

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

RAYARA FITERMAN RODRIGUES

**PRECEDENTES JUDICIAS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:
vinculatividade dos julgamentos de Recursos Extraordinários com repercussão geral
reconhecida**

São Luís
2017

RAYARA FITERMAN RODRIGUES

**PRECEDENTES JUDICIAS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:
vinculatividade dos julgamentos de Recursos Extraordinários com repercussão geral
reconhecida**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Ruan Didier Bruzaca Almeida
Vilela

São Luís
2017

**Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA**

Rodrigues, Rayara Fiterman

Precedentes judiciais e o código de processo civil de 2015: vinculatividade dos julgamentos de Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida / Rayara Fiterman Rodrigues. -2017.
72 f.

Orientador(a): Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela
Monografia (Graduação) - Curso de Direito,
Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Recurso Extraordinário. 2. Repercussão Geral. 3. Código de Processo Civil de 2015. 4. Supremo Tribunal Federal. 5. Precedentes Vinculantes. I. Vilela, Ruan Didier Bruzaca Almeida. II. Título

RAYARA FITERMAN RODRIGUES

**PRECEDENTES JUDICIAS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:
vinculatividade dos julgamentos de Recursos Extraordinários com repercussão geral
reconhecida**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela (Orientador)

(Examinador 1)

(Examinador 2)

À minha mãe, Sara Fiterman Lima.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Sara Fiterman e Jean Rodrigues, por serem meus exemplos de dignidade, força e determinação. Agradeço por todas as oportunidades e pela confiança em mim depositada.

Às minhas irmãs, Rayssa e Natasha, pelo apoio e pelo imenso carinho. À todos os meus familiares, que de forma direta e indireta, me ajudaram para a concretização de um sonho.

Aos amigos da universidade pelo companheirismo, por todo o suporte que sempre ofereceram, pelas alegrias e conquistas durante todos esses anos de amizade.

Aos profissionais e amigos do escritório RSM e Advogados Associados pela experiência de estágio enriquecedora, pela orientação constante e motivação na carreira profissional, mostrando verdadeiros exemplos da advocacia íntegra e responsável.

Ao professor Mestre Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela, pela orientação na produção deste trabalho.

E a todos os professores que tive durante o curso, que me acrescentaram informações e conhecimentos valiosos para minha formação acadêmica.

“O direito não deve ignorar a realidade.
Quando o direito ignora a realidade esta se
vinga e ignora aquele”.

Georges Ripert

RESUMO

O presente trabalho científico tem o objetivo de analisar a força obrigatória do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, em face do Código de Processo Civil de 2015, tomando-se por base o estudo dos precedentes judiciais e das Cortes Supremas. Trata-se de tema objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, com discordâncias entre doutrinadores. Primeiramente, discutir-se-á a evolução dos sistemas do *civil law* e do *common law*, a respeito da atuação dos juízes em ambos sistemas, dando-se destaque para o direito brasileiro. Em seguida, examinar-se-á a função das cortes supremas e a eficácia de suas decisões, com a análise pormenorizada do Supremo Tribunal Federal enquanto corte de precedentes. Ao final, analisar-se-á o recurso extraordinário e os precedentes vinculantes no Código de Processo Civil de 2015, concluindo-se pelo reconhecimento do seu papel vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Destacar-se-ão julgados dos Tribunais de Justiça que proferiram entendimentos contrários, demonstrando a necessidade de reconhecimento da vinculatividade do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

Palavras-chave: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Código de Processo Civil de 2015. Supremo Tribunal Federal. Precedentes Vinculantes.

ABSTRACT

This scientific work has the objective of analyzing the binding effect of the extraordinary appeal with recognized general repercussion, in face of the Civil Procedure Code of 2015, taking as basis the study of judicial precedents and the Supreme Courts. It is a theme object of doctrinal and jurisprudential controversy, with disagreements among doctrinaires. First, will be discussed the evolution of the systems of *civil law* and *common law*, regarding the judges' performance in both systems, highlighting Brazilian law. Then, will be examined the objective of the Supreme Courts and the efficiency of its decisions, with a detailed analyses of the Federal Supreme Court of Brazil as a Court of Precedents. At the end, it will be analyzed the finality of the extraordinary appeal and the binding precedents in the Civil Procedure Code of 2015, concluding to for the recognition of its binding role in the Brazilian legal order. Subsequently, will be highlighted decisions of the Courts of Justice that proffered opposite understandings, which demonstrates the necessity of recognizing the binding role of the extraordinary appeal with recognized general repercussion.

Keywords: Extraordinary Appeal. General Repercussion. Civil Procedure Code of 2015. Federal Supreme Court. Binding Precedents.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJAP	Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
TJMA	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PRECEDENTES JUDICIAIS	12
2.1	A evolução dos sistemas de <i>civil law</i> e <i>common law</i>	12
2.2	A atual sistemática de aplicação dos precedentes judiciais	17
2.3	A atuação do juiz no sistema jurídico brasileiro	20
3	AS CORTES SUPREMAS	25
3.1	A função das cortes supremas	25
3.2	A eficácia das decisões das cortes supremas	27
3.3	O STF enquanto corte de precedentes.....	30
4	A VINCULATIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA	35
4.1	O recurso extraordinário e o instituto da repercussão geral.....	35
4.2	Precedentes vinculantes no CPC/2015.....	38
4.3	O recurso extraordinário no CPC/2015	42
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS	50
	ANEXOS	54

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia volta-se ao estudo da vinculatividade do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida — analisado em face das mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 — a ensejar maior segurança nas relações jurídicas.

