Poder Judiciário livre e independente em relação aos demais Poderes e às pressões externas que possam ocorrer nas análises das ações que lhe são submetidas. Confere José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 245) sobre o estado constitucional:

O estado de direito é um **estado constitucional**. Pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – **supremacia da constituição** – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o *primado do direito* do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.

A Lei Complementar nº 35, de 14 de Março de 1979, conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em seu artigo 41, é clara ao mencionar que é defeso punir ou prejudicar magistrado por opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, ressalvada a ocorrência de impropriedade ou excesso de linguagem.

Vale asseverar que a independência funcional não representa arbitrariedade ou possibilidade de desrespeito à legislação por parte dos julgadores, representantes do Estado no momento. Efetivamente, tal fator refletiria atentar contra o próprio Estado Democrático de Direito. Ao solucionarem as questões que lhes são postas, os juízes atuam conforme o que se diz por livre convencimento motivado. Isto é, decidem de acordo com os documentos e provas constantes dos autos, de maneira fundamentada, embora não estejam obrigados, antecipadamente, a resolverem num ou

noutro sentido.

Essa é a interpretação que se deve fazer do artigo 93, inciso IX, do texto constitucional, que exige a fundamentação de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade. A fundamentação, por óbvio, deve ser jurídica e capaz de fazer as partes e advogados entenderem os motivos do veredito no sentido determinado, embora possam com ele não concordar.

A imposição da justificação reforça o caráter democrático do Poder Judiciário, porquanto torna as decisões judiciais passíveis de controle, seja dentro de sua própria estrutura, seja de controle político e social em termos de opinião pública.

Os regimes ditatoriais em geral não costumam se alinhar às garantias da magistratura. Nesse sentido, no Brasil, os Atos Institucionais nº 1, 2 e 5 as suspenderam, em especial a vitaliciedade.

Dessa maneira, verifica-se que, realmente, de nada adianta a Constituição tentar concretizar um Estado Democrático de Direito e a harmonia e independência dos Poderes da Federação se não há o respeito à independência funcional. Ela é prevista para salvaguardar os interesses da própria democracia, da população brasileira, das entidades federativas e de todos que se socorrem do Judiciário. Limitar a independência funcional corresponde a prejuízo de toda a sociedade. Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 22) diz:

Também chamadas de *garantia de órgãos*, elas permitem aos magistrados desempenhar suas atribuições constitucionais e legais com desassombro e dignidade.

Não equivalem a privilégios, nem constituem afronta ao princípio da igualdade, porque existem a favor do próprio jurisdicionado.

A Constituição da República, nessa senda, com o objetivo de uniformizar entendimentos, mormente em matéria constitucional, consagra hipóteses em que há a obrigatoriedade de as decisões judiciais seguirem às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse descortino, por exemplo, o artigo 102, parágrafo 2º, da Lei Maior, prevê que as decisões de mérito proferidas pela citada Corte Constitucional em ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade serão dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário (e à administração pública). O mesmo vale para a resolução dada nas arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Outrossim, o artigo 103-A do mesmo texto prevê as súmulas vinculantes. O Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, poderá aprovar súmulas, que terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (e à administração pública).

De fato, nessas hipóteses há a necessidade de uniformização e cumprimento das soluções conferidas pela interpretação do órgão máximo dentro do Poder Judiciário, dotado da incumbência de salvaguardar as normas constitucionais. Aliás, o respeito a essas soluções representa, assim, o devido cumprimento do que se pode extrair como correto do texto constitucional.

Analisada a independência funcional, garantia que conta com espedaque constitucional, volta-se

a análise do trabalho para a análise de sua compatibilidade com o artigo 927 do Código de Processo Civil.

### **3. O SISTEMA DE PRECEDENTES INTRODUZIDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ASPECTOS GERAIS. COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

Como acima aludido, as disposições do art. 927 do Código de Processo Civil trouxeram inovação no que tange ao sistema de precedentes, fazendo-o de maneira quase exaustiva e sistemática, ao contrário do que antes se dava, com previsões parciais e esparsas, conferindo, portanto, maior racionalidade ao sistema processual civil.

Estatui aquele dispositivo legal:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

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

Tal modificação, embora tenha causado certa perplexidade inicial, longe está de caracterizar inovação completa do sistema jurídico brasileiro, que, há muito, vem buscando prestigiar a jurisprudência, a qual acaba sendo entendida em certas hipóteses como fonte primária do Direito.

