



Coordenação
Luiz Rodrigues Wambier
Fábio L. Quintas
Geroges Abboud

Repetitivos ou “Ineditivos”?

Repetitivos ou “Ineditivos”?
Sistematização do Recurso Especial
Repetitivo

Anselmo Moreira Gonzalez

2020

2

A CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES VINCULANTES DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Qualquer reflexão a respeito do efeito vinculante do precedente dado pelos Tribunais Superiores, com vistas a analisar a viabilidade desta prática em nosso sistema jurídico processual, implica, necessariamente, uma prévia observação cuidadosa do texto constitucional.

Afinal, se os princípios insculpidos nos dispositivos da Constituição Federal não admitissem um julgamento vinculante por parte do Poder Judiciário, fadada estaria a análise desta modalidade decisória à conclusão de que seria uma prática completamente inconstitucional, restando prejudicados, por consequência, quaisquer outros juízos de legalidade, conveniência ou oportunidade que, por ventura, se intentasse fazer.

O presente capítulo objetivará, justamente, essa investigação constitucional.

2.1. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Um dos princípios indissociáveis do Estado Democrático de Direito é justamente o princípio da igualdade. Não por acaso, referido direito constitucional toma assento logo no *caput* do art. 5º da Carta Magna: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Nelson Nery Júnior, bem interpretando o texto constitucional, conceitua: “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”¹.

Com efeito, o princípio da igualdade se propõe a equiparar os indivíduos, pessoas físicas ou jurídicas, em face de uma norma posta, bem como vincula o legislador quando da produção da norma jurídica. Isto é, é norma principiológica que se volta ao legislador, mas também ao seu aplicador, seja ele particular ou Estado, incluindo-se aí o Estado-administração e o Estado-juiz².

Não é apenas no art. 5º, *caput*, aliás, que a proteção à isonomia encontra respaldo constitucional. O princípio da igualdade também está previsto no art. 4º, VIII, que dispõe sobre a igualdade racial; no art. 5º, I, que trata da igualdade entre os sexos; no art. 5º, VIII, que versa sobre a igualdade de credo religioso; no art. 5º, XXXVIII, que trata da igualdade jurisdicional; do art. 7º, XXXII, que versa sobre a igualdade trabalhista; no art. 14, que dispõe sobre a igualdade política e, ainda, no art. 150, inciso III, que disciplina a igualdade tributária.

No âmbito processual, geralmente o princípio da igualdade é relacionado a aspectos do processo que envolvem a participação

-
1. NERY JUNIOR, Nélsion. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.
 2. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 9.

das partes, tais como o exercício do contraditório e a concessão de justiça gratuita para aqueles que possuem dificuldades econômicas de acesso à justiça.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, tais aspectos estariam relacionados ao que sua doutrina denomina de “igualdade de acesso à jurisdição” ou de “técnicas processuais”³.

No entanto, o aspecto do princípio da igualdade que importa mais especificamente para o escopo deste trabalho diz respeito à garantia de igualdade relacionada ao resultado do processo, ou seja, o direito à percepção de um tratamento isonômico por parte do Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes bem estabelece a flagrante violação ao princípio da isonomia, observada nos dias atuais, pela forma completamente dispersa, em termos jurisprudenciais, com que tem sido entregue a prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário:

Não se precisa ser um estudioso do processo para se perceber que a falta de unidade na interpretação das normas pelos órgãos judiciais faz crescer não apenas o número de recursos, mas também o número de demandas ajuizadas (...)

Se há sempre uma possibilidade de se obter uma solução favorável no judiciário, porque as pessoas naturais ou jurídicas, iriam ajustar o seu comportamento ao da jurisprudência? Por que não demandar ou resistir à pretensão, ainda quando os tribunais superiores ou a jurisprudência do tribunal local esteja em sentido oposto, se há, também, juízes e tribunais desafiando o entendimento majoritário. Não por outra razão, já se falou de “loteria judiciária”, o que expressa, naturalmente, sentido altamente depreciativo. Os órgãos judiciários servem para pro-

3. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142.

picar a solução dos conflitos e não para fomentá-los. Por isso, a preocupação com a isonomia e com a segurança jurídica. Dessa forma, os órgãos vinculados ao respectivo tribunal devem seguir o entendimento fixado⁴

Nesse mesmo sentido, destaca Marinoni:

a advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do civil law, além de não mais bastar, constitui piada de mal gosto àqueles que, perante uma das turmas do Tribunal e sob a inscrição, recebe decisão distinta a proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros adiante, no mesmo longo corredor de prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei⁵

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso, “se a Constituição assegura que ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5.º, *caput*, da CF/1988 (LGL\1988\3)), entendida a lei no sentido de norma obrigatória imposta pelo Estado, é logicamente imperioso que essa isonomia seja válida tanto em face da norma legislada (= produto final da atividade parlamentar), como perante a norma julgada, ou seja, quando o texto de regência vem subsumido aos fatos, no bojo de uma ação judicial”⁶.

Por todos, Luiz Rodrigues Wambier arremata:

o legislador inseriu no Código institutos capazes de dar a necessária concretude às regras constitucionais. Veja-se, por

-
4. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no art. 927 do Novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 127.
 5. MARINONI, Luiz Guilherme. Transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedencialista para o Brasil. **Cadernos Jurídicos OAB**, jun. 2009, n. 3.
 6. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 22-23.

exemplo, a regra que exige tratamento isonômico, decorrente do princípio da igualdade. A dispersão de soluções judiciais para casos idênticos é exemplo acabado do desrespeito a essa norma. João e José, operários aposentados que trabalharam na mesma indústria, com a mesma função e durante o mesmo número de anos, vão a juízo reclamar determinado percentual que seria devido pela Previdência Social, no cálculo de seus respectivos benefícios. Um ganha e o outro perde, porque suas ações foram distribuídas para varas distintas. Não há como legitimar socialmente essa falta de uniformidade para casos rigorosamente iguais⁷.

Nesses termos, a Constituição Federal assegura que, perante o judiciário, todos são formalmente iguais, porquanto não há distinção de acesso.

Contudo, quando diante de uma mesma questão jurídica e com fatos idênticos e o estado, por meio do juiz, prolatada decisão diametralmente oposta viola o aspecto material da igualdade, por conseguinte, a decisão não está em conformidade com a Constituição Federal.

Portanto, a observância dos juízes aos precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores é um meio de efetivação do princípio constitucional da igualdade, na medida em que visa garantir comportamento estável e uniforme dos juízes e dos tribunais diante da aplicação das normas jurídicas.

2.2. ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA DE ÍNTEGRA E CÉLERE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Um dos principais aspectos constitucionais associados ao tema dos precedentes vinculantes no Brasil, sobretudo quando se

7. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Diretrizes fundamentais do novo CPC. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. **Temas essenciais do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 42.

crítica o art. 927 e incisos, combinado com o art. 332, II, ambos do CPC/15, é o de que tais regras processuais impõem aos juízes e tribunais o dever de observância aos precedentes de Tribunais Superiores e, mais ainda, o de julgar liminarmente improcedente, ainda que de ofício, uma ação proposta de modo contrário a um precedente vinculante, seria uma forma de restringir o acesso à justiça, direito constitucionalmente assegurado no art. 5º, XXXV, da CF.

Para que seja possível contrapor a essa crítica, fundamental entender o contexto histórico em que foi editado o art. 5º, XXXV, da CF. Afinal, nunca se deve desconsiderar as profundas marcas que um regime ditatorial deixa em um país.

A Constituição de 1988 foi editada em um momento extremamente conturbado politicamente, após um longo período de regime militar, de caráter notadamente ditatorial, no qual direitos fundamentais eram desconsiderados pela simples edição de um ato institucional do Poder Executivo.

Se direitos fundamentais eram relativizados nesse período, o que se dirá, então, do direito das pessoas de exercerem suas pretensões em juízo. O país vivia sobre forte censura, momento em que nem mesmo o direito de expressão era garantido materialmente.

Ao término do regime militar, o constituinte de 1988 teve, em suas mãos, o dever de instituir as normas fundamentais do novo Estado de Direito. Nesse contexto, era absolutamente natural que muitos dos artigos da Constituição tenham sido erigidos à luz de espíritos libertários, democráticos, rompedores dos paradigmas opressores do antigo regime estabelecido.

O art. 5º, XXV, da CF, que assegura a inafastabilidade da jurisdição, ou livre acesso à justiça, como uma das garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, é nítido reflexo desse contexto social. Isso porque o dispositivo assegura, contra todas as formas de censura antes existentes, o acesso ao Poder Judiciário,

para que as pessoas consigam reclamar ao Estado a satisfação de um direito material, protegido por lei⁸.

Porém, passados 30 anos da promulgação da Constituição Federal, o país vive uma realidade completamente diferente. O acesso à justiça só não é maior do que o acesso aos meios de comunicação, por conta do tremendo avanço da internet, sobretudo após a década de 1990.

Um matéria divulgada em 2015, no *site* do Conselho Nacional de Justiça⁹, dava conta de que, nos últimos cinco anos, o número de processos vinha aumentando na faixa de 15% ano contra ano e que, nesse ritmo, até 2020, poderia o número de processos pendentes de julgamento atingir a casa dos 114 milhões de processos. Pouco mais do que um processo a cada dois habitantes no país.

Os mecanismos de facilitação, como o benefício da justiça gratuita, a inversão do ônus probatório e o estabelecimento dos Juizados Especiais Cíveis, foram ferramentas fundamentais para esse crescimento do acesso à justiça no Brasil.

Aliás, é seguro afirmar que há tanto acesso à justiça no Brasil atualmente, que as grandes preocupações que rondam o Judiciário nos últimos anos têm sido, justamente, no sentido de controlar o volume crescente de entrada de novos processos e recursos distribuídos aos Tribunais.

8. “O objetivo da garantia constitucional do acesso à justiça é “difundir a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade.” BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 482.

9. *MONTENEGRO, Manuel Carlos. “Cultura da litigiosidade” pode sobrecarregar Justiça com 114 milhões de processos em 2020*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62232-qcultura-da-litigiosidadeq-podesobrecarregar-justica-com-114-milhoes-de-processos-em-2020>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Logo, é nesse contexto de assoberbamento da máquina judiciária que cabe uma releitura, atualizada, do que vem a ser, exatamente, acesso à justiça nos dias atuais.

Como já ficou claro nas linhas anteriores, acesso à justiça, no contexto da promulgação da Constituição Federal, seria a possibilidade de uma pessoa poder se socorrer do Poder Judiciário para reclamar uma pretensão de direito material contra outra pessoa, ou mesmo contra o Estado, livre de retaliações à margem do sistema legal.

Mas, hoje em dia, acesso à justiça seria mesmo sinônimo de poder distribuir uma ação no fórum sem sofrer represarias?

Um processo no Brasil demora décadas para ser julgado, correndo sérios riscos de, ao final de toda a esteira processual, o feito acabar sem uma efetiva prestação jurisdicional, por conta de tantas armadilhas processuais, que podem conduzir o feito à extinção, sem julgamento do mérito, fruto da jurisprudência defensiva armada pelos Tribunais ao longo dos anos.

Diante desse contexto, é possível defender que o acesso à justiça, hoje em dia, estaria muito mais inclinado a ser a garantia de entrega de uma prestação jurisdicional “íntegra” e “célere”, do que, propriamente, a assegurar a simples possibilidade de se distribuir uma ação no fórum.

Nesse sentido é a doutrina de Luiz Rodrigues Wambier:

À luz dos valores e das necessidades contemporâneas, entende-se que o direito à prestação jurisdicional (garantido pelo princípio da inafastabilidade do controle judiciário, previsto na Constituição) é o direito a uma proteção efetiva e eficaz, que tanto poderá ser concedida por meio de sentença transitada em julgado, quanto por outro tipo de decisão judicial, desde que apta e capaz de dar rendimento efetivo à norma constitucional.

(...) Mas não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos,

os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão¹⁰.

A interpretação concretista¹¹ do art. 5º, XXXV, da CF, dada por Wambier, tanto faz sentido atualmente, que encontra perfeita sintonia com outro dispositivo constitucional, incluído na Constituição por força da Emenda 45/2005. Trata-se do inciso LXXVIII do mesmo art. 5º, que erigiu a “duração razoável do processo” ao *status* de garantia constitucional.

Ensina Wambier que “o inc. LXXVIII do art. 5º da CF (acrescido pela EC 45/2004) assegura a todos, tanto no âmbito do processo judicial quanto do processo administrativo, o direito à razoável duração do processo, bem como a meios que garantam que sua tramitação se dará de modo célere”.¹²

A interpretação conjugada dos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF também pode ser vista nas considerações iniciais da Resolução n. 125, de 20/11/2010, do Conselho Nacional de Justiça, quando estabelece que garantir acesso à justiça necessariamente deve implicar acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas¹³.

-
10. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. v. 1. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 321.
 11. “A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 515.
 12. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. v. 1. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 79.
 13. Resolução 125/10 “(...) CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos

Nessa ordem de ideias, é possível defender que os precedentes vinculantes estão em sintonia com os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF, pois visam estabelecer acesso à justiça, dentro de uma concepção de prestação jurisdicional célere e uniforme.

2.3. DESENVOLVIMENTO NACIONAL

A preservação de um pronunciamento judicial célere e uniforme, como o objetivado pelos precedentes vinculantes, também estaria em sintonia com um dos objetivos fundamentais da República: o de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF).

Boaventura de Souza Santos, nesse sentido, é muito claro ao estabelecer que “o campo dos negócios, dos interesses econômicos, reclama por um sistema judiciário eficiente, rápido, um sistema que permeia, efetivamente, a previsibilidade dos negócios, dê segurança jurídica e garanta a salvaguarda dos direitos de propriedade. É nesse campo que se concentra a grande parte das reformas dos sistemas judiciários por todo o mundo¹⁴”

A necessária segurança jurídica almejada pelo uso da sistemática dos precedentes reflete diretamente na relação particular-Estado, bem como na economia, conforme destaca Marinoni:

Para que os homens – especialmente os que investem trabalho e dinheiro em atividades regulamentadas pelo Estado – possam se desenvolver, é preciso que eles possam depositar confiança nos atos estatais – administrativos, legislativos e judiciais. [...] A multiplicidade de entendimentos judiciais a respeito de uma questão de direito minimiza a segurança que deve presidir as relações entre o particular e o Estado, dificultando contratos e investimentos. [...] Isto quer dizer que a limitação do poder

judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas.”

14. SANTOS, Boaventura de Sousa. Para **uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 23-24.

estatal pelas leis, imprescindível à liberdade democrática e à estabilidade econômica, em verdade depende de um sistema de precedentes obrigatórios, ou seja, de um sistema judicial em que as Cortes Supremas exerçam as suas funções de definir o sentido e a validade das leis¹⁵

Gilmar Ferreira Mendes comunga da mesma opinião, ao lecionar que “a concretização de um Judiciário célere e eficiente é não apenas um imperativo reclamado pelo preceito constitucional de efetividade da justiça, mas também um pressuposto para o próprio desenvolvimento econômico do Brasil. A segurança da resolução célere de conflitos é requisito necessário para o processo de desenvolvimento e estímulo inegável para investimentos externos”.¹⁶

Vê-se, portanto, que os precedentes vinculantes, na medida em que asseguram uma prestação jurisdicional mais célere, previsível e uniforme, acabam viabilizando um cenário de segurança jurídica hábil a fomentar o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF).

2.4. A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MAGISTRADO

Um aspecto constitucional, muito atrelado ao debate sobre o sistema de precedentes adotado no Brasil, é o da independência funcional dos Juízes, no sentido de poderem proferir decisões, sem interferências externas (art. 8º, I, da CF).

15. MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108-109.

16. MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do sistema judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no Brasil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 43, p. 9-16, jan.-mar. 2009.