O Poder Judiciário Brasileiro sofreu significativas transformações ao longo dos últimos anos, especialmente com o advento da Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004 e do Código de Processo Civil de 2015. O modo de organização do sistema judiciário tem evoluído no sentido de tornar-se mais ativo nas relações sociais, coibindo os excessos da Administração e se adequando às mudanças na sociedade.

Ao se reconhecer que as leis escritas no ordenamento jurídico brasileiro não são suficientes para assegurar a previsibilidade do direito, e tendo em vista a crescente produção normativa por parte do Poder Legislativo, faz-se necessário que o Poder Judiciário atue de forma a garantir estabilidade. Assim, evita-se que as várias interpretações do direito produzam os mais diferentes resultados, maculando a segurança jurídica daqueles que buscam o Judiciário para sanar violações aos seus direitos.

É nesse contexto que nasce a discussão sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na consecução de unidade ao Direito. Discute-se a efetividade de suas decisões e, conseqüentemente, se o sistema jurídico brasileiro possui estrutura para garantir previsibilidade do Direito à quem dele se socorre. Daí a importância de ter conferido, aos entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, valor obrigatório.

Assim, o objetivo do presente trabalho consiste na verificação da possibilidade de vinculação do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Mais especificamente objetiva-se a análise do sistema de precedentes, o papel das Cortes Supremas e a aplicabilidade do recurso extraordinário em face do Código de Processo Civil de 2015.

O estudo justifica-se pela própria relevância da constatação e análise da evolução de institutos de direito processual, devendo-se registrar as divergências nas construções doutrinárias atuais no tocante aos precedentes vinculantes.

Para que se responda ao problema, o presente trabalho divide-se em três tópicos. No capítulo inaugural, será feita abordagem sobre os precedentes judiciais. Nesse ponto, analisar-se-ão mais especificamente a evolução histórica dos sistemas de *civil law* e *common law*, identificando-se os corretos parâmetros de utilização dos precedentes nos sistemas, bem assim a atuação dos juízes no sistema brasileiro e a tendência de utilização desses institutos.

Findadas tais considerações quanto aos precedentes judiciais adentra-se, no capítulo seguinte, ao estudo das funções das cortes supremas, ocasião em que serão abordados os modelos de órgãos de cúpula existentes e a eficácia de suas decisões, explanando-se mais atentamente a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) e sua evolução para se estabelecer como guardião da Constituição.

Por fim, no derradeiro capítulo, tomando-se por base os estudos abordados, enfrentar-se-á o problema do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, de modo a reconhecer a sua vinculação em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

O procedimento desse trabalho deu-se com o levantamento bibliográfico de obras que tratam dos precedentes judiciais nos sistemas de *civil law* e *common law*, com atenção especial voltada as cortes supremas e o recurso extraordinário no Código de Processo Civil de 2015.

2 PRECEDENTES JUDICIAIS

A vinculatividade do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, tema do presente estudo monográfico, é objeto de discussões doutrinárias intensas, que levantam questões acerca da possibilidade ou não da inserção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil.

Para melhor compreensão do recurso extraordinário como precedente vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser levada em consideração a evolução dos sistemas de *civil law* e *common law*, bem como a sistemática de aplicação dos precedentes judiciais em ambos os sistemas. Ainda, faz-se necessária que tal análise seja voltada para a atividade dos juízes, que são os protagonistas da criação do direito por meio de precedentes.

A fixação desses elementos constitui o objeto desse primeiro capítulo, que se inicia pelo exame da evolução dos sistemas de *civil law* e *common law*. Portanto, passa-se à análise dos sistemas.

2.1 A evolução dos sistemas de *civil law* e *common law*

O Direito, para se adequar à sociedade na qual é aplicado, deve ser construído com fundamento na experiência. Seja alicerçado nos costumes, possuidor de leis que são elaboradas conforme à vivência social, ou sendo criado com base nas decisões anteriores, é certamente construído a partir de um olhar para trás, preocupado com o passado e o presente da sociedade na qual se insere.¹

A criação do Direito a partir dos precedentes judiciais advém da conscientização de que as normas escritas não são suficientes para conferir justiça e igualdade de tratamento a todos que dele necessitarem. Faz-se necessário o entendimento de que, apenas por meio da interpretação será possível a concretização da norma jurídica presente na lei. Portanto, olhar para trás, julgar com fundamento no que já foi julgado, impede a existência de casos semelhantes com resultados distintos, impondo, assim, segurança jurídica, de forma que se tornam presumíveis os resultados, permitindo a ação guiada conforme esses. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

A percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação – textos são

¹ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

equivocos e normas são vagas) abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito. Mais precisamente, chegou-se à conclusão de que em determinadas situações, as razões adotadas na justificação das decisões, servem como elementos capazes de reduzir a indeterminação do discurso jurídico, podendo servir como concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos. Isso despertou a doutrina e o novo Código para o significado da interpretação judicial do direito dentro da ordem jurídica.²

Para que os precedentes judiciais possam conferir estabilidade ao ordenamento, é necessário que seja bem sistematizada a forma como são empregadas as decisões judiciais. O sistema de precedentes, como hoje é utilizado, consiste em uma gama complexa de institutos e regras voltados para sua aplicação, os quais somente podem ser compreendidos a partir da análise do contexto em que se inserem. Dessa forma, antes de adentrar propriamente no tema de precedentes judiciais, faz-se indispensável traçar um panorama histórico da sua origem, nas duas tradicionais concepções do direito: o *civil law* e o *common law*.