Com efeito, é cediço que o sistema jurídico brasileiro pertence à chamada “Família Romano-Germânica”, com a prevalência da Lei (oriunda do Poder Legislativo) como fonte primária de Direito, em atenção, inclusive ao postulado da Legalidade, inserto no art. 5º, II da Constituição Federal, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

Isto, porém, jamais impediu que o próprio Constituinte previsse hipóteses em que a jurisprudência (do Supremo Tribunal Federal) fosse dotada de efeitos vinculantes, vale dizer, de

obrigatoriedade em sua observância, no âmbito do controle de constitucionalidade<sup>1</sup>, consoante disposto nos arts. 102, §2º (controle concentrado de constitucionalidade) e 103-A (Súmulas Vinculantes) da Constituição Federal.

Tal fato nos leva a crer que eventuais institutos jurídicos de outras “famílias” do Direito (como a *common law*) podem ser, validamente, trazidos para o ordenamento jurídico nacional tanto pela Constituição Federal, como pela legislação ordinária (infraconstitucional), em especial porque os sistemas jurídicos em questão não se mostram estanques e incomunicáveis.

Nas palavras de RENÉ DAVID (2014, p. 26), existem relações entre as duas famílias de direito, pois que:

Países de direito romano-germânico e países de common law tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas da época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A common law conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de common law como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são, muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito. A tentação para falar de uma família de direito ocidental é tanto mais forte quanto é certo que existem, em certos países, direitos que não se sabe bem a qual das duas famílias pertencem, na medida em que tiram alguns de seus elementos à família romano-germânica e outros à família da common law.

Especificamente no ponto que nos interessa, certo é que o art. 927 do Código de Processo Civil estabelece hipóteses que se assemelham ao *stare decisis* anglo-americano (*common law*), tendo em conta a obrigatoriedade na observância das decisões dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), bem como dos Tribunais de Justiça, no que concerne ao direito local (estadual e municipal), nas hipóteses elencadas nos incisos I a V.

A amplitude da obrigatoriedade dos precedentes (para além da Súmula Vinculante e das decisões proferidas pela Suprema Corte no controle de constitucionalidade concentrado) já era reclamada pela doutrina, uma vez que a mera existência de precedentes persuasivos não teve o condão de evitar decisões díspares em relação a uma mesma questão fática e jurídica. Isto prejudicava sobremaneira a segurança jurídica e a isonomia, o que não mais se sustentava.

Como pontuava LUIZ GUILHERME MARINONI (2010, P. 101), antes do advento do Novo Código de Processo Civil:

*Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais para casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do civil law, além de*

---

<sup>1</sup> A Lei 9.882/99, ao regulamentar a argüição de descumprimento de preceito fundamental prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal, acabou por ampliar o efeito vinculante, conforme art. 10, § 3º segundo o qual: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”

*não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei.*

Nesse passo, possível se mostra afirmar que o novel art. 927 do Código de Processo Civil revela-se totalmente compatível com a Constituição Federal.

Isto porque se visa conferir maior eficácia a direitos fundamentais, consubstanciados nos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Ora, é mais que sabido que o legislador detém poder de conformação dos direitos fundamentais insertos na Constituição Federal, podendo, assim, ampliar e maximizar o alcance deles (não podendo, jamais, restringi-los no que toca a seu núcleo essencial). E foi exatamente o que se deu na situação em análise, visto que a garantia de homogeneidade (mínima) nas decisões, desde que em relação à mesma situação de fato e de direito como adiante se demonstrará, confere maior previsibilidade ao Direito (possibilitando que os cidadão tenham plena consciência do correto comportamento a adotar) e evita o tratamento desigual em relação a pessoas em idêntica situação, o que pode mesmo comprometer o principal escopo da Jurisdição, qual seja, a pacificação social<sup>2</sup>.

Esta garantia de isonomia e de segurança veio já prevista no art. 926 do Código de Processo Civil (verdadeira norma interpretativa), que exige mantenham os Tribunais sua jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente.

É bem verdade que, neste particular, flerta o legislador com uma específica teoria filosófica, qual seja, a Teoria do Direito como Integridade, consoante ensinamentos de RONALD DWORKIN, o que, pese possa configurar um risco, denota mesmo um comprometimento com os institutos da *common law*. Ademais, tal corrente filosófica se coaduna com os ideais de isonomia e segurança jurídica na medida em que exige seja o Direito reconhecido como uma comunidade de princípios coerentes.

Como esclarece o jusfilósofo norte-americano em relação à prática judiciária, que aqui nos interessa, a integridade na deliberação judicial:

Requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Para nós, a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, mas isso não significa que, em alguma das duas formas assinaladas, a integridade seja necessariamente, ou sempre, superior às outras virtudes.<sup>3</sup>

Por isso, de nada adiantaria exigir-se coerência na interpretação se não se exigisse

---

<sup>2</sup> Como asseveram Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1999, p. 24) a pacificação social “é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.”

<sup>3</sup> O império do Direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pgs. 261/262.

obrigatoriedade na observância das interpretações anteriores, aplicadas à mesma hipótese de fato e de direito.

Outrossim, em nada vulnera o princípio da legalidade a observância obrigatória dos precedentes, já que, vencido de há muito o positivismo jurídico acríptico e sendo dominante entre nós o chamado pós-positivismo, não se há de confundir a norma jurídica com o texto normativo. E tal porque a norma jurídica é o produto da interpretação do texto normativo o qual se torna o início e não o fim da interpretação (interpretação esta, obviamente, baseada em critérios jurídicos e doutrinários específicos, evitando-se qualquer tipo de voluntarismo<sup>4</sup>).

Desta maneira, ao interpretar a lei o órgão judicante nada mais faz que aplicar a própria norma dela decorrente, razão pela qual a observância obrigatória da interpretação dada pela jurisprudência a casos semelhantes implica, igualmente, observância estrita e impositiva da lei. Com isto se resguarda, também, a legitimidade democrática do Poder Judiciário, pois afasta-se qualquer tipo de função criativa do Direito pela jurisprudência, pese se cuide, ao lado da norma legislada, fonte primária do Direito.

Não é outra a opinião de EROS ROBERTO GRAU (2016, pgs. 34/35) que, de maneira lapidar, conclui:

Relembre-se: os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destituídos de clareza -, mas também porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios. Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo, sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo sua aplicação a um caso, real ou fictício. O texto normativo – observa Friederich Muller [1993:169] – não contém imediatamente a norma. A norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito; o preceito jurídico é matéria que precisa ser ‘trabalhada’.

Partindo do texto normativo, no quadro da realidade contemporânea à interpretação, alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito.

O texto normativo é uma fração da norma – aquela absorvida pela linguagem jurídica -, mas não é, ainda, a norma. Pois não se reduz à linguagem jurídica. Abrange todos os elementos e situações do mundo da vida, tal como se manifestam no momento de sua aplicação.

A concretização implica um caminhar do texto normativo em direção à norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado. A concretização somente se realiza no passo seguinte, quando é afirmada a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto.

Bem por isso, há de se acatar com a devida cautela o protagonismo do Poder Judiciário no âmbito jurídico, sendo imperioso o exercício da autocontenção por este Poder, evitando-se exageros no

---

<sup>4</sup> Lênio Streck (2014, p.373), após expor exaustivamente (e criticar severamente) as diversas correntes interpretativas, afirma, em arremate, que *“é relevante ressaltar que as presentes reflexões pretendem contribuir para a construção das condições de possibilidade de uma nova maneira de compreender o Direito. Ou seja, essa (nova) hermenêutica deve ser vista não como um emaranhado sofisticado de palavras, mas, sim, como uma ferramenta metateórica e transmetodológica a ser aplicada no processo de desconstrução do universo conceitual e procedimental do edifício jurídico, nascido no paradigma metafísico, que o impediu (e continua impedindo, ao abrigo do paradigma epistemológico da filosofia da consciência) de submetê-lo às mudanças que há muito tempo novas posições teóricas – não mais metafísicas – nos põem à disposição. Hermenêutica é experiência. É vida! É este o nosso desafio: aplica-la no mundo da vida!”*



que concerne ao chamado *ativismo judicial*. Não se está a defender deva o Judiciário permanecer omissos quando também omissos for o legislador e/ou o Poder executivo, mas apenas a propugnar pelo exercício comedido da função judicante em hipóteses tais, devendo-se, a nosso sentir, a decisão ser balizada pela exata medida exigida para a garantia da dignidade da pessoa humana e do *mínimo existencial*. Isto possui especial relevo no que toca à concretização de direitos sociais, como o direito à saúde e à educação, quando é chamado a intervir o Estado-Juiz para que o cidadão obtenha aquilo, mas somente aquilo, que é garantido pela Constituição Federal. Por certo, tem-se firmado o entendimento de que são os direitos sociais dotados de plena eficácia e de total justiciabilidade<sup>5</sup>, o que tem levado a decisões tomadas ao largo ou mesmo ao arrepio da Lei (notadamente da lei orçamentária), o que poderá, doravante, em razão da obrigatoriedade dos precedentes também dos Tribunais locais, criar novos e maiores pontos de tensão institucional que deverão ser adequadamente dirimidos.

É válida aqui a lição de LUIS ROBERTO BARROSO (2016, pgs. 82) ao discorrer sobre o controle de constitucionalidade, o que, aliás, é feito diuturnamente pelo Poder Judiciário, visto que aplicar a lei nada mais é que aplicar direta ou indiretamente a Constituição Federal, porquanto antes mesmo de invocar qualquer dispositivo legal deverá o órgão judicante aquilatar acerca de sua compatibilidade com as disposições da Norma Ápice, recomendando cautela:

O outro conceito que reclama releitura é o longo princípio da separação dos Poderes, que passa a conviver com realidade novas e inexoráveis às quais precisa adaptar-se. Dentre elas, a de que a interpretação judicial – inclusive e sobretudo a interpretação da Constituição – frequentemente envolverá, além de um ato de conhecimento, um ato de vontade por parte do interprete. Tal vontade, todavia, não deve ser tida como livre ou discricionária, mas subordinada aos princípios que regem o sistema constitucional, às circunstâncias do caso concreto, ao dever de fundamentação racional e ao debate público.

Finalmente, o sistema de precedentes criado pelo art. 927 do Código de Processo Civil não viola as garantias do Poder Judiciário, dais quais a independência funcional é consectário lógico.

Embora vincule o juiz aos precedentes que enumera, o próprio sistema processual inaugurado

---

<sup>5</sup> Nesse sentido J. J. GOMES CANOTILHO (2003, pg. 478), *verbis*: “O entendimento dos direitos sociais, económicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema da sua efectivação. Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma reserva possível, para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos recursos económicos, a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não se reduz a um simples apelo ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos (cfr. Artigos 2º, 9º/d, 80º, 81º).

As normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, económicos e culturais implicam, além disso, uma interpretação das normas legais de modo conforme com ‘a constituição social, económica e cultural’ (por ex., no caso de dúvida sobre o âmbito de segurança social deve seguir-se a interpretação mais conforme com a efectiva realização deste direito). Por outro lado, a inércia do Estado quanto à criação de condições de efectivação pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão (art. 283º), considerando-se que as normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou a realizam diminuindo a efectivação legal anteriormente atingida.”

prevê a possibilidade de afastamento do precedente, o que pode ser levado a efeito pelo magistrado, de forma fundamentada e coerente, no gozo de sua independência funcional. É de se registrar, no entanto, que considerando que a independência funcional vincula o Magistrado apenas ao ordenamento jurídico e à sua consciência (também jurídica), é mais que evidente que observar os precedentes é observar o Direito ao qual se acha jungido, tendo em conta o que se expôs acima acerca da concretização da norma jurídica por meio da interpretação (judicial) dos textos normativos.

Atento, pois, ao sistema da *common law* no qual se inspira, o Código de Processo Civil trouxe expressamente os institutos da *distinção* (*distinguishing*) e da superação do precedente (*overruling*), no § 1º do art. 927, segundo o qual “Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”, certo que o último dispositivo, em seu inciso VI, estatui que não se considera fundamentada a decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência **de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento**.”

Destarte, observando-se no caso concreto que o precedente (invocado pela parte) não consagra princípio jurídico aplicável à espécie, quer porque a situação de fato é diversa, quer porque diversa seja a questão jurídica, poderá o julgador, validamente, deixar de aplicá-lo, expondo as razões para tanto, mediante a realização do *distinguishing*. Por outro lado, constado que o Tribunal do qual originado o precedente modificou sua jurisprudência ou, entendemos nós, tenha o precedente sido superado por modificação constitucional e/ou legislativa, deixar-se-á, igualmente, de conferir aplicabilidade a ele.

Comentando as disposições do inciso VI do § 1º, do art. 489 do *Codex*, e aludindo ao efeito vinculante dos precedentes, assinala DANIEL AMORIM ASSUNÇÃO NEVES (2016, p. 812) que tal eficácia:

[...] poderá ser afastada no caso concreto, desde que o juiz a justifique na distinção do caso sub judice com aqueles que levaram o tribunal a editar súmula ou criar precedente (*distinguishing*), o que, naturalmente, só será visível se o juiz fizer a comparação analítica entre o caso concreto e a súmula ou precedente, justificando por que o caso concreto, em razão de determinada situação, não pode ser decidido por eles. Também se admitirá o afastamento da súmula ou precedente com efeito vinculante, se o entendimento neles consagrado estiver superado (*overruling*), o que também deve ser devidamente justificado pelo juiz em sua decisão.

Se afigura resguardada, pois, a independência funcional e a independência do próprio Judiciário, com a salvaguarda de sua função constitucional típica, apenas sendo modificado o âmbito do raciocínio jurídico a ser desenvolvido nas decisões judiciais, a exigir nova atenção às normas jurídicas consagradas na jurisprudência (apenas aquela de observância obrigatória, subsistindo no ordenamento pátrio a jurisprudência com efeito meramente persuasivo, ou não obrigatório), extraídas do próprio ordenamento jurídico legislado.

#### 4. CONCLUSÃO.

Em conclusão, não se sustentando mais o estado de coisas ora verificado entre nós, em que há uma massiva demanda e o atulhamento do Poder Judiciário com milhões de processos em curso<sup>6</sup> (a gerar, entre outros fatores, a excessiva morosidade da justiça), necessária a busca da racionalidade e uniformidade das decisões de modo a concretizar os princípios da isonomia e da segurança jurídica, o que, certamente, contribuirá para uma gradativa diminuição da litigiosidade, dada a maior previsibilidade e estabilidade do ordenamento. Em boa hora, portanto, veio à lume a inovação contida no Código de Processo Civil em vigor, inovação esta completamente compatível com a Constituição Federal como exaustivamente se demonstrou. Porém, é de se alertar que necessária se faz uma modificação não apenas da lei, mas também da própria tradição jurídica nacional, inclusive no que se refere ao ensino jurídico, com a conscientização e consolidação das modificações havidas<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Segundo o programa Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, em 2014, o Poder Judiciário iniciou com um **estoque de 70,8 milhões de processos**, que tende a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior ao de ingressados (**Índice de Atendimento à Demanda - IAD de 98,7%**). Estima-se, portanto, que ao final de 2014 o estoque cresça em meio ponto percentual, ultrapassando, assim, 71,2 milhões de processos pendentes. (disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>, acesso em 15/09/2016.)

<sup>7</sup> Não é outra a conclusão de RODOLFO CAMARGO MANCUSO (2016, p. 617), que preleciona: “*O momento é propício para uma releitura – profunda e abrangente - do regime jurídico-político imperante no país, parecendo irreversível a tendencial força expansiva da jurisprudência, dominante ou sumulada, sobretudo dos Tribunais Superiores. Impende que a fundamentação dos acórdãos, sobretudo daqueles emblemáticos, ditos precedentes fortes, seja convincente e que a redação das ementas, assim como dos enunciados das súmulas se faça com precisão e clareza, a fim de que se alcancem os objetivos de sumarização dos ritos, agilização dos julgamentos e tratamento igualitário aos casos análogos. O êxito da aplicação do direito pretoriano dentre nós fica, pois, a depender, de um lado, do zelo na elaboração dos produtos finais e otimizados por parte dos atores da cena processual; do contrário, pode-se antever um agravamento do atual ambiente de dispersão jurisprudencial excessiva, em detrimento da segurança jurídica, da previsibilidade, da proteção da confiança e do tratamento isonômico aos jurisdicionados.*”

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luis Roberto. O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 454 p.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.
- Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Poder Executivo.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. 1385 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria das Constituições**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. 1462 p.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almeida, 2003. 1522 p.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999. 358 p.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. 4. ed. Salvador, BA, 2010. 360 p.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 687 p.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 513 p.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios)**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. 192 p.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição: comentário à Constituição Brasileira**, vol. 1. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2005. 126 p.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 646 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 542 p.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. 1446 p.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 946 p.
- NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. 1ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2016. 1885 p.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, 1996.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. 455 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 1426 p.