XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO

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

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 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 III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Antonio Celso Baeta Minhoto, Celso Hiroshi Iocohama, Marcelo Labanca Corrêa De Araújo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-199-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

A jurisdição é um dos eixos centrais no desenvolvimento das sociedades, especialmente em países que ainda buscam concretizar os mais elementares direitos fundamentais, bem como materializar princípios constitucionais, como é o caso do Brasil.

Baseado em valores fundantes de nosso Estado - dispostos de modo marcante em nossa constituição - o processo judicial contemporâneo busca ser inclusivo, efetivo, célere, plural e, dentro de suas limitações naturais, auxiliar na construção de uma sociedade de fato democrática.

Para tanto, esse processo enfrenta desafios e experimenta também sensíveis ganhos. Se o ativismo judicial desafia os limites da separação de poderes e, por vezes, oferece o espectro do que Jean-Jacques Rousseau chamava de "ditadura dos juízes", o novo Código de Processo Civil parece oferecer horizontes renovados na prestação jurisdicional, incorporando mudanças e procurando trazer uma concepção contemporânea de processo, procedimento e prestação jurisdicional de um modo geral.

Na oportunidade do XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília, DF, o Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça III congregou a apresentação de pesquisas dos mais diversos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito do país, proporcionando o (re)pensar acadêmico em discussões que certamente proporcionaram muitas outras reflexões. Foram 22 (vinte e duas) apresentações, assim distribuídas:

1. O trabalho intitulado “O instituto do amicus curiae e o Direito brasileiro”, de Eduardo Martins de Lima, traz uma revisão sobre o chamado amigo da corte, analisando a sua posição atual no sistema processual brasileiro.

2. Já no trabalho “O amicus curiae no novo Código de Processo Civil: no caminho da democratização do poder judiciário por meio de uma sociedade aberta dos intérpretes da legislação”, de Marina Eugênia Costa Ferreira e Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, os autores analisam como a novel legislação processual pátria dá espaço para a participação de atores estranhos ao processo, no intuito de auxiliar o julgador na resolução de uma lide, trazendo pontos de vista que potencializam o pluralismo e a abertura da jurisdição.

3. O artigo “O juiz como ator social e o ativismo judicial: riscos e ganhos no desempenho contemporâneo do judiciário brasileiro”, de Antonio Celso Baeta Minhoto e Cristiane Vieira De Mello e Silva, aborda importante tema relacionado ao Poder Judiciário e o seu desafio de buscar a fronteira entre a aplicação do direito e a sua criação, em razão de posturas ativistas.

4. O artigo de Tiago Antonio Paulosso Anibal e Juvêncio Borges Silva, intitulado “Fosfoetanolamina sintética: análise de um caso controverso de judicialização do fornecimento de medicamento sem comprovação científica”, analisa uma questão de grande repercussão social relacionada à busca de um tratamento eficaz para o câncer por meio da via judicial.

5. O artigo “A dinamização do ônus da prova como instrumento assecuratório de acesso à justiça”, de Deilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins, aborda relevante tema relacionado aos direitos fundamentais, a saber, a problemática da necessidade de provar o direito e, a partir daí, ter-se uma justiça plena. Afinal, de nada adiantaria obter o acesso formal à justiça, negligenciando questões imbrincadas relacionadas ao ônus probatório como forma de realização da própria justiça.

6. O trabalho “Desigualdades processuais: o caso da Administração Pública em juízo”, de Jacques Henrique Gomes da Silva e Janaina Soares Noleto Castelo Branco, retoma antiga discussão relacionada à falta de paridade de armas entre Poder Público e particulares, quando atuam em juízo.

7. Interessante estudo pode ser visto no artigo “Alguns aspectos do inventário e partilha no novo código de processo civil”, de Anne Lacerda de Brito, ao analisar, de maneira geral, a nova legislação processual em vigor desde março do corrente ano, pontuando aspectos relacionados às questões que, tradicionalmente, guardavam morada no âmbito do Direito Civil: inventário e partilha.

8. O artigo “A eficiência judicial da Justiça Comum Estadual no Brasil: uma análise jurimétrica pelo método DEA”, de Martinho Martins Botelho, inova ao inserir elementos como estatística e avaliação objetiva, itens pouco comuns no campo do direito e que permitem uma visão diferenciada do campo jurídico.

9. Nomeado por suas autoras, Laura Campolina Monti e Thaís Campos Maria, como “O princípio da fundamentação das decisões judiciais e o solipsismo nas decisões do Supremo

Tribunal Federal", este artigo explora as idiossincrasias existentes nos julgamentos do Supremo e até que ponto isso afeta sua atuação institucional. O dito "cada ministro é um STF" é real ou não? .

10. "A defesa coletiva do direito do consumidor e o veto ao incidente de coletivização no Novo Código de Processo Civil", de Roberto de Oliveira Almeida e Thais Emília de Sousa Viegas, é um texto bem estruturado que busca refletir sobre o tratamento dado e os limites impostos à coletivização das ações no Novo CPC, bem como reflete acerca da influência que isso tem ou pode ter sobre a prestação jurisdicional em geral.

11. Interessante reflexão, de Vanessa Sousa Vieira e Fabiane Cristina de Almeida, traz o artigo "A comparticipação como pressuposto de efetividade das medidas estruturantes deferidas liminarmente", contextualizando e problematizando o papel do juiz e das partes na estruturação processual, notadamente quando ela se dá no início da ação (initio litis) .

12. O artigo "A (im)penhorabilidade do Bem de Família e a tutela jurisdicional executiva no Novo Código de Processo Civil", de autoria de Gustavo Lyrio Julião, parte de um instituto bem conhecido, o bem de família, para tratá-lo no bojo de uma lei vem recente e importante, o Novo CPC, refletindo sobre o novo enquadramento que a nova lei processual poderá imprimir a tal instituto.

13. Pesquisa interessante, de Eduardo Casseb Lois e Juliana Provedel Cardoso, traz o texto "O princípio da legalidade e a teoria dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015", contrapondo um princípio tradicionalíssimo do direito, o da legalidade, frente a um instituto relativamente novo, a teoria dos precedentes, à luz especialmente do que vem disposto no Novo CPC.

14. No artigo, de autoria de Fabiano Gosi de Aquino, "O sistema de precedentes judiciais no novo CPC: o incidente de resolução de demandas repetitivas como técnica de padronização decisória", encontramos sensível e profunda reflexão sobre o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e como ele se inter-relaciona com o contexto do processo civil contemporâneo e com o Novo CPC.

15. Preocupados com a consolidação de entendimentos interpretativos, Felipe Rodrigues Xavier e Lucas Jonas Fernandes apresentam o artigo intitulado "Os direitos coletivos e individuais homogêneos no nCPC: riscos à jurisprudência brasileira", com importantes reflexões sobre os caminhos a serem seguidos, diante da evolução que o tratamento dos direitos coletivos e individuais homogêneos alcançou.

16. Indicando a importância da construção de instrumentos voltados à proteção dos direitos diante da segurança jurídica no exercício da tutela jurisdicional, o IRDR é objeto de análise pelo trabalho “Os mecanismos de controle processual e o novo panorama do incidente de resolução de demanda repetitiva instalado pela Lei 13.105/2015”, exposto por Ana Luíza Zakur Ayers.

17. Analisando o “Protesto de sentença judicial”, Luiza Oliveira Guedes discorre o estudo sobre a importância desta alternativa para a coercibilidade estatal, indicando sua contribuição para o sistema de efetivação dos direitos.

18. Com o trabalho “Crítica retórica à definição do conceito de stare decisis na jurisdição brasileira”, Tainá Aguiar Junquilho e Elias Canal Freitas se propõem a analisar, de forma crítica decorrente da filosofia convencionalista, o sistema de precedentes, com destaque ao elemento que busca conferir estabilidade às decisões das Cortes Superiores.

19. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro e Michelle Fernanda Martins demonstram sua preocupação com a forma de aplicação do sistema de inquirição de testemunhas e sua harmonização com o Estado Democrático de Direito, com o seu trabalho “Tribunais, autorreferência e evolução do sistema do direito: o art. 212 do código de processo penal e os tribunais”

20. Atenta à garantia de acessibilidade ao processo eletrônico, o artigo “Todos iguais: o objetivo do artigo 198 do Código de Processo Civil”, de Luciane Mara Correa Gomes, busca analisar a política de igualdade esperada com a instalação de espaço físico, assistência presencial e equipamentos, junto ao Poder Judiciário, indicando as desigualdades que o sistema eletrônico pode provocar.

21. Luiz Manoel Borges do Vale traz sua contribuição para com o estudo do sistema prisional brasileiro com o estudo “Sobre ativismos e discricionariedades: STF e o estado de coisas inconstitucional”, analisando a inspiração da Corte Constitucional da Colômbia e as ações do Supremo Tribunal Federal diante dos direitos fundamentais dos presos e a falência do sistema prisional brasileiro.

22. Com o estudo “O modelo cooperativo do novo sistema processual civil brasileiro”, Janete Ricken Lopes de Barros aborda a participação dos sujeitos do processo como protagonistas desse modelo democrático, com a contextualização de princípios e mecanismos para um processo justo.

Parabéns a todos os participantes e ao CONPEDI pela realização desse fundamental espaço de compartilhamento para a contínua e necessária reflexão acadêmica.

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo.

Mestre e Doutor em Direito (UFPE). Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Pisa (com bolsa CAPES). Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Banco Central na Procuradoria Regional para a 5a. Região, em Pernambuco.

Prof. Dr. Antonio Ceso Baeta Minhoto

Doutor em Direito Publico e Direitos Fundamentais pela ITE-Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie, São Paulo; Bacharel em Direito pela Unifmu, São Paulo; Coordenador da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Unicsul, sistema EAD; Professor Titular na área de Direito Publico na Universidade Municipal de São Caetano do Sul; Professor da Universidade Zumbi dos Palmares, São Paulo

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP; Doutor em Educação pela USP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UEL. Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A TEORIA DOS PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND THE THEORY OF THE PRECEDENTES IN THE CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015

Eduardo Casseb Lois
Juliana Provedel Cardoso

Resumo

O presente trabalho tem como foco o princípio da legalidade, sua origem e seus contornos contemporâneos, que foram elastecidos pela valorização da interpretação e pela teoria dos precedentes. Analisamos também essa evolução e o impacto do Código de Processo Civil de 2015 sobre a questão.

Palavras-chave: Legalidade, Constitucionalidade, Precedentes

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper focuses on the principle of legality, its origins and its contemporary contours, which have been stretched by the appreciation of the interpretation and the theory of the precedents. We also analyze these developments and the impact of the Civil Procedure Code of 2015 on the issue.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legality, Constitutionality, Precedents

INTRODUÇÃO

A temática do princípio da legalidade guarda especial relevância no direito brasileiro, sobretudo para o sistema de precedentes, estruturado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Não obstante a consabida vinculação à lei e o seu papel como fonte fundamental do direito, a Constituição Federal de 1988 conferiu novas feições ao que se entendia do direito como um sistema completo e apegado à lei.

Com a adoção do modelo de Estado Constitucional, a legalidade passou a ser compreendida para além da mera adequação formal. Tornou-se necessária também a adequação material, isto é, estar conforme a Constituição Federal de 1988 e, portanto, os direitos e as garantias fundamentais.

O Código de Processo Civil de 2015 foi elaborado e entrou em vigor já na constância do Estado Constitucional. Com a mudança paradigmática do novo código ao estruturar um sistema de precedentes, o papel da interpretação ganha ainda mais destaque, inclusive para bem compreender os aspectos e os limites do princípio da legalidade.

Portanto, a presente análise se dará pelo método dedutivo, com início na apresentação do princípio legalidade, considerada a sua evolução no mundo jurídico e na perspectiva do Estado Constitucional. Posteriormente, será apresentado o sistema de precedentes, com destaque para o controle da legalidade formal e material à luz do Código de Processo Civil de 2015. Por fim, será analisada a aplicação da lei e do precedente, com base na doutrina que envolve o tema.

1 TEORIA DA LEGALIDADE. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE FORMAL E MATERIAL

A pretensão de se estabelecer regras que dessem solidez à segurança dos indivíduos fez emergir o escudo que pudesse protegê-los de eventuais arbitrariedades perpetradas pelo Estado. Trata-se do mandamento nuclear do sistema que, como viga mestra, alicerça todo o sistema jurídico, tornando-o lógico e racional. Suas origens remontam ao século XIII, com a Magna Carta de João Sem Terra[1], que trouxe, dentre as suas regras, a necessidade de submissão do monarca ao império da Lei.

[1] Magna Carta de João Sem Terra ou Magna Chartum libertatum é um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do Rei João, que o assinou, impedindo, assim, o exercício do poder absoluto. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria renunciar a

A Constituição Federal de 1988 assevera, em seu art. 5º, inciso II, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei". Portanto, temos a lei como fonte fundamental do direito, sendo esse o seu modo constitutivo principal.

Constatou-se, no entanto, um excessivo apego à lei. Com o Iluminismo, tivemos a era dos Códigos. O homem era visto como um ser hipersuficiente, capaz de prever e legislar sobre todas as matérias. Havia a ideia de completude do sistema, que posteriormente revelou-se falha. Operou-se, contudo, a erosão do direito positivo. Segundo Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 99), tal fato se deu por dois processos:

> Podem-se identificar dois processos de fragilização do sistema fechado e codificado característico do racionalismo de corte romano-germânico (civil law), fundado na aplicação do método dedutivo lógico-formal e apriorísitico a partir da fonte primária da legislação: a) fragilização virtuosa decorrente da abertura do sistema fechado, em razão da evolução do direito positivo e da sua flagrante insuficiência para coibir as lacunas hermenêuticas; b) fragilização não virtuosa, decorrente da relativização do inteiro ordenamento jurídico.

Nesse cenário, surge o movimento que pregava a supremacia dos direitos fundamentais, fundados na Constituição Federal, a qual todo o ordenamento deveria se submeter. O ponto de partida da observância do sistema passa a ser a Constituição. Evolui-se no entendimento de que a legalidade só estará sendo observada se o ato normativo estiver em simetria com o texto constitucional.

Supera-se, assim, o modelo positivista em que se verificava uma veneração à lei e mitigação dos poderes de interpretação do julgador. Adota-se o modelo de Estado Constitucional.

Ao explicar o modelo de Estado Constitucional, Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 91-92) esclarece que:

> [...] é caracterizado pela subordinação do direito à legislação constitucional através das técnicas da constituição rígida e através da jurisdição de controle de constitucionalidade. O ordenamento jurídico transforma-se radicalmente, assume um caráter nomodinâmico em relação à artificialidade e à produção de normas pelo Poder Legislativo. Assegura, assim, uma margem de discricionariedade à atividade legislativa decorrente de sua legitimação representativa da sociedade e, ao mesmo tempo, subordina-se a um caráter nomostático dos princípios e direitos fundamentais estabelecidos nas constituições, o qual representa um 'nunca mais' aos horrores dos regimes totalitaristas. Como norma de reconhecimento, a referência formal é a constituição; como razão social, os direitos fundamentais, sendo os de direitos de liberdade exercidos como limites e os direitos sociais exercidos como vínculos. A validade da norma infraconstitucional e das emendas à constituição, em

---

certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do Rei estaria sujeita à lei.

> conformidade com cada ordenamento jurídico dado esta submetida a parâmetros formais e substanciais. A norma constitucional estabelece, assim, também o caminho a ser seguido pelo legislador, determinando a 'esfera do não decidivel'.

Neste ponto, a legalidade não se satisfaz com a mera adequação formal, ou seja, não basta a observância da competência e do procedimento estabelecido para que esta seja observada. Para que uma lei seja válida, ela deve seguir os trâmites legais para a sua criação, bem como ser compatível com a Lei Maior, sendo este o aspecto material do princípio em comento. Vê-se, assim, que as leis hierarquicamente inferiores devem sempre obediência à Constituição. Não se satisfaz o postulado da legalidade a mera subsunção ao texto legal.

O papel da interpretação jurídica ganha destaque, uma vez que o aspecto material do princípio da legalidade (compatibilidade com a Constituição Federal e os direitos e garantias fundamentais) são dotados de grande carga axiológica. Assim, torna-se inegável a normatividade destes princípios constitucionais (art. 5, § 1º, XXXV, CF/88) que se traduzem como vigas mestras do sistema, escorando-se na força normativa da Constituição.

Nesse sentido "O papel do juiz aumenta de responsabilidade e poder, pois deverá atuar para a densificação desses princípios e cláusulas, rompendo com a estrutura estanque da divisão de poderes anteriormente pensada" (ZANETI JR., 2015, p. 113).

Portanto, o texto não se confunde com a norma. Este é o resultado extraído a partir da interpretação, também caindo por terra a máxima *in claris cessat interpretatio*. Isto, pois, "a norma só adquire o seu significado conforme a individuação pelo intérprete no momento da aplicação" (ZANETI JR., 2015, p.142-143). Consequentemente, o próprio conceito de legalidade acaba se modificando, e, em razão disso, as próprias fontes do direito passam por uma mutação.

Essa mudança de paradigma, e supervalorização da interpretação fez com que surgissem formas de controle. Nesse sentido, veio a teoria da justificação interna e externa da decisão. Na justificação interna, observa-se a estrutura interna da decisão, com as premissas escolhidas e a conclusão. Internamente, a decisão deve ser coerente, verificando a validade das afirmações a partir das premissas estabelecidas. Já a justicação externa, tem como foco a base fática e jurídica da decisão. Controla-se a correção dessas premissas. A análise é feita partindo de um ponto de vista substancial. Essa diferenciação, que busca uma forma de controle, se utilizou dos conceitos desenvolvidos anteriormente por Luigi Ferrajoli, denominado interpretação operativa. Segundo essa teoria, nas decisões interpretativas, onde o intérprete proclama o conteúdo a partir da interpretação dos textos legais, verificamos a necessidade da intepretação operativa. Essa teoria é de suma importância quando analisamos a

teoria dos precedentes, vez que, quando não há atividade interpretativa do julgador, mas mera aplicação da norma, não há que se falar em precedente. Nessa hipótese estaríamos diante da mera subsunção legal. Não se confunde também a interpretação operativa com a doutrinária.

Neste ponto, Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 150) conclui que:

> [...] a interpretação operativa dá-se em concreto e está relacionada à aplicação do direito aos fatos; portanto, está dentro da ótica da interpretação/aplicação. A interpretação doutrinária ocorre em abstrato e está relacionada às normas, sem que dela decorra a operação de subsunção (característica da intepretação operativa), sendo voltada para a definição teórica dos termos e seus significados. Em verdade, como bem observa L. Ferrajoli, o ordenamento jurídico será tanto mais efetivo, quanto mais confluírem a interpretação operativa e a interpretação doutrinária.

Tradicionalmente, ensinavam-se as fontes do direito como os seguintes institutos: a lei, os costumes, a jurisprudência e a doutrina (sendo estas últimas consideradas fontes indiretas ou mediatas, já que apenas revelariam o direito e não influenciariam a sua formação, tal como ocorria com a lei e os costumes, as chamadas fontes diretas).

> Atualmente, essa tradicional classificação das fontes do direito está defasada, seja porque diversos outros institutos podem ser considerados fontes do direito, tal como as súmulas vinculantes, medidas provisórias e precedentes judiciais, seja porque a distinção entre imediata e mediata não faz mais sentido, haja vista que a própria jurisprudência tem sido cada vez mais dotada de efeito vinculante com o intuito de assegurar sua efetividade (ABBOUD; CARNIO; DE OLIVEIRA, 2013, p. 212).

Assim, a atividade jurisdicional passa cada vez mais a ter um caráter predominantemente cognitivo. Tal fato é evidente quando analisamos a teoria dos precedentes.

Tecidos esses comentários acerca da importância da interpretação e fixada a premissa de que a norma é o resultado desta, nota-se um elastecimento do conceito da legalidade, pois esta passa a ser vista como a conformidade com o direito, sendo essa a (re)construção do conceito de legalidade. Sobre o tema, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 467-468) esclarecem:

> A referência à "legalidade" é metonímica: observar a dimensão material do principio da legalidade é decidir em conformidade com o direito, como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes.
> [...]
> O dever de observância de precedentes judiciais e da jurisprudência dos tribunais, previstos em diversos dispositivos do CPC (art. 926, p.ex.) corrobora a necessidade

> de ressignificação do princípio da legalidade – precedentes também compõem o Direito e devem ser observados.

Verifica-se um alargamento do conceito de fontes do direito, sendo que o CPC/2015 traz, de forma expressa, o dever de observância dos precedentes. A novel legislação introduz um núcleo do sistema de precedentes em seus artigos 489, §1º, 926 e 927, que analisaremos abaixo, com destaque para as formas de controle da legalidade presente nestes dispositivos.

2 CONTROLE DA LEGALIDADE FORMAL DOS PRECEDENTES À LUZ DO ARTIGO 927 E INCISOS DO CPC/2015

Estabelece o artigo 927 do CPC/2015 as situações em que o julgador deverá obrigatoriamente se submeter ao precedente. Assim, exige-se uma formalidade (competência/procedimento) na elaboração do precedente. Nessa linha, a "relevância formal significa que um julgamento que não respeita um precedente vinculante com relevância institucional, ou seja, com relevância constituída e regulada por normas jurídicas, não pode ser considerado juridicamente correto" (ZANETI JR., 2015, p. 341-342). Vejamos o dispositivo:

> 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.

A doutrina vem discutindo acerca da impossibilidade de vinculatividade do art. 927. Parte dela reputa que os três últimos incisos seriam inconstitucionais. Capitaneando tal entendimento, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de A. Nery (2015, p. 1836-1837) sustentam que os incisos III, IV e V do CPC/2015 usurpariam competência constitucional ao possibilitar ao Poder Judiciário a edição de atos normativos gerais e abstratos, transformando jurisprudência em lei:

> [...] vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com características de lei, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem casos concretos, que resolvem lides objetivas (eg. ADIn) e subjetivas (e.g. RE e REsp). Não são tribunais de teses.

> Fazer valer o CPC 927 III a V é deixar de observar o *due process of law*, o texto e o espirito da Constituição.
> [...]
> O objetivo almejado pelo 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. Existem alguns projetos de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional com o objetivo de instituírem súmula vinculante no âmbito do STJ, bem como para adotar-se a súmula impeditiva de recurso (PEC 358/05), ainda sem votação no parlamento. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se aqui pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional.

Com a devida *vênia*, parece-nos que a referida inconstitucionalidade não se apresenta. Isso, pois, conforme citado, o ordenamento interpreta-se de forma racional e sistematizada, tendo na Constituição seu ponto de partida. Assim, os princípios da igualdade, racionalidade, previsibilidade, segurança jurídica, efetividade e coerência não podem ser ignorados. Não nos parece acertada a posição de que, ainda que exista um pronunciamento sobre caso idêntico feito pelas cortes superiores, possa o juízo de piso ou tribunal de segundo grau, distanciar-se dos fundamentos invocados. Seria um formalismo equivocado e contraproducente que atentaria contra a racionalidade do sistema.

Não podemos esquecer também, para ser mais coeso, este entendimento deveria considerar que os incisos I e II, imunes a este entendimento da inconstitucionalidade, foram introjetados no ordenamento por obra do constituinte reformador, via emenda constitucional. Desta feita, se houvesse violação às cláusulas pétreas – tripartição dos poderes e principio da legalidade – tais incisos também estariam contaminados pela mesma inconstitucionalidade sustentada por esta corrente. Com muita clareza, Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 368) é firme ao concluir:

> Essas críticas devem ser bem analisadas, em essência, sendo algumas das vinculatividades aos precedentes resultantes dos incisos I e II estabelecidas por emenda constitucional. Fosse possível falar de ofensa à legalidade e à separação de poderes, cláusulas pétreas, portanto, impeditivas de reforma constitucional, também estas seriam inconstitucionais, como já defenderam vários autores à época da EC 45/04, em relação à criação das súmulas vinculantes, mesmo que equivocadamente.

A ofensa à tripartição de poderes também sucumbe quando analisamos a lei e o precedente. Distinguindo norma concreta e geral (precedente) daquela abstrata e geral (leis), Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 92-93) explica que:

> [...] o juiz constrói a norma jurídica considerando a relação entre o caso concreto, o texto da lei e as normas constitucionais.

> Nas situações de declaração de inconstitucionalidade, de controle de inconstitucionalidade por omissão, e de tutela de um direito fundamental diante de outro no caso concreto, embora a situação seja mais delicada, também não há razão para falar em criação de direito pelo juiz. [....] Em nenhuma dessas situações o juiz cria o direito. A jurisdição apenas esta zelando para os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais, para que os direitos fundamentais sejam protegidos e efetivados ainda que ignorados pelo legislador e para que os direitos fundamentais sejam tutelados no caso concreto mediante a aplicação da regra do balanceamento.
> O juiz, ao atuar dessa forma, não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuía no constitucionalismo contemporâneo, como também, diante da transformação do próprio conceito de direito, apenas o aplica.
> [...]
> É certo que a norma criada pelo juiz exige fundamentação, o que obviamente é desnecessário em se tratando de norma legislativa. Seria possível dizer, ainda, que o precedente, e não a lei, pode ser revogado pelo judiciário. Entretanto a circunstância de a norma judicial ter de ser fundamentada decorre da necessidade de ter de se dar legitimidade à decisão, dado o déficit de legitimidade originaria que caracteriza o poder jurisdicional. [...]. É claro que os limites da decisão estão nos próprios direitos fundamentais, o que também significa que somente é possível vislumbrar ausência de lei ao se constatar que o legislador deixou de editar norma necessária à tutela de direito fundamental.

Qualquer sorte de dúvidas que poderia permanecer sobre o tema é afastada quando se analisa o dever de uniformização de jurisprudência do direito federal pelo STJ.

> O art. 105, III, da CF é claro no sentido de que compete ao Superior Tribunal de Justiça rever as decisões que contrariarem tratado ou lei federal ou lhes negarem vigência, julgarem válido ato de governo local contestado em face de lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. A suposição de que os juízes e tribunais podem decidir sem considerar os precedentes o Superior Tribunal de Justiça não se coaduna com tal norma constitucional. Se a esta corte cabe uniformizar a interpretação da lei federal e, se for o caso, cassar a interpretação destoante, as suas decisões certamente devem se impor sobre os tribunais inferiores. Isso quer dizer que, hoje as decisões dos tribunais regionais e estaduais, que não considerem precedentes violam no mínimo o dever de fundamentação.
> Na verdade, pode-se ir além, uma vez que é tranquilamente possível, em termos lógicos e jurídicos, sustentar que as decisões do Superior tribunal de justiça devem ter efeito vinculante sobre os juízes e tribunais estaduais e federais (MARINONI, 2013, p. 96).

Ultrapassada análise dessa primeira corrente doutrinária, que reputa inconstitucional os incisos supracitados, temos uma segunda parcela da doutrina (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015) que defende a não vinculatividade dos incisos IV e V do mesmo art. 927, sustentando que se há precedentes vinculantes, os demais não teriam essa característica. Contudo, a redação do caput do art. 927 é muito clara ao estabelecer que os juízes e tribunais deverão observar aqueles precedentes. Ora, a lei não tem palavras inúteis. Se o legislador assim estabeleceu formalmente esta regra, não cabe a doutrina dizer que assim não será. Nessa linha "construções doutrinárias relativizadoras desta obrigatoriedade somente

podem se dirigir à crítica do ponto de vista material, não formal, do que se consideram precedentes" *(*ZANETI JR., 2016, p. 371).

Por fim, o terceiro entendimento aduz que somente as Cortes Supremas formam precedentes obrigatórios. Contudo a autorreferencialidade é uma característica do direito. Ele mesmo se regula. Formalmente, o art. 927 estabeleceu o que vem a ser o precedente. Não sendo as hipóteses (que logo veremos) que a lei pode não ser aplicada, ela tem de ser observada.

Portanto, vale ressaltar a importância que os profissionais que trabalharão com esse novo código, vez que atuarão como fiscais da obediência da vinculatividade dos precedentes, já que não há como negar a possibilidade de o precedente não ser observado pelo julgador, já que mesmo a lei (fonte primária e vinculante) nem sempre é aplicada da mesma forma por aqueles que decidem.

3 CONTROLE DE LEGALIDADE MATERIAL DOS PRECEDENTES À LUZ DO ARTIGO 926, §§ E ARTIGO 489, § 1º, INCISO V e VI

Vimos, portanto, que o CPC/2015 traz em seu núcleo de precedentes, regras direcionadas à vinculatividade formal em seu art. 927. Contudo, não é só. As regras formais devem ser analisadas em conjunto com as exigências materiais, que vêm previstas no art. 926, §§ e art. 489, § 1º, incisos V e VI. Nesses dispositivos, verifica-se que não basta a forma para que tenhamos o precedente. As decisões necessitam de coerência, estabilidade e integridade. Deve-se, também, identificar os fundamentos determinantes, relacionando estes com o caso a ser decidido, e, não sendo o caso de se observar o precedente, o julgador deverá demonstrar a distinção ou se é o caso de superação, tendo, nestes últimos casos, um verdadeiro ônus argumentativo. Trata-se de importante instrumento que visa à racionalidade do sistema, que em seu conjunto, poderá alterar culturalmente as técnicas de decisão.

Nesse sentido, o artigo 926 do CPC/2015 assim dispõe:

> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
> §1º. Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
> §2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

O dispositivo supra traz a obrigação ao Poder Judiciário de buscar racionalidade com a unidade do sistema (uniformizando a sua aplicação) devendo, para tanto, sempre ater-se as razões de fato e direito que geraram seus precedentes. Trata-se de regra que se aplica diretamente ao órgão prolator da decisão. Diz respeito à substância da decisão. O intérprete vincula-se aos fundamentos determinantes de casos precedentes, impedindo a contradição de julgamentos distintos de casos semelhantes, possibilitando a racionalização e a universalização do direito. Nesse trilho, passaremos a analisar, ainda que superficialmente, os conceitos de estabilidade, coerência e integridade.

Por estabilidade devemos entender a vinculação horizontal que emana das decisões, devendo, caso haja alteração do entendimento, trazer o ônus argumentativo suficiente para tanto. Lenio Luiz Streck (2015) entende a estabilidade como um conceito autorreferente, guardando relação direta com os julgados anteriores. Trata-se de um dever de manutenção.

Já a coerência estaria ligada a ideia de consistência/não contradição. Assim, haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes (STRECK, 2015).

A integridade, no conceito de Ronald Dworkin (2007, p. 272), por sua vez, "instruiria os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir dos pressupostos de que foram todos criados por único autor – a comunidade personificada-, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade".

Parcela da doutrina defende a não adoção do conceito de integridade do direito de Ronald Dworkin que abrangeria o termo coerência, vez que "não há necessidade, e nem poderia ser diferente, de o conteúdo normativo desses textos corresponder exatamente à determinada orientação filosófica" (DIDIER JR.; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2015, p. 476).

Para Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, então, estamos diante de um enunciado normativo, e não doutrinário. Portanto, para os autores, não se trataria mais de discussão filosófica acerca dos conceitos de coerência e integridade. A análise agora passa a ser dogmática. Seriam, assim, dois deveres distintos e não um como continente (integridade) do outro que seria seu conteúdo (coerência), ainda que os dois deveres, embora distintos, possam obrigar o julgador a uma só conduta.

Outro posicionamento, mais moderado e acertado segundo pensamos, defende a convergência da teoria de Ronald Dworkin e McCormik, apontando a existência de um conceito amplo e outro restrito de coerência, afastando a forte relação contida no conceito de Ronald Dworkin. Haveria, assim, pares conceituais. Nesse trilho, no sentido amplo de

coerência, teríamos a integridade prevista no art. 926, CPC/2015. Já a coerência em sentido estrito estaria ligada a ideia de consistência. Dessa forma, distancia-se da noção de integridade, que conduz à teoria da única resposta correta (Dworkin), vez que esse caminho impossibilitaria a aplicação da proporcionalidade e a ponderação de interesses que norteiam o CPC/2015 (art. 8 e §2º do art. 489). Nesse sentido Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 365-366), esclarece que:

> A questão é saber, se o CPC adotou alguma particular teoria da justiça, ou se, ao contrário, pode ser compreendido como uma orientação dogmática para superar eventuais divergências teórico-filosóficas. Nesse sentido, é bom observar que há grande convergência na teoria jurídica e na filosofia jurídica atual sobre a importância dos deveres de consistência/coerência, em sentido amplo (integridade, art. 926, caput), [e um tema central para a teoria do direito. Por isso, é melhor compreender integridade, do CPC/2015, em conjunto com o termo coerência em sentido amplo, desfazendo a conexão forte com a concepção de integridade em Dworkin. A convergência coerência/integridade limita-se a reconhecer o aspecto mais amplo dos conceitos de coerência e integridade, ligados aos princ.[ipios jur[idicos e a possibilidade de se dar um sentido de conjunto às normas jur[idicas (*"hanging together"* e *"making sense"), a partir da justificação das decisões judiciais em um contexto mais geral de unidade do direito.*
> Adotaremos , neste texto, como já se pode perceber a menção aos pares conceituais coerência em sentido estrito/consistência e coerência em sentido amplo/integridade. Não se trata de mera questão de nomes, mas desfazer a atração para o CPC/2015 de uma vertente da filosofia jurídica muito forte, que pretende, com a noção de integridade, a admissão da teoria da única resposta correta (Dworkin). Essa respeitável opção teórica é incompatível, por exemplo, com a ponderação e a proporcionalidade igualmente previstas no CPC (art. 489, § 2º, e art. 8). A interpretação do novo CPC deve preservar a unidade do texto, a unidade da Constituiçao e a tradição jurídica, dando um sentido às palavras que garanta a consistência interna à nova lei. Portanto, para corretamente compreender os deveres de coerência/consistência (em sentido estrito, dever de não contradição) e integridade/coerência (coerência normativa em sentido amplo), eles devem ser considerados como pares conceituais.

Ultrapassados tais pontos, nota-se que o artigo 926 do CPC/2015, direciona-se ao julgador que produz o precedente. Não podemos deixar de mencionar que esta criação, especialmente para fins de legitimidade, não pode se dar de forma arbitrária. Há de se observar, sob pena de nulidade, a necessidade de efetiva motivação, que foi expressamente exigida no art. 489, § 1º do CPC/2015. Vejamos:

> Art. 489, § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Tal regra é de extrema importância, pois permite ao administrado participar da tomada de decisão, verificando os fundamentos pelos quais sua pretensão foi ou não acolhida (principalmente nessa hipótese) e possibilitando o questionamento de como a decisão foi tomada. Trata-se de uma faceta do Estado Constitucional Democrático e do seu elemento participativo.

> O Estado Democrático de Direito, também chamado agora de Estado Constitucional Democrático, sobressai da evolução histórica do Estado Social que agregou o elemento participativo. Portanto, advém da ultrapassagem do Estado Social e do reconhecimento, não somente pela doutrina, mas também pela própria norma, da internalização do valor 'participação' na formação das decisões estatais (ZANETI JR., 2008, p. 201).

4 QUANDO UM JUIZ PODE DEIXAR DE APLICAR UMA LEI NO BRASIL? DIVISÃO DE TAREFAS ENTRE LEGISLADOR, DOUTRINA E JUIZ. INTEGRAÇÃO DAS TAREFAS ENTRE LEGISLADOR, DOUTRINA E JUIZ. O QUE VALE MAIS, UMA LEI OU UM PRECEDENTE?

Dadas as características gerais da lei (generalidade, abstração, imperatividade e coerção), a observância dos preceitos legais, a partir de sua vigência, é obrigatória a todos. Todos são iguais perante a lei e da mesma forma devem obedecê-la. Neste passo, o intérprete não pode, ao seu bel prazer, ignorar a aplicação da lei. No entanto, há situações em que o próprio ordenamento jurídico permite sua não aplicação.

Acerca do tema Lenio Luiz Streck (2014, p. 604-605) esclarece:

> [...] o primeiro passo – ou o principal – para preservar a autonomia do direito pode/deve ser dado a partir do teste das seis hipóteses pelas quais o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma lei (lato sensu) ou dispositivo legal. Não estando diante de nenhuma delas, estar-se-á diante do dever fundamental de aplicar a lei votada pelo parlamento (ou ato normativo emanado de outras esferas legítimas de poder), preservando-se, destarte, o elevado grau de autonomia do direito no paradigma do Estado Democrático. Assim, o Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei:
> a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplica-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu)* ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
> b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g., a lex*

> *posterioris*, que derroga *a lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
> c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassung-skonforme Auslegung)*, ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua "literalidade") permanecerá intacto; o que muda é o sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição;
> d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (Teilnichti-Gerkárung ohne Normtextreduzierung), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (Anwendungsfàlle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido;
> e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;
> f) quando- e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes como não standards retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiologismo. É por meio da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra- pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é "suspensa" em caso de "insignificância"). Tal circunstância, por obvio, acarretar um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão - mas exigirão mesmo- aplicação similar graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe no sentido da *applicatio* hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese. 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto.

E conclui que "fora dessas hipóteses, isto é, se a hipótese não se enquadrar em um dos elementos acima especificados, violado estará o primeiro princípio, o da autonomia do direito" (STRECK, 2014, p. 605).

Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 127), em nosso sentir de forma acertada, diverge quanto ao último caso apontado (quando uma regra contrariar um princípio, no caso em que, a regra cederá em face do princípio):

> [...] ser esta uma premissa equivocada por duas razões decorrentes do modelo teórico aqui esposado: um, principio e regras tem igual dignidade normativa e, ambos, podem ser expressos em textos de lei, inclusive no mesmo dispositivo (...ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, cap.2, p. 50/84); dois, essa atividade interpretativa é já um juízo sobre a constitucionalidade da regra, inserindo-se na alínea a).

Portanto, considerando que a atividade interpretativa sempre estará presente na atividade do julgador, e considerando estas séries de hipóteses em que o julgador não esta obrigado a aplicar a lei, temos de ter um sistema que seja racional, vez que a lei deve ser igual para todos. Para que as relações jurídicas se deem de forma segura, o sistema tem de ser previsível. Neste passo, num sistema de controle de constitucionalidade difuso, com tantas possibilidades de não aplicação da lei pelo julgador, é impossível pensar em racionalidade, igualdade e segurança jurídica, sem um efetivo modelo de precedentes, tal como previsto no CPC/2015.

4.1 TEORIA CIRCULAR DOS PLANOS ENTRE A LEI E O PRECEDENTE. O QUE VALE MAIS: A LEI OU O PRECEDENTE?

Parece-nos que este questionamento acaba misturando dois planos distintos. Como vimos a lei, como ato geral e abstrato, resultado do processo legislativo, não se confunde com o precedente, ato geral e concreto que pode nascer quando se aplica a lei. Assim, os fundamentos determinantes utilizados no julgamento do caso poderão ter caráter vinculativo nas hipóteses legais previstas no ordenamento. Esse modelo, muito nos remete à "Teoria Circular dos Planos" de Francesco Carnelutti (ZANETI JR., 2014, p. 189-217), que explica a relação entre o direito material e o direito processual como uma relação de complementaridade, sem subordinação ou hierarquia. Segundo essa teoria, é necessário pensar o processo à luz do direito material. Por outro lado, o direito material se concretiza pelo processo, que, da mesma forma, também é servido pelo direito material que o estabelece. Essa relação cíclica de complementaridade também se verifica entre a lei e o precedente, vez que o precedente nasce na aplicação/interpretação da lei. Da mesma forma o precedente serve à lei na concretização de seus objetivos, não havendo que se falar em hierarquia.

4.2 A SUPERVENIÊNCIA DE LEI NOVA E O PRECEDENTE

Conforme vimos, o intérprete vincula-se aos fundamentos determinantes de casos precedentes, impedindo a contradição de julgamentos distintos em casos semelhantes. Assim, o precedente surge considerando os fatos analisados à época do julgamento. Desta feita, a superveniência de lei nova é fato novo que por si só afasta o precedente anteriormente criado.

Nesse sentido é o enunciado 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). Vejamos:

> 324. (art. 927). Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto. (Grupo: Precedentes)

Nessa situação, há uma distinção *(distinguishing)* que atrai a incidência da previsão contida no art. 489, § 1º, VI. Portanto, é evidente que, havendo a alteração dos fundamentos determinantes que geraram o precedente, não há que se falar em vinculatividade. Vale lembrar, também, que há hipóteses em que o julgador não esta obrigado a cumprir a lei, conforme vimos em tópico anterior. Nessa hipótese, por exemplo, sendo um caso de inconstitucionalidade da lei superveniente, não havendo que se falar em superação do precedente.

CONCLUSÕES

Como exposto, o conceito do princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/88), ampliado no atual Estado Constitucional, para o qual a legalidade somente seria observada em simetria com o texto constitucional. Para a adequação desse aspecto material da legalidade, a interpretação jurídica e, consequentemente, o papel do julgador ganham destaque.

Diante dessa valorização da interpretação e da mudança de paradigma do Código de Processo Civil de 2015, as fontes do direito passam por uma mutação e o conceito do princípio da legalidade é estendido para a conformidade com o direito, e, por isso, o ordenamento jurídico, e não apenas a lei.

O Código de Processo Civil de 2015 conferiu tratamento ao controle da legalidade formal e material dos precedentes. Como controle da legalidade formal, o art. 927 e incisos, do CPC/2015, estabeleceu formalmente um rol das hipóteses do que vem a ser o precedente, que deverá ser observado por juízes e tribunais. As regras formais devem ser analisadas ainda por um controle de legalidade material, disposto no art. 926, parágrafos, e art. 489, § 1º, inciso V e VI. As decisões precisam, então, de coerência, estabilidade e integridade. Além disso, devem ser identificados os fundamentos determinantes da decisão, quando o juiz ou o tribunal demonstrar distinção do precedente com o caso em julgamento, ou, ainda, no caso de superação, enfrentando o devido ônus argumentativo.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 pretende criar um efetivo sistema de precedentes capaz de gerar um modelo racional de decisões, com a finalidade de conferir

isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados. Assim, o intérprete fica vinculado aos fundamentos determinantes do precedente. Lei e precedente relacionam-se, nesse novo paradigma, de forma cíclica e complementar, onde o precedente nasce na aplicação e na interpretação da lei, que é, por sua, vez, servida pelo precedente na concretização de seus objetivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942. Art. 4º. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, DF, 09 set. 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EREsp 608.122/RJ**, 1ª Seção, j. 09.05.2007, rel. Min. Teori Albio Zavascki. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401143164&dt_publicacao=28/05/2007>. Acesso em: 14 out. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de**. Teoria Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais.** São Paulo: Noeses, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2014.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NETO, Fernando Sacco. Do cabimento de ação rescisória com fundamento em violação de princípio geral de direito. p. 1020-1026. In: **Os poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais**. José Miguel Garcia Medina e outros (Coordenador). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A.. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Porque agora dá para apostar no projeto do novo CPC**. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>. Acesso em: 14 out. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (livro digital).

ZANETI JR., Hermes**. A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Democracia e Judiciário na (RE)Politização do Direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (Parte I). p. 199-217. In: **Os poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais**. José Miguel Garcia Medina e outros (Coordenador). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.