Primeiramente, considerando-se o sistema do *civil law*, percebe-se que este é fundamentado essencialmente na lei escrita, esta sendo capaz de conferir, por si só, segurança jurídica ao Direito. Tal sistema teve suas origens nos estados absolutistas da Europa continental. O período remonta à superação do modelo feudal, de cunho descentralizado, o que abriu espaço para monarcas concentrarem o poder nas mãos do Estado. O controle do poder realizou-se a partir do desenvolvimento de uma política de centralização não somente administrativa, mas também jurídica, caracterizada pela separação da igreja, submetendo, assim, todas as formas de poder à supremacia do Estado.

Iniciou-se, deste modo, um grande movimento de codificação da Europa continental, que se baseou na concepção de que a estabilidade e a segurança jurídica só poderiam ser alcançadas por meio da consolidação de leis escritas, as quais deveriam reger todos os aspectos da vida comum e seriam suficientes à concretização do Direito. Tal movimento teve início a partir da criação de leis por parte dos monarcas absolutistas, que objetivavam a superação do direito baseado nos costumes e na religião para enfim atrelar norma à sua vontade. A consolidação do movimento somente ocorreu com o advento do Código de Napoleão, em 1804, o qual já teria sido criado dentro do contexto da Revolução Francesa.

Em 1804, entrou em vigor, na França, o Código de Napoleão. Trata-se de um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo. Hoje estamos acostumados a pensar no direito em termos de codificação, como se ele devesse necessariamente estar encerrado num código. Isto é

² MARINONI, Luiz Guilherme et al. (Coords). **Comentários ao código de processo civil**: artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. v. 15. p. 36.

uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar. Com efeito, a idéia da codificação surgiu, por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII e atuou no século passado: portanto, há apenas dois séculos o direito se tornou direito codificado. Por outro lado, não se trata de uma condição comum a todo mundo e a todos os países civilizados. Basta pensar que a codificação não existe nos países anglo-saxônicos. Na realidade, a codificação representa uma experiência jurídica dos últimos dois séculos típica da Europa continental.³

No período, observa-se uma intensa preocupação com a sistematização e racionalização do Direito. Influenciados pelo direito romano ensinado nas grandes universidades e no estudo dos primeiros códigos, o meio encontrado para alcançar a completude jurídica, resumiu-se ao direito escrito, limitando, assim, a atividade do juiz à aplicação do sentido puro da lei. Nesse sentido, Norberto Bobbio:

Enquanto, de fato, num período primitivo o Estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares, buscando a norma a aplicar ao caso sob exame tanto nos costumes quanto em critérios de equidade, e a seguir, adicionando à função judiciária aquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz, com a formação do Estado moderno é subtraída do juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito.⁴

Nesse contexto, ganhou espaço a Escola da Exegese, que tinha por característica precípua a crença na redução do direito à lei e a visão do Estado como única fonte do Direito. Sobretudo, a hermenêutica exegética pregava a interpretação da lei acorrentada à vontade do legislador.⁵

Com a Revolução Francesa, há uma descrença da população no Poder Judiciário. Ocorre que muitos dos magistrados eram aliados das monarquias absolutistas e conservadores, contrários aos ideais propagados pela revolução. Ante a necessidade de coibir os excessos da Administração e do Poder Judiciário, é fortalecido o entendimento de que a lei deveria estar acima do judiciário, porquanto esta seria a expressão da vontade geral. A máxima dos ideais revolucionários se deu com a criação da Corte de Cassação Francesa, órgão do Poder Legislativo, que tinha por objetivo precípua a fiscalização do Poder Judiciário, invalidando decisões judiciais que não obedecessem estritamente às leis escritas.⁶

Mais tarde, vale dizer, houve a compreensão de que a lei não seria suficiente para regular todas as relações sociais, sendo a Corte de Cassação incorporada ao Poder Judiciário,

³ BOBBIO, 1995, p. 63.

⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 29.

⁵ Ibid.

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito: civil law e common law. **Revista jurídica: Doutrina, Legislação, Jurisprudência**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

assumindo o status de órgão de cúpula, responsável pela uniformização jurisprudencial do Direito Francês.⁷

Tal conjuntura resultou na consolidação do *civil law* como sistema jurídico pautado no primado da lei, a qual seria capaz de conferir a mais alta certeza jurídica, afastando a atuação positiva dos juízes, conferindo aos mesmos a mera atribuição de aplicadores da lei. Nas lições de Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart:

A mudança no conceito de interpretação, a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição romano-canônica. 100ª evolução da tradição de *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário e que, portanto, nasceu com a marca da utopia. Como dogma, essa noção manteve-se viva ainda que a evolução do *civil law* a descaracterizasse.

Imaginou-se, na tradição de *civil law*, que a lei seria suficiente para garantir a igualdade. A segurança jurídica dependeria da estrita aplicação da lei. Porém, é curioso perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*, tendo sido utilizada, no primeiro, para negar a importância dos tribunais e das suas decisões e, no último, para fundamentar o *stare decisis*.⁸

Entretanto, posteriormente, até mesmo os países mais típicos desse sistema passaram a reconhecer a impossibilidade de os juízes serem meros reprodutores da lei. Pouco a pouco, os países da tradição *civil law* passaram a aceitar e até mesmo incentivar o papel criativo dos juízes, em especial nos casos dos quais a lei silencia, ou apresenta mais de uma possibilidade de interpretação. Entretanto, até os dias atuais permanece o entendimento do primado da lei, permitindo a atuação criativa dos juízes apenas dentro dos limites legalmente estabelecidos.

No caso do Brasil, historicamente os juízes estiveram adstritos à aplicação da lei, porém, assim como os demais países do *civil law*, constatou-se ser inevitável o poder criativo dos juízes, persistindo a atuação dentro dos limites legais, desde que não contrarie a lei.⁹

Analisada a experiência desse sistema, verifica-se que, contrariamente ao desenvolvimento do direito no *civil law*, no *common law* a evolução do sistema jurídico se deu de forma contínua, sem a presença de grandes revoluções. Nas suas raízes, o *common law* surgiu das relações sociais, as quais eram aplicadas pelos juízes nomeados pelo Rei. É um direito consuetudinário no qual se desenvolveu amplamente a atividade judiciária.¹⁰

⁷ WAMBIER, 2009.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 15.

⁹ MEDINA, José Miguel García. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁰ BOBBIO, 1995.

Até mesmo nas monarquias inglesas modernas, sempre prevaleceu o princípio segundo o qual as normas estatutárias são somente válidas enquanto não contrariar o direito comum. É importantíssimo salientar que o sistema de precedentes vinculantes se aplica, no *common law*, mesmo quando o juiz decide com base na lei.¹¹

O *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como ‘natural’: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano.¹²

Portanto, não houve no sistema de *common law* qualquer razão para que se negasse a atividade positiva dos juízes, visto que esses aplicavam as normas advindas das relações sociais, independente da vontade do poder absolutista. Dessa forma, o poder judiciário se desenvolveu como criador do Direito, consolidando assim o sistema de precedentes judiciais, o qual será delineado adiante.

Cabe assim destacar que, assim como os ordenamentos do *civil law* estão passando por mudanças no sentido de reconhecer o poder criativo dos juízes e estabelecer um sistema de precedentes judiciais, os países pertencentes ao *common law* têm revelado mudanças em sentido contrário. Passa-se a inserir leis escritas, em especial as de cunho processual, como é o caso das leis processuais estabelecidas recentemente na Inglaterra, o *Civil Procedure Act* (de 1997) e as *Rules of Civil Procedure* (de 1998). Conforme afirma Teresa Arruda Alvim Wambier:

Pode-se afirmar que, enquanto a nossa tendência é o enrijecimento dos precedentes cuja essência consta das súmulas vinculantes e das impeditivas de recursos, os norte-americanos e ingleses caminham no sentido de mitigar a eficácia vinculante dos precedentes, em busca do equilíbrio. O fato é que há uma tendência mundial de ruptura dos esquemas jurídicos clássicos.¹³

Tal situação revela uma verdadeira aproximação dos sistemas, mostrando que nem uma concepção nem outra são suficientes em si para conferir unidade ao Direito. Nesse sentido é que o Brasil tem evoluído na inserção de institutos de sistematização dos precedentes judiciais, de forma a melhor uniformizar o Direito, sem excluir o papel que as leis possuem atualmente.

¹¹ WAMBIER, 2009.

¹² *Ibid.*, p. 54.

¹³ *Ibid.*, p. 320.

2.2 A atual sistemática de aplicação dos precedentes judiciais

Conforme demonstrado, o *common law* é um sistema jurídico com atividade normativa atribuída precipuamente ao Poder Judiciário. A produção normativa concretiza-se por meio dos precedentes judiciais. Para que tal sistema prosperasse, foi necessária a criação de regras que conferissem às decisões judiciais estabilidade e coerência, impedindo que juízes proferissem decisões distintas para casos semelhantes, maculando assim a segurança jurídica no ordenamento. Assim, conforme Teresa Arruda Alvim Wambier, no *common law*, “a eficácia vinculante dos precedentes é a força motriz que dá sustentação ao sistema, em razão da ausência de normas jurídicas escritas”.¹⁴

A regra essencial sob a qual se baseia o sistema de precedentes é a *stare decisis*, que advém da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*” (mantenha-se a decisão e não se perturbe a paz). Quer dizer que uma vez proferida uma decisão, essa vincula o Tribunal que à proferiu, o que consiste na *stare decisis* horizontal. Ainda, as decisões proferidas pelas cortes hierarquicamente superiores são vinculantes aos juízos inferiores, constituindo a *stare decisis* vertical.¹⁵

É interessante perceber, porém, que a regra do *stare decisis* decorre da compreensão do papel adscritivo da interpretação e da necessidade daí oriunda em densificar a segurança jurídica, na medida em que a norma que resulta da interpretação judicial constitui a sua referência em um direito caracterizado pela sua dupla indeterminação.¹⁶

É importante ressaltar que a regra do *stare decisis* não é uma regra explícita. Não há nos ordenamentos oriundos do *common law* norma legal, constitucional que determine a força vinculante dos precedentes. Tal regra é decorrência do desenvolvimento histórico do Direito comum, o que não ocorre nos direitos de *civil law* quando inserem a observância aos precedentes em seu ordenamento.¹⁷

Portanto, verifica-se que o princípio principal do processo decisório baseado em precedentes é a necessidade de que os julgadores sigam decisões anteriores, respondendo da mesma forma que as decisões anteriormente proferidas por instâncias superiores ou pelo próprio juiz ou tribunal.

Entretanto, ressalta-se que não se pode confundir precedente com decisão judicial. Na verdade, o precedente judicial é formado a partir de uma decisão judicial, na qual as

¹⁴ WAMBIER, 2009, p. 319.

¹⁵ MARINONI et al., 2016a.

¹⁶ Ibid., p. 53.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

relevantes razões jurídicas são extraídas para determinar decisões futuras. É importante ressaltar tal diferença, posto que não é a decisão em si que orienta os casos futuros, mas sim a *ratio decidendi* – as razões generalizáveis que podem ser extraídas da decisão judicial.¹⁸

Não é a decisão ou o acórdão que orienta decisões futuras, mas sim as razões de decidir, a tese generalizável que ultrapassa os limites do caso concreto permitindo sua aplicação futura em casos semelhantes.

Assim, se a *ratio decidendi* são os fundamentos determinantes da decisão judicial que orientam casos futuros, *obiter dictum* é o exato oposto. Trata-se do que é desnecessário à solução do caso, são os fatos suscitados em uma decisão que não tenham referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução.¹⁹

Pois bem. Uma vez identificados os precedentes e seus elementos, são necessárias regras de aplicação que permitam sua correta utilização no caso concreto. Para que se possa empregar um precedente à um caso futuro, faz-se necessário, primeiramente, comparar os aspectos fático-jurídicos para identificar se é cabível tal utilização. Há de se analisar a existência de semelhanças ou distinções do precedente com relação ao caso concreto. Trata-se, pois, do *distinguishing*.

Ou seja: o *distinguishing* é a realização de distinções entre casos a fim de que determinado precedente não seja aplicado de forma indevida. Ao ter suas razões comparadas reiteradamente com casos concretos, é possível medir a extensão e a limitação dos precedentes. Portanto, se diz que o *distinguishing* tem duas funções: a primeira, de distinção de casos posteriores, e a segunda, de identificar os limites do próprio precedente, viabilizando o desenvolvimento do Direito²⁰:

A Corte, ao instituir um precedente, pode deixar de considerar alguma questão relacionada com o entendimento firmado. Ademais, em virtude de os casos variarem naturalmente, conforme as particularidades que lhe dão configuração, é sempre possível o surgimento de novas situações, não tratadas no precedente. Assim, ainda que, a princípio, se possa pensar que se está tratando da mesma tese e de situação fática semelhante, haverá a possibilidade de se argumentar que o novo caso requer o enfrentamento de outra questão ou que o caso sob julgamento tem particularidade fática que o diferencia daquele envolvido no precedente. Além disso, como o precedente é incapaz de contemplar a riqueza das situações conflitivas, um novo caso pode não se subsumir perfeitamente no precedente, ainda que esse caso, dadas as suas particularidades, mereça igual solução quando consideradas as razões do precedente.²¹

Tomadas essas considerações, identificado o precedente, surge outro problema. Conferir força vinculante às decisões passadas requer que o sistema possa reconhecer quando

¹⁸ MARINONI et al., 2016a.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid., p. 123.

o precedente deixa de se adequar aos casos presentes, caso contrário, perder-se-ia a tão almejada segurança jurídica.

O conceito de superação dos precedentes é chamado *overruling*. Através do *overruling* é possível a alteração do entendimento judicial a respeito de determinada questão. O *overruling* deve ser feito pelo próprio Tribunal que proferiu o precedente. A superação pode ser total (chamada *overruling*) ou parcial (chamada *overriding*). Ainda, o Tribunal pode decidir pela superação do precedente, buscando compatibilizar as suas orientações, o que é dito *transformation*.²²

A possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento; ele impede alteração injustificada desse entendimento. A modificação do entendimento pode revelar-se um imperativo de justiça. Este é o ponto.²³

A superação do precedente poderá ser fundada em vários motivos, como na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou ainda, alterações econômicas, políticas, culturais ou sociais referentes à matéria decidida. Conforme o Enunciado 322, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.”²⁴

Todos esses conceitos são, conforme já mencionado, essenciais para conferir estabilidade e coerência ao ordenamento jurídico que utilize o sistema de precedentes. Em suma, a *stare decisis* confere aos precedentes força vinculante/normativa, obrigando os tribunais a decidirem de acordo com o que já decidiram anteriormente e em concordância com o que foi decidido pelas instâncias hierarquicamente superiores. Uma vez estabelecida a vinculação, fez-se necessário estabelecer os parâmetros de aplicação, qual sejam: a *ratio decidendi* – a porção vinculante da decisão, constante das razões normativas generalizáveis; o *obiter dictum* – a parte da decisão que não vincula, dizem respeito à apenas o caso concreto; o *distinguishing* – a comparação do caso posterior com as razões do precedente para excluir a vinculação de casos que ensejem tratamento jurídico diverso; e, por fim, o *overruling* – a superação do precedente que não mais se adequa à atual ordem jurídica. Portanto, delimitado o sistema de precedentes, passa-se à análise da sua utilização no sistema jurídico brasileiro.

²² DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

²³ Ibid., p. 495.

²⁴ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados**. Vitória, 2015. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017. p. 48.

2.3 A atuação do juiz no sistema jurídico brasileiro

O Brasil, historicamente, seguiu a visão tradicional do *civil law* de que a lei seria completa e suficiente, cabendo ao juiz apenas aplicá-la. Tal situação é facilmente verificada pelo grande estoque de normas jurídicas que o ordenamento possui. A Constituição brasileira é analítica, tratando de matérias tanto materialmente constitucionais, quanto àquelas que ali estão apenas formalmente.²⁵ Assim, sendo a função do juiz brasileiro a aplicação da lei cabível, este não esteve vinculado às decisões de outros órgãos judiciários, possuindo estas apenas valor argumentativo.

O juiz brasileiro (e isto vem melhorando aos poucos) acabou por possuir um poder ainda mais abrangente que o juiz do *common law*, tendo em vista que o juiz brasileiro não está adstrito aos entendimentos proferidos anteriormente. A ausência de mecanismos de uniformização acabou por conferir aos juízes a faculdade de interpretar a norma como bem entender, especialmente nos *hard cases* (casos difíceis), nos quais não é possível encontrar a resposta clara no ordenamento. Na análise de José Miguel Garcia Medina:

Embora muitos possam afirmar que o estabelecimento de direito e deveres por meio de leis escritas traz maior segurança aos cidadãos (já que o exercício da jurisdição estaria legal e previamente balizado), é inegável que, hoje, o juiz brasileiro tem muito mais poder de criação que o juiz do *common law*, tendo em vista que, ao contrário deste último, aquele, em princípio, não deveria (pelo menos, à luz da letra de nossa legislação) nenhum respeito aos precedentes judiciais dos tribunais ou órgãos que lhe sejam superiores.²⁶

Entretanto, é inevitável aos países que utilizam o *civil law* o reconhecimento de que as leis escritas não são suficientes para assegurar a previsibilidade do direito, tendo em vista que as normas escritas são indeterminadas, permitindo diferentes interpretações.²⁷

Assim ocorreu no Brasil. Embora ainda haja um longo caminho a percorrer para que se possa afirmar que o ordenamento brasileiro possui um sistema de precedentes judiciais consolidado, aos poucos foram sendo introduzidos no ordenamento dispositivos de uniformização e estabilização das decisões judiciais.

O primeiro grande salto dado nesse sentido foi a Emenda Constitucional n. 45/2004, que criou o instituto das súmulas vinculantes, possibilitando ao STF a vinculação

²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²⁶ MEDINA, 2015, p. 1217.

²⁷ MARINONI et al., 2016a.

de seus entendimentos perante os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Veja-se:

Art. 103-A, Constituição Federal (CF)/88: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.²⁸

Cumpra destacar, nesse último ponto, que as súmulas não são precedentes judiciais. Tratam-se de extratos de jurisprudência de um tribunal (no caso da súmula vinculante, do STF), resumido em um enunciado, indicando o entendimento reiterado naquela matéria. Dessa forma, Alexandre Câmara ressalta:

Uma vez identificada uma linha de jurisprudência firme, constante, a respeito de algum tema, caberá ao tribunal que a tenha firmado editar um enunciado de súmula (art. 926, § 1o). A súmula de jurisprudência dominante é um resumo da jurisprudência dominante de um tribunal. Tal resumo é formado por verbetes ou enunciados, os quais indicam o modo como aquele tribunal decide certas matérias.

[...]

O enunciado de súmula, portanto, não é um precedente. Trata-se de um extrato de diversos pronunciamentos, isto é, algo que se extrai de diversas decisões sobre a mesma matéria. Tais decisões podem, até mesmo, basear-se em fundamentos determinantes distintos, mas em todas elas se identificou a mesma conclusão (a de que ‘a liberação de veículo retido apenas por transporte irregular de passageiros não está condicionada ao pagamento de multas e despesas’).

Assim, é perfeitamente possível imaginar a existência de uma jurisprudência firme, constante, ensejadora de um enunciado de súmula, e que se apoia em distintos precedentes, baseados em fundamentos determinantes distintos. Decidir com base em um enunciado de súmula, portanto, não é o mesmo que decidir com apoio em precedente. O enunciado de súmula, insista-se, é um extrato da jurisprudência dominante de um tribunal.²⁹

Outra inovação trazida pela EC 45/2004 foi o instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, visando “excluir da competência do Supremo Tribunal Federal questões que assim não se caracterizem”.³⁰ Quanto à repercussão geral, esta será tratada com mais detalhes adiante.

No Brasil, diferente do que ocorre nos países do *common law*, ainda que se admita a vinculação dos precedentes, estes não podem sobrepor o poder das leis. Com o advento de uma lei nova contrária ao precedente judicial, a conclusão é pela superação

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 de dezembro de 2016.

²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <http://sta.pro.br/livros/22%20-%20C3%82MARA_Alexandre_Freitas_O_Novo_Processo_Civil_Brasileiro_2017.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2017. p. 370.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 37.

(*overruling*) do precedente, com a exceção do reconhecimento, pelo juiz, da inconstitucionalidade ou inaplicabilidade da lei. Dessa forma, segue o Enunciado 324 do FPPC:

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.³¹

O próximo grande passo dado no Brasil, a respeito da observância aos precedentes judiciais foi dado com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o qual inseriu institutos próprios de uniformização e estabilização de jurisprudência, bem como a necessidade de observância das decisões proferidas.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 deu uma nova conotação ao papel dos juízes no processo brasileiro. O código preocupou-se com a unidade do Direito, traçando um sistema de precedentes obrigatórios que conferem à certos tipos de decisão prerrogativas próprias, reforçando a sua força perante os demais órgãos do Poder Judiciário.

Em seu art. 926 o legislador introduziu a necessidade de uniformização da jurisprudência e nos parágrafos 1º e 2º destacou a edição de súmulas por parte dos tribunais, bem como a observância às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Veja-se:

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.³²

Vê-se que o Código de Processo Civil de 2015 buscou inserir no ordenamento uma referência à regra da *stare decisis*, no sentido horizontal, na medida em que os juízes devem observar os próprios precedentes e, no sentido vertical, no qual os juízes e tribunais devem observar os precedentes dos órgãos aos quais estejam vinculados.³³

O artigo 927 dispõe sobre a necessidade de observância de um rol específico de decisões e entendimentos jurisprudenciais. Luiz Guilherme Marinoni e os outros autores mencionam que o termo “observarão” presente no *caput* do art. 927 é um dever

³¹ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015, p. 48.

³² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

³³ MARINONI et al., 2016a.

triplo: de considerar, de interpretar e, em sendo o caso, de aplicar o precedente ou a jurisprudência vinculante atinente ao caso.³⁴

A propósito, uma crítica sustentada pela doutrina é que o Código de Processo Civil (CPC)/2015 alude à necessidade de observância aos acórdãos e aos enunciados de súmulas, quando deveria vincular a *ratio decidendi* – as razões jurídicas relevantes presentes nas decisões. Nesse caso é preciso se ater ao conceito de precedente oriundo do *common law*, pois não se pode vincular apenas a parte dispositiva de uma decisão, visto que esta não pode ser reproduzida adequadamente à casos futuros. Considera-se, então, que os juízes e os tribunais observarão as circunstâncias fáticas presentes nos precedentes e entendimentos presentes dos incisos I a V do art. 927 do CPC/2015. Nesse sentido:

O primeiro diz respeito à confusão entre decisão e precedente. O dispositivo refere que os juízes e tribunais observarão a “acórdãos” de “julgamentos” (art. 927, III, CPC/2015), quando na verdade deveria, no mínimo, ter feito referência às razões constantes da fundamentação dos acórdãos. Porém, ainda que tivesse corretamente aludido às razões, faltaria substância ao dispositivo, porque nada diz a respeito da qualidade das razões – nem todas as razões devem ser seguidas, mas apenas as necessárias e suficientes para definição da questão – e da forma de julgamento necessária para que as Cortes Supremas bem possam desempenhar as suas funções de outorga de unidade ao direito: decisão colegiada – e não plural – e com fundamentação unânime ou majoritária – e não com fundamentação concorrente.³⁵

Além das previsões acima mencionadas, o CPC/2015 inseriu mecanismos para assegurar a observância de certos precedentes, em especial os acórdãos de recursos repetitivos do STF e Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os enunciados de súmula (que não se trata de precedente, mas sim de extrato de jurisprudência). Tais mecanismos conferem eficácia ao procedimento, uma vez que tais entendimentos, se cabíveis, não precisam ser revistos pelo juiz que os instituiu.³⁶

Como exemplo, temos o art. 311, II do referido diploma, que regula a tutela de evidência, referindo que poderá ser concedida pelo juiz quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Em tal hipótese o autor poderá receber o provimento jurisdicional provisoriamente, o que por si só, presume a evidência do seu direito.³⁷

Assim como a previsão anterior, o art. 332 confere maior agilidade ao processo, permitindo o julgamento de improcedência liminar quando o pedido formulado

³⁴ MARINONI et al., 2016a, p. 63.

³⁵ Ibid., p. 69

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid., p. 72.

contrariar certos entendimentos, presumindo o descabimento da ação, dentre os quais destaca-se o enunciado de súmula e o acórdão em julgamento de recursos repetitivos do STF e STJ.³⁸

Como pôde ser visto, o Brasil tem avançado no sentido de inserir um sistema de precedentes no ordenamento, entretanto o CPC/2015 focou seus mecanismos de observância e celeridade processual à precedentes e entendimentos jurisprudenciais específicos (destaca-se as súmulas e julgamentos de recursos repetitivos), o que acabou por ofuscar a força dos precedentes que são vinculantes por sua natureza. No caso, o reconhecimento do STF como responsável pela guarda da Constituição impõe, por si só, a força vinculante de seus entendimentos, em especial aqueles proferidos em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, conforme será demonstrado adiante.

³⁸ MARINONI et al., 2016a.

3 AS CORTES SUPREMAS

O capítulo anterior abordou a evolução da atuação dos juízes nas tradições jurídicas do *civil law* e do *common law* e os mecanismos decisórios por esses utilizados, notadamente no que se refere aos precedentes judiciais. Destinou-se também à compreensão da atuação dos juízes brasileiros e a crescente preocupação com o estabelecimento de um sistema de precedentes judiciais para conferir segurança nas relações jurídicas e unidade ao Direito no ordenamento pátrio.

No presente capítulo pretende-se fixar a importância das cortes supremas para a interpretação do Direito, demonstrando que sua função deve ser proativa, voltada para a sociedade em geral, ultrapassando o direito das partes no processo, bem como a análise da eficácia de suas decisões e a força dos precedentes criados.³⁹

À luz dessa compreensão, será analisada a atuação do STF e sua função enquanto corte oficiadora de precedentes judiciais, os quais devem ser observados tanto pelas cortes inferiores (*stare decisis* vertical) quanto pelo próprio Supremo (*stare decisis* horizontal). Passa-se à abordagem, portanto, das funções exercidas pelas cortes supremas.

3.1 A função das cortes supremas

No âmbito dos Tribunais, de um modo geral, podem ser identificadas funções específicas para as quais destinam sua atuação. Na visão de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero essas funções são duas: a *resolução de controvérsias*, que normalmente é atribuída aos juízes e tribunais de revisão – primeiro e segundo grau de jurisdição –, os quais interpretam a norma ao caso concreto, visando a aplicação justa do Direito às partes processuais. A segunda função elencada, trata-se do *enriquecimento do estoque de normas jurídicas*, que é atribuída, primordialmente, às cortes supremas, que possuem uma atuação voltada para a sociedade como um todo, resguardando a unidade e o desenvolvimento do Direito.⁴⁰

Primeiramente, é necessário compreender que as cortes supremas devem estar ao lado do Poder Legislativo na competência de produção do Direito, pois estas são encarregadas de dar a última palavra no Direito, outorgando devido sentido ao texto normativo.⁴¹

³⁹ MARINONI; MITIDIERO, 2012.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Conforme visto no capítulo anterior, a criação do Direito a partir dos precedentes judiciais advém da conscientização de que as normas escritas não são suficientes para conferir justiça e igualdade de tratamento a todos que dele necessitarem. Faz-se necessário o entendimento de que, apenas por meio da interpretação, é possível concretizar a norma jurídica presente na lei.⁴² Reitera-se que a norma é resultado da interpretação, tendo em vista a indeterminação das leis escritas, pois os textos são inevitavelmente equívocos e normas são vagas.⁴³

No momento em que se tem em conta que o Judiciário tem a função de dar sentido à lei em conformidade com a evolução das necessidades sociais e de acordo com as características do caso concreto, há que se dar à Corte Suprema a função de outorga de unidade ao direito, vale dizer, a função de definição do sentido adequado do texto legal diante de determinadas circunstâncias de fato e num determinado momento histórico. Dessa função decorre, naturalmente, a necessidade de o direito proclamado pela Corte Suprema adquirir estabilidade, projetando-se sobre a sociedade e sobre a solução dos casos conflitivos.⁴⁴

Na estrutura hierárquica do judiciário, faz-se necessário distinguir as funções principais que cabem à cada órgão. Não há razão para as cortes de vértice se ocuparem com o direito das partes, que já foi analisado pelo juiz de primeiro grau e revisado pelo tribunal hierarquicamente superior, atendendo aos moldes do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Dessa forma, a função das cortes supremas deve ser proativa, cabendo a elas interpretar e outorgar sentido adequado ao Direito. Os recursos de sua competência não devem ser entendidos como meio de concretização do direito das partes, mas sim a forma pela qual a Suprema Corte exerce seu poder de interpretação, externando o entendimento das normas escritas e não escritas.⁴⁵

Portanto, é que Daniel Mitidiero aduz que “interpretar adequadamente o Direito é a razão pela qual a corte existe, na medida em que sem a sua interpretação não há como viabilizar-se a unidade do Direito”,⁴⁶ sendo os precedentes, nesses moldes, fontes primárias do Direito, igualando-se às leis escritas.

Nesse sentido, a especialização das cortes supremas, dando prioridade àqueles casos que transcendem o interesse das partes, é necessária para evitar a sobrecarga de processos. A falta de especialização acaba por reduzir a capacidade da corte de emitir pronunciamentos voltados para a coletividade. Outrossim, é importante para garantir o direito

⁴² MARINONI et al., 2016a.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 18.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ MITIDIERO, 2014, p. 70.

fundamental à duração razoável do processo, para que as partes não tenham que passar mais tempo do que o necessário para receber a tutela jurisdicional.⁴⁷

Tal função das cortes supremas é verificada com clareza no direito comparado. Nos países pertencentes ao *common law* essa característica é facilmente verificada. Nos Estados Unidos, por exemplo, a *Supreme Court* não atua como uma terceira instância. Somente os casos pertinentes, de *sufficient public importance*, são julgados pela *Supreme Court*, conferindo à esta ampla discricionariedade na seleção dos casos a serem apreciados, tratando-se de mecanismo de filtragem recursal, chamado *writ of certiorari*.⁴⁸

Por outro lado, em países cujo modelo jurídico tanto difere do estadunidense, é possível observar função semelhante. Na Alemanha, por exemplo, somente é possível o acesso ao *Bundesgerichtshof* (órgão de cúpula alemão), em casos de “significação fundamental” da causa, para “desenvolver o direito” ou para “assegurar uma jurisprudência uniforme”.⁴⁹

Assim como os exemplos acima, o Supremo Tribunal Federal passou a possuir mecanismo próprio de filtro recursal (EC 45/2004), objetivando que sua atuação se desse com mais qualidade, voltada somente à casos de importante relevância da questão constitucional debatida e aos que transcendam para além do interesse subjetivo das partes.⁵⁰

As cortes supremas, de um modo geral, seguem uma finalidade comum de guarda da ordem jurídica do país no qual se inserem. O Brasil, ao criar o STF, inspirou-se nos modelos já existentes de órgãos de cúpula (em especial, no modelo estadunidense). Logo, a atuação do STF deve ser entendida de acordo com as premissas aqui fixadas, inerentes às cortes supremas.

3.2 A eficácia das decisões das cortes supremas

Conforme delineado, as cortes supremas devem ser compreendidas como cortes oficiadoras de precedentes judiciais. Em um sistema de precedentes consolidado, como nos países do *common law*, a eficácia do precedente advindo da corte suprema é, em regra,

⁴⁷ MARINONI; MITIDIERO, 2012.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme et al. (Coords.). **Comentários ao código de processo civil**: artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b. v. 16.

⁴⁹ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 25.

⁵⁰ Ibid.

vinculante. Nesse ponto ressalta-se a necessidade de correta fundamentação da decisão, observando a função de formação de precedentes.⁵¹

Portanto, uma vez corretamente fundamentada a decisão, proferida pelo colegiado da corte suprema, e presente a *ratio decidendi*, há de se reconhecer a obrigatoriedade do precedente formado. Luiz Guilherme Marinoni e os outros autores, inclusive, atrelam o conceito de precedentes somente às decisões advindas das cortes supremas, pelo que caberia às Cortes de Justiça produzir jurisprudência para orientar os julgamentos futuros. Assim asseveram:

Mais precisamente, precedentes são razões necessárias e suficientes para solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou pela maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema. Como resultam de interpretações de textos dotados de autoridade jurídica ou de elementos não textