

A Constituição Federal e sua contribuição ao novo Código de Processo Civil com o valor dos precedentes

*Nelson Jorge Junior*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Constituição e Estado Democrático de Direito; 3. A Constituição e o processo; 3.1. O ordenamento, a segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência; 3.2. O art. 103-A da Constituição Federal e a criação da súmula vinculante; 3.3. Jurisprudência. Súmula. Precedente; 4. Precedentes Judiciais à luz do novo Código de Processo Civil; 4.1. Observação de precedente e a constitucionalidade; 5. Conclusão.

1. Introdução

Neste ano de 2018, os brasileiros devem lembrar que a Constituição Federal de 1988 completará 30 anos de vigência. Ao longo dessas três décadas, foi alterada com várias emendas constitucionais. E as alterações devem ocorrer para a correção quanto ao pensamento e interesse político e social, não podendo ser rígida a ponto de não se permitir a alteração.

Para o Poder Judiciário, a Emenda Constitucional n. 45/2004 é relevante, uma vez que acarretou modificações importantes para os tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal (art. 102 e 103, CF), Superior Tribunal de Justiça (art. 105, CF) e a criação do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, CF). Um dos aspectos relevantes dessa Emenda Constitucional é a instalação de novas figuras do direito, como a súmula vinculante, a repercussão geral e que teve elevada interferência no Código de Processo Civil revogado e no novo Código de Processo Civil, permitindo a incidência dos princípios possíveis de serem aplicados na legislação.

¹ Pós-graduado, *lato sensu*, em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP (Ciência das Relações Sociais). Ex-professor no curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie em São Paulo.

A Constituição contém princípios e regras que são fixadas para o alcance, respeito e cumprimento dos titulares do poder e para fazer prevalecer a separação dos poderes: o Executivo, Legislativo e Judiciário, com o que traz a limitação a eles. O respeito às normas constitucionais em vigor permite assegurar a prevalência do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF).

No âmbito desse ideal a Constituição assegura o denominado direito fundamental, conforme dispõe o artigo 5º, em que se encontram entre esses direitos a inafastabilidade do controle judicial, o acesso à justiça, e a ser apreciado o direito violado em tempo oportuno e havendo ainda, como ideia precípua, para tanto a segurança jurídica.

É verdadeiro desafio, pois facilitando a Constituição o acesso à justiça, torna necessária a existência do processo com adequado resultado, de maneira célere e com a necessária segurança jurídica, para conferir a cada um o direito. Essa preocupação sempre envolveu o direito processual, de forma notória no âmbito civil, como se deu ao longo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, ao qual foram efetuadas várias alterações para aquele fim mencionado no curso dos anos.

Não satisfeito com essa circunstância o legislador houve por bem editar novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), com a visão de buscar simplicidade e tornar moderno o processo, para alcançar a finalidade da efetividade da tutela jurisdicional, evitando-se demanda que perdure por muito tempo, de forma que se possam realizar os valores constitucionais. Preocupou-se, então, o legislador em produzir o código de modo a permitir que a sociedade tivesse conhecimento da possibilidade da realização dos direitos ameaçados ou violados, pois estes não se compõem com as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Dentre as novas regras processuais, destaca-se a preocupação do legislador com os posicionamentos diferentes e incompatíveis praticados pelos tribunais. Isso porque, da mesma norma jurídica, em situações idênticas, tenham os interessados que se sujeitar a regras diferentes, emanadas por julgamentos de tribunais diversos, o que enseja intranquilidade e os deixam atônitos e hesitantes.

Com a razão nessa circunstância e da experiência surgida com a criação da súmula vinculante e o princípio da repercussão geral (arts. 102, § 2º, e 103-A, CF), procedeu à manutenção dessas regras no novo Código de Processo Civil e criou-se a vinculação aos precedentes jurisprudenciais, conforme dispõem os artigos 926 e 927, ambos do mencionado Código.

A Constituição Federal, ao longo de sua vigência, transformou o direito processual civil, porque como devem estar inclusos os princípios fundamentais nas regras deste, por meio deles foram introduzidas novas regras ao novo Código de Direito Processual Civil e se criou a *vinculação aos precedentes*, de maneira a tornar clara a harmonia nas decisões dos tribunais, buscando impedir posições diferentes e incompatíveis. Divergências existem quanto à constitucionalidade ou não dessa vinculação quando não prevista na Constituição, porém é questão que se pode encontrar a harmonia para a uniformização da jurisprudência, de forma legal e válida para trazer a estabilidade das decisões dos tribunais, tranquilizando a sociedade.

Assim, por este singelo ensaio, tão só se busca tornar clara a importância da Constituição Federal de 1988 na aplicação das garantias processuais nela previstas, para o surgimento do novo Código de Processo Civil e neste a criação da vinculação aos precedentes jurisprudenciais. Dar-se-á o exame do princípio do direito constitucional processual e sua importância; o caráter vinculante e a generalização dos precedentes, como previsto no artigo 927, do novo Código, havendo ou não constitucionalidade no referido dispositivo processual.

2. Constituição e Estado Democrático de Direito

A Constituição, como representação do contrato social, procura conciliar a vontade da maioria dos cidadãos, com o respeito aos direitos fundamentais de todos, de maneira a preservar também os direitos da minoria eventual, assegurando a validade e a legitimidade dos atos praticados de forma substancial e formal pelos três poderes constituídos, em conformidade com o direito positivo, porque tem origem nos princípios pelos quais é composta e tendo em consideração a individualidade de toda gente.

Ela é o conjunto de bens da sociedade num determinado momento do país, repercutindo o conjunto de ideias que se apresentam precípuas para a representação, assegurando o que se pode retirar também de melhor das sociedades ditas avançadas e de importância, na busca da ordem econômica e social, para se alcançar o desenvolvimento do país e com justiça social, protegendo a vida, a liberdade, a família e a propriedade.

Diante dela e das normas que a compõe, todos devem obediência e respeito para que possa ser cumprida, pois sendo uma norma positiva é considerada obrigatória, mesmo quando ela permite o agir com

faculdade, de forma a não admitir a criação de obstáculo. A Constituição contém as normas de hierarquia superior e são elas o fundamento das demais normas e servem como paradigma, donde emanam a legitimidade e a validade das outras normas. E eventual interpretação que contrarie as normas da constituição deve ser recusada por meio de adequada aferição hermenêutica.

As normas constitucionais em conjunto devem ser consideradas como a fonte que estrutura o Estado Democrático de Direito, garantindo e protegendo os indivíduos e, caso ocorra o descumprimento destas normas, compete ao Estado ter instrumento capaz para a reprovação da desobediência praticada.

Ao reconhecer a Constituição, ser o país considerado como República Federativa e se constituir em Estado Democrático de Direito (art. 1º), estabelece uma sociedade democrática, em que se admite a efetiva participação do povo, mediante o emprego de mecanismos para tomada de decisões e seu controle.

Ensina José Afonso da Silva:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático.

E prossegue:

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.²

² *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 112.

E mais:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único).³

Há, na Constituição, um sistema de valores, os quais com os princípios e regras nela existentes, devem ser respeitados e cumpridos, considerando a permeabilidade nela existente e oriunda da vontade popular ou de seus representantes.

3. A Constituição e o processo

A Carta Magna de 1988, como mencionado, incluiu nela os direitos fundamentais da pessoa, ou seja, estes direitos foram incluídos na Lei Maior como garantias e, por conseguinte, acarretaram consequências de sua violação previstas em leis adequadas. É o que ensina a respeito Joan Picó i Junoy⁴, sendo por isso denominada essa ocorrência de constitucionalização do processo civil, passando-se, então, a estudar a matéria processual dentro da análise dos princípios que regem aquela legislação maior, pois insculpidas foram as garantias que regem o processo.

Desse modo, a atual Constituição Federal contém os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade no tratamento das partes, do juiz natural, da proibição das provas ilícitas e da publicidade dos atos processuais e segurança jurídica. Todos esses princípios ensejam a garantia a qualquer cidadão do acesso à jurisdição e à tutela jurisdicional, que abrange ainda a de urgência, nas hipóteses previstas na lei.

Não obstante tal verdade, não se pode atribuir caráter absoluto ao princípio, como, por exemplo, o do contraditório, porque se aplicado fosse nesse âmbito, estar-se-ia acarretando a decretação da inconstitucionalidade de todas as leis que preveem eventual restrição à defesa,

³ *Curso...* 33.ed. p. 119.

⁴ “Tras la Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de estos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional.” (PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 2002. p. 17.).

em razão de determinada matéria a ser discutida, como, por exemplo, na ação de desapropriação, na ação possessória e na busca e apreensão referente a contrato de alienação fiduciária. Logo, nítida é a presença dos princípios na Constituição Federal, que não possuem caráter absoluto e devem ser sempre interpretados de forma relativa.

Essa compreensão permite afirmar que as leis, além de se submeterem aos princípios constitucionais e à Constituição, devem suscitar a consciência de que sua concepção se deu para efetivar o direito nela assegurado e em cumprimento aos princípios nela previstos, assim sendo estampadas na legislação substancial, a qual deverá obter o seu efetivo alcance com o auxílio do direito processual, razão pela qual ele deve servir de instrumento daquele direito material, não se aceitando mais a ideia da técnica processual pura e simplesmente prevalecer em detrimento do direito material.

A constitucionalização do processo civil ensejou uma visão diferenciada, a ponto de se repensarem certos ensinamentos então firmados, provocando a modificação de alguns dos entendimentos então conhecidos.⁵

Portanto, deve o ordenamento jurídico possuir tutela de direitos eficaz, isto é, não se aceita apenas a declaração atinente à lei vir assegurar os direitos e princípios constitucionais, e sim garantir meios adequados e suficientes para tornar eficaz essa assertiva⁶. As normas processuais não se prestam a servir de empecilhos para a efetivação do direito substancial, pois não podem ser pensadas como sendo um fim em si mesmo, mas devem apresentar utilidade no alcance da efetivação substancial: esta é a utilidade da norma processual, é a sua razão de ser, aí está seu valor, sua importância e sua concepção axiológica.

⁵ Saliencia José Carlos Barbosa Moreira: “Característica marcante do processo civil brasileiro em nosso tempo é a sua progressiva constitucionalização. Não me refiro só à crescente atenção dada pela doutrina e pela jurisprudência contemporâneas aos vínculos entre o direito processual e a Constituição, e especialmente à necessidade de avaliar ou reavaliar à luz dela as soluções de problemas jurídicos relacionados com o processo. Aludo ao próprio ordenamento positivo.” (A emenda Constitucional n. 45 e o processo. In: _____. *Temas de direito processual civil*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21.).

⁶ Ressalta Joan Picó i Junoy: “El carácter normativo de la Constitución, unánimemente admitido en nuestro días, comporta que los derechos fundamentales vinculen a todos los poderes públicos; requiriendo un adecuado sistema de garantías constitucionales dentro de las cuales se halla la exigencia dirigida a los jueces de aplicar, de modo directo e inmediato, las normas constitucionales. Por este motivo – como hemos analizado – tales garantías se sustraen de la libre disposición a los particulares, esto es, son irrenunciables. Así, la Constitución se introduce plenamente en el ordenamiento jurídico, en su cúspide, dejando de ser una mera norma programática, un simple catálogo de principios. Todo ello se traduce en una tutela jurídica sin necesidad de mediación legal, es decir, en la posibilidad de invocar cualquier precepto constitucional de carácter procesal como fundamento de cualquier actuación procesal.” (*Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 24).

E, para a adequada aplicação do sistema, devemos nos preocupar sempre na formação apropriada, exigente, equilibrada dos magistrados, a quem é conferida a jurisdição, possibilitando-lhe pôr fim aos conflitos sociais e executar a efetivação do direito garantido na Constituição.⁷

E ante a preocupação do legislador a respeito dos posicionamentos diferentes e algumas vezes inconciliáveis oriundos dos tribunais sobre a mesma norma jurídica, buscou-se uma solução com a criação da Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e também o julgamento de recursos especiais e extraordinários com efeito repetitivos, para se obter a uniformização da jurisprudência, mediante as decisões dos tribunais superiores.

3.1. O ordenamento, a segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência

O princípio⁸ da segurança jurídica encontra respaldo na Constituição Federal e se relaciona com o que se denomina Estado Democrático de Direito, no que resulta a estreita ligação com os direitos fundamentais. A Constituição, portanto, deve ter a supremacia em comparação as demais normas.⁹ O desajustamento, pois, entre a norma inferior e a Constituição provoca a nulidade daquela, com o que se denomina inconstitucionalidade.

Em alguns momentos, o desarranjo entre essas normas poderá desencadear alguma dúvida referente à adequada interpretação de uma norma jurídica vinculada aos direitos assegurados na Constituição e os princípios

⁷ Compreende José Roberto dos Santos Bedaque que: “Para produzir resultado prático dotado de utilidade e realmente capaz de solucionar o litígio, a tutela jurisdicional depende da existência de sistema adequado de princípios relacionados ao processo em si, mas também da regulamentação adequada dos deveres e garantias daqueles a quem foram incumbidas sua condução e direção.” (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63.).

⁸ Não se pode olvidar que os princípios constitucionais são a coluna mestra do sistema jurídico e devem ser interpretados em conformidade com adequada e profunda inteligência, pois são considerados também como norma jurídica. Roque Antônio Carrazza pôde afirmar a respeito deste último aspecto que: “Tais normas, ao contrário do que pode parecer ao primeiro súbito de vista, não possuem todas a mesma relevância, já que, algumas, veiculam simples regras, ao passo que, outras, verdadeiros princípios. Não é sem razão que Prosper Weil afirma que ‘algumas normas constitucionais são mais diretrizes; outras menos’. A Constituição é, pois, um conjunto de normas e princípios jurídicos, atuais e vinculantes”. (*Curso de Direito Constitucional Tributário*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 27.).

⁹ Observou Vicente Rão: “O princípio da *constitucionalidade* exige a conformidade de todas as normas e atos administrativos e atos judiciais, às disposições *substanciais* ou *formais* da Constituição; o princípio da *legalidade* reclama a subordinação dos atos executivos e judiciais às leis e, também, a subordinação nos termos acima indicados, das leis estaduais às federais e das municipais a umas e outras”. (*O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. atualizada por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 1, p. 267.).

que dela são emanados. A interpretação será necessária para a definição da aplicação da norma jurídica em face da Constituição e seus princípios, e, para tanto, conveniente será a consideração dos valores contidos na Carta Magna para orientar o sentido e o alcance da norma infraconstitucional, uma vez que se estará realizando a ponderação de valores e princípios abrigados na própria Constituição, abrindo-se a oportunidade para a adequação no sistema jurídico, com a possibilidade de incorporação de novos valores, a atenuação de regras, modelando ou harmonizando às necessidades da sociedade compreendida em sua complexidade.¹⁰

Assentada a importância que a aplicação dos princípios constitucionais possui no sistema jurídico, é de ser destacado dentre eles o da *segurança jurídica*. É dever do Estado esforçar-se e procurar alcançar a adequada estabilidade social. Uma das formas para tanto é o *direito*, pois com este se busca a segurança jurídica, para permitir que todo indivíduo esteja certo que, ao respeitar a lei posta, o comportamento nela disposto deverá ser por todos atendido.

Não é aceitável, portanto, a admissão do direito ser variável, de acordo com o caso apresentado, ou com cada caso, ou caso a caso, porque é preciso que tenhamos uma ordem jurídica considerada **equilibrada** e **estável**, o que torna possível acarretar, assim, a segurança jurídica, quer quanto à legislação, como também em relação às decisões judiciais, pois delas devemos conseguir a necessária estabilidade, com previsibilidade e certeza, uma vez que são valores não passíveis de separação, porque o fato de vivermos em sociedade traz a exigência das regras serem previamente conhecidas, a possibilitar que o indivíduo possa se conduzir com honra e honestamente, respeitando e sendo respeitado.

Os princípios constitucionais influenciam as leis a fim de proporcionar a garantia da segurança das mesmas, as quais estarão asseguradas pela vinculação às normas constitucionais, integrando o sistema e conferindo firmeza ao ordenamento jurídico. A ocorrência, descoberta de antinomias não impedem de se compreender a existência da completude

¹⁰ Salientou Eros Roberto Grau que: “A idéia de *direito*, porém, como observou Von Ihering (1900/9), expressa um processo de contínua evolução. De seu renovar-se vamos tomando consciência, paulatinamente. A teoria jurídica volta-se aos *princípios jurídicos*, salientando a sua importância, seja porque o modo formal de aplicação do direito (*direito formal*) não satisfaz socialmente, seja porque o direito moderno (*direito posto pelo Estado*) não viabiliza, por si só, a fluência das relações sociais e o dinamismo da circulação mercantil, carente de formas renovadas de legitimação. E a verificação de que os *princípios* são *norma jurídica*, ao lado das *regras* – o que converte *norma jurídica* em *gênero*, do qual são espécies os *princípios* e as *regras jurídicas* –, abre novas vias de indagação, riquíssimas, para os que se dedicam à teoria do direito.” (*O direito posto e o direito pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 109-110.).

do ordenamento jurídico. O juiz, ao proceder a interpretação da lei, deve procurar a melhor versão, a mais verossímil possível, de maneira que seja alcançada a estabilidade, evitando-se a surpresa, afastando-se a insegurança, a incerteza. A segurança jurídica presente traz ao indivíduo a previsibilidade que se conhece, a certeza, o que torna concreta a relação jurídica existente.

É do Estado, pois, por meio do Poder Judiciário, a capacidade e autoridade para a solução dos conflitos, o que se dá pela *jurisdição*, a qual é considerada una, e por esta razão se procura encontrar a uniformidade dos julgamentos, uma vez que não é plausível ser proferida decisão para casos iguais, mas com resultados diferentes, quando sujeitos a mesma lei, acarretando aos indivíduos tratamento diferentes. Nessa circunstância, se faz necessária a uniformização das decisões, formando o conjunto delas a jurisprudência dos tribunais, provocada pela concordância, consentimento destes órgãos, resultado então imposto pela maioria e respeitado pela hierarquia presente, com a aplicação do direito.

A composição dos tribunais e suas seções permitem o aumento do leque de maior probabilidade de acerto quanto às decisões, julgamentos após o exame das condições de fato e de direito pelo colegiado. Com essa forma estabelecida, os julgados que promanam dos tribunais superiores estão a aferir as decisões dos inferiores, o que justifica a determinação por aqueles assentada, serem seguidas por estes e muitas das vezes com caráter vinculante.

3.2. O art. 103-A da Constituição Federal e a criação da súmula vinculante

A Emenda Constitucional n. 45/2004 conferiu permissão para a criação das súmulas vinculantes. Essa permissão representa a admissibilidade pela Constituição Federal do reconhecimento da *jurisprudência*, de modo a conceder poder com caráter vinculativo as decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Para que este edite a súmula vinculante, é necessário que a tese jurídica diga respeito à norma constitucional, com liame de validade e eficácia, somados estes requisitos à existência de controvérsia entre os órgãos do Poder Judiciário, ou entre eles e a administração pública, provocando insegurança jurídica, no que teve como consequência a prolação de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, afirmando a tese jurídica, que permitirá a emissão da súmula vinculante, observando-se, pois, a Lei n. 11.417/2006.

E a respeito dela pôde observar Nelson Nery Junior, ao dizer que:

[...] a súmula vinculante se desvincula dos julgados que serviram de referência para a sua edição, constituindo-se num preceito de natureza legislativa autônomo. Sua força obrigatória é ainda superior à da lei, pois vincula o Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta de todo o País.¹¹

A incidência, pois, da súmula vinculante, não se dá como norma geral e abstrata, porque é resultado da razão para decidir de reiterados casos, e deve ser empregada para a solução satisfatória das questões naqueles existentes, de forma a apaziguar a controvérsia, e trazendo segurança jurídica a toda gente. É lógico concluir ser obrigatória a observância da súmula vinculante em todos os graus de jurisdição. Na eventualidade da ocorrência do descumprimento dessa súmula, restará ao interessado no cumprimento dela opor *reclamação* perante o Supremo Tribunal Federal, como previsto no artigo 988 e seguintes do Código de Processo Civil/2015, artigo 7º, da Lei n. 11.417/2006 e Lei n. 8.030/1990.

3.3. Jurisprudência. Súmula. Precedente

Para possibilitar o estudo da incidência dos precedentes jurisprudenciais, faz-se necessário saber a distinção entre eles, as súmulas e a jurisprudência.

Como é sabido, o sistema legal brasileiro é o da *civil law*, que não se confunde com o sistema *common law*. Porém, de alguns anos a esta parte, houve crescente interesse em conferir força à jurisprudência, apesar de o sistema brasileiro considerar a jurisprudência como fonte do direito. Miguel Reale considera a jurisprudência como fonte do direito, ao esclarecer:

Pela palavra “jurisprudência” (stricto sensu) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.¹²

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 120.

¹² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167.

Nesse texto ainda ensinou que: “Os juizes são chamados a aplicar o Direito aos casos concretos, a dirimir conflitos que surgem entre indivíduos e grupos; para aplicar o Direito, o juiz deve, eviden-

Percebe-se que a jurisprudência poderá ser aplicada numa situação ou circunstância a se repetir em casos análogos. Em virtude dessa repetição, foi possível ao Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do Ministro Vicente Nunes Leal, criar as súmulas de jurisprudência predominante. Essas súmulas são o resultado da compreensão da maioria dos ministros, que podem ser revogadas ou modificadas, desde que novos fundamentos se apresentem para tanto. Elas revelam, exprimem a jurisprudência de um tribunal.¹³ As súmulas consideradas simples ou não vinculantes, não restringem o livre convencimento motivado dos magistrados; no entanto, esta liberdade não alcança as súmulas vinculantes que obriga a todos os magistrados e órgãos da administração direta e indireta.

As súmulas diferem do precedente judicial, pois este representa uma decisão que provocará repercussão no julgamento de casos futuros. E os precedentes surgem pela razão da lei ser interpretada de diferentes formas e em alguns casos há decisões judiciais diferentes para casos iguais, o que acarreta a quebra da segurança jurídica. Disso resulta a necessidade da existência do dever dos magistrados no respeito e vigilância aos precedentes, pois, para as mesmas hipóteses, as decisões devem ter proferidas com o mesmo resultado, cumprindo aqueles o dever, a obrigação, de respeito aos precedentes dos tribunais superiores.

Michele Taruffo, após fazer distinção entre precedente e jurisprudência, conceitua o precedente asseverando:

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre *os fatos* do primeiro caso e *os fatos* do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos.¹⁴

temente, realizar um trabalho prévio de interpretação das normas jurídicas, que nem sempre são suscetíveis de uma única apreensão intelectual”.

¹³ Nelson Nery Junior conceitua súmula ao dizer: “A súmula é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados. O objetivo da súmula é fixar teses jurídicas in abstracto que devem ser seguidas pelos membros do tribunal, de modo a facilitar o exercício da atividade jurisdicional pelo tribunal que as editou”. (*Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 529.).

¹⁴ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Revista de Processo, São Paulo, ano 36, n. 199, p. 142-143, 2011.

É possível compreender, com esse pensar, que o precedente judicial traça a linha básica para um julgamento futuro, a contar, pois, da regra antes então firmada para os casos análogos.¹⁵

No entanto, não se pode olvidar que da decisão proferida, necessário é que se compreenda, se interprete sua composição, a criação empregada pelo magistrado, isto é, os motivos que determinaram a decisão, porque a partir desses motivos foi permitido àquele encontrar a solução adequada, a qual será determinada no dispositivo da sentença ou acórdão, abrangendo as partes da lide, que acarretará a proteção da coisa julgada material. A razão para decidir, a interpretação da decisão, ademais, pode conter algumas teses jurídicas e é importante conhecer qual foi a tese admitida, ou mais de uma foi admitida, vale dizer, conhecer as razões expressas e implícitas empregadas pelas partes, que permitiram ao magistrado asseverar a decisão.

É a partir das razões para decidir que se alcança a clareza intelectual da questão jurídica decidida, a qual poderá ser atribuída para futuras situações análogas, de forma a ser considerada como precedente judicial. Nesse sentido, compreendem Didier Junior, Paula Braga e Rafael de Oliveira:

A decisão há ser interpretada, portanto, quer para definir-se qual é a regra jurídica que regulará o caso, quer para dela extrair-se a norma jurídica geral que funcionará como precedente. A decisão, diga-se, há de ser interpretada *sempre*, e não apenas quando for obscura, dúbia ou contraditória. [...] A interpretação da decisão é tema importantíssimo. A definição dos limites da coisa julgada dependerá, necessariamente, da interpretação da decisão. Não é por acaso que se costuma, em execução de sentença, alegar ofensa à coisa julgada, baseando-se exatamente em questões relacionadas à interpretação da sentença.¹⁶

¹⁵ Explícita José Roberto Cruz e Tucci: “Seja como for, é certo que em ambas as experiências jurídicas os órgãos judicantes, no exercício regular de pacificar os cidadãos, descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim, o núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um *precedente judicial*. O alcance deste somente pode ser depreendido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”. (*Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 11-12.).

¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 2, p. 447-448.

Os precedentes podem ser considerados como elementos adequados para se alcançar a segurança jurídica, de forma a alimentar a ideia da necessidade de que as decisões promandas dos tribunais se solidifiquem à uniformidade nas questões de relevo, assegurando os princípios constitucionais. O novo Código de Processo Civil não mais considera tão só a lei como fonte primária do direito, como se pode notar comparando o artigo 140, do atual Código, com o artigo 126, do Código de Processo Civil revogado.

Na atual lei processual é preciso considerar o liame entre a atividade de interpretar e decidir, porque a aplicação da teoria da interpretação jurídica, a qual diferencia texto e norma, a lei e os atos normativos devem ser considerados como o início da análise, encontrando-se a norma como resultado e não como propósito da interpretação.

Ressaltam Didier Junior, Paula Braga e Rafael de Oliveira, no tocante à teoria da interpretação jurídica, mencionando o ensinamento de Riccardo Guastini, que:

[...] não se pode confundir texto e norma jurídica. Como ensina Riccardo Guastini, a norma é o resultado da interpretação; o texto, o seu objeto. Entende o autor como interpretação jurídica “a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo”. O discurso do intérprete seria construído na forma do enunciado “T significa S”, em que T equivale ao texto normativo e S equivale ao sentido que lhe é atribuído.¹⁷

Há, no atual Código de Processo Civil, dispositivos nos quais o legislador os redigiu com *texto vago*, o que faz o juiz se defrontar com a necessidade de interpretá-los, para encontrar o significado da norma, e é nessa oportunidade que poderá alcançar significado para criar a norma geral a partir do caso concreto, surgindo, pois, o precedente.

Um exemplo pode melhor elucidar: o artigo 783, *caput*, admite a execução para a cobrança de crédito, desde que fundada em título de obrigação certa, líquida e exigível. O artigo 784, inciso I, indica alguns títulos de crédito, dentre os quais a nota promissória. “Obrigação certa, líquida e exigível” pode ser considerada para a hipótese como termo vago, pois o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a nota

¹⁷ Op. cit., p. 447.

promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou (súmula n. 258).

4. Precedentes judiciais à luz do novo Código de Processo Civil

No atual Código de Processo Civil, o artigo 927 versa sobre os precedentes judiciais. Ele esclarece, conforme a exposição de motivos, que o objetivo é concretizar os valores constitucionais, tornando o processo “mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”, isto é, tornar a prestação judicial de preferência efetiva e abrangente. O Código de Processo Civil de 2015 procura considerar as súmulas dos tribunais (vinculantes ou não) e o julgamento de recursos repetitivos, os quais foram aperfeiçoados na nova lei processual.

Os precedentes no novo Código, por meio dos tribunais, buscam instituir a efetividade da uniformização do direito as instâncias. A aplicação dos precedentes está prevista nos artigos 926 e 927. O art. 928¹⁸ esclarece o sentido da expressão “julgamento de casos repetitivos”, empregada em diversas disposições do Código se relacionam com os precedentes obrigatórios. O art. 926¹⁹, do atual Diploma Processual Civil, prevê que incumbe aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e, como consequência, atribui o dever de mantê-la estável, íntegra e coerente, além da necessária publicidade.

A inovação prevista no *caput* do artigo 926, do Código de Processo Civil, não abraça uma teoria própria, específica, mas, ao que é possível perceber, encontra-se nele uma orientação dogmática para superar eventuais divergências teórico-filosóficas, como explica Hermes Zaneti Junior. E prossegue o doutrinador:

Nesse sentido, é bom observar que há grande convergência na teoria jurídica e na filosofia jurídica atual sobre a importância dos deveres de consis-

¹⁸ Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

¹⁹ 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.

tência/coerência em sentido estrito e integridade/coerência em sentido amplo. A coerência, no sentido amplo (*integridade*, art. 926, *caput*), é um tema central para a teoria do direito hoje. 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 princípios e a possibilidade de se dar um sentido de conjunto às normas jurídicas (“*hanging together* e *making sense*”), a partir da justificação das decisões judiciais em um contexto mais geral de unidade do direito.²⁰

O artigo 927 do Código de Processo Civil estabelece um conjunto de vinculações à jurisprudência e a incidência por instâncias inferiores aos tribunais superiores não impossibilita a necessidade da aplicação da interpretação por aquele que irá julgar, tal não será possível no tocante à obrigatoriedade do emprego das decisões vinculantes, com o que se estará preservando a segurança jurídica, garantia constitucional.

4.1. Observação de precedente e a constitucionalidade

A vinculação aos precedentes judiciais, nos termos do novo Código de Processo Civil, trouxe a lume divergência atinente a sua aplicação. Há entendimento no sentido que a aplicação da vinculação a precedente ofende o princípio da legalidade e da separação dos poderes, o que provocaria a inconstitucionalidade.

A alegação de que o sistema dos precedentes vinculantes é inconstitucional em razão de ter sido estabelecido por lei ordinária, em vez da súmula vinculante que foi introduzida no ordenamento jurídico por emenda constitucional, empregando-se o devido processo, e aos julgamentos originados em controle concentrado de constitucionalidade.

Alegação de obrigatoriedade às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e aos precedentes criados no julgamento de casos repetitivos e no incidente de assunção de competência

²⁰ O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 397-398.

ofenderia a separação dos poderes, por outorgar ao Poder Judiciário a criação de normas, estabelecendo vinculação inconstitucional a preceitos abstratos e gerais fixados com características de lei, ao que parece não é a melhor interpretação, pois não desponta inconstitucionalidade.

Com efeito, o Poder Judiciário não cria norma jurídica nessas hipóteses, e não se pode baralhar o ato de dar um único sentido à lei criada pelo Poder Legislativo com o mister de criação de norma. Portanto, não é correto entender que o Poder Judiciário estaria a legislar, e atuando em desrespeito ao Legislativo.

Não há divergência no que toca aos incisos I e II, do artigo 927, do Código de Processo Civil²¹, e com relação aos incisos III, IV e V, o Poder Judiciário, ao editar as súmulas ou proferir os julgamentos nos demais casos em que atribui eficácia vinculante, não está legislando no sentido de inserir norma geral e abstrata.

Em vez disso, a decisão é proferida por normas jurídicas existentes, ainda que com cláusulas gerais ou vagas, conferindo-lhes a interpretação que melhor se coaduna com o sistema jurídico. Assim, embora considerada fonte do direito, não é possível confundir a tarefa do Poder Judiciário com aquela que desempenha o legislador ordinário.

Nesse sentido o pensar de Hermes Zaneti Junior, ao dizer que:

[...] Não há inconstitucionalidade porque não há ofensa aos princípios da separação de poderes e da legalidade, uma vez que se vincula apenas aos órgãos do Poder Judiciário e se observa a legalidade

²¹ 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 19 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.

por ter sido a vinculação formalmente estabelecida por lei. Trata-se, na verdade, de uma integração entre as funções exercidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, criar o direito como legislador dentro da moldura da Constituição e reconstruir o direito como juiz dentro do processo de interpretação, sendo que a vinculatividade formal dos precedentes reduz o espaço de discricionariedade dos juízes e ao mesmo tempo garante mais racionalidade, previsibilidade e igualdade no direito.²²

Portanto, a nova disciplina instituída pelo atual Código de Processo Civil não contém vício de inconstitucionalidade. Em vez disso, tem objetivo validar preceitos constitucionais, asseverando segurança, isonomia, efetividade, celeridade e economia processual.

5. Conclusão

A Constituição Federal, nos 30 anos de vigência, trouxe muitas melhoras e inovações para todo o povo. Dentre tais inovações adveio a abertura legislativa, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, que permitiu ao Supremo Tribunal Federal criar, mediante regras estabelecidas, súmulas vinculantes; e a vinculação também se estendeu para as decisões constitucionais prolatadas.

A partir dessa abertura, foi possível notar o desenvolvimento do pensamento jurídico referente ao texto normativo, que este não era capaz de conter todas as hipóteses de soluções para as demandas, o que ensejou a busca pela uniformização das decisões judiciais, para afastar a insegurança jurídica e assegurar a isonomia delas.

Diante da realidade jurídica e constitucional, o legislador ordinário, ao estabelecer o novo Código de Processo Civil, fez incluir a necessidade de uniformização, pelos tribunais, de sua jurisprudência, devendo mantê-la estável, íntegra e coerente. E ressaltou que os juízes e tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal e os enunciados de súmulas vinculantes, acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e

²² Op. cit., p. 402.

do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Essas ideias previstas no Código de Processo Civil, estampadas nos artigos 926 e 927, procuram introduzir, ainda que de forma modesta, as diferenças de conceitos entre jurisprudência, súmula e precedente jurisdicional. O artigo 927 desse Código, no *caput*, dispõe: “Os juízes e os tribunais observarão.” Desse conteúdo, permitiu surgir a divergência doutrinária atinente a inconstitucionalidade do previsto nos incisos III, IV e V, do disposto legal, uma vez que não existe divergência a respeito da constitucionalidade dos incisos I e II, desse artigo do novo Código.

Neste singelo ensaio, posto que conhecida a divergência da suscitação da inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V, do artigo 927, do Código de Processo Civil, foi possível concluir não se dar esta ilicitude, porque o momento no qual os juízes, empregando da interpretação do texto normativo, com ponderação e racionalidade – uma vez que contém conceitos gerais e vagos –, não estão ofendendo o princípio da separação dos poderes, motivo pelo qual não estão legislando, uma vez que não constroem a norma geral e abstrata, mas, sim, estão a reestruturar os significados normativos daquele texto, amoldando-o para o ajustamento ao caso examinado e decidido, observado o respeito aos princípios constitucionais e cumprindo a legislação infraconstitucional.

É à luz da Constituição Federal que se tornou viável, com a inclusão no Código de Processo Civil, asseverar a eficácia vinculante dos precedentes judiciais, com a exigência da coerência e também na estabilidade da jurisprudência, alcançando a previsibilidade, ao se notar, com o desenvolvimento do direito, que no sistema denominado *civil law*, a segurança jurídica não se dá mais e apenas com fundamento na aplicação da lei, pois, como atualmente o legislador está a preferir que as normas contenham conceitos gerais, abertos, vagos, torna-se necessário que os juízes procedam a interpretação do texto normativo, uma vez que podem ser interpretados de formas diferentes, provocando decisões diferentes para casos iguais.

Desse modo, a Constituição Federal tornou possível, com a criação da obrigatoriedade da vinculação e dos precedentes judiciais, procurar efetivar a segurança jurídica e a isonomia das decisões. E constando do *caput* do artigo 927, do Código de Processo Civil, que os juízes e os tribunais observarão, pensa-se que observar tem, como significado, a pretensão de compreender que se deve ter em vista, levar em conta, mesmo que possa divergir, aos precedentes, porque ao ser aplicada a interpretação do texto normativo, aqueles se conjugam com a in-

terpretação de maneira substantiva e não em virtude da força de lei; com isso, será reconhecida a efetividade dos princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Referências bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm. v. 2.

GRAUS, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A emenda Constitucional n. 45 e o processo. In: _____. *Temas de direito processual civil: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 2002.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. atualizada por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 1.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Revista de Processo, São Paulo, ano 36, n. 199, 2011.

TUCCI, José Roberto Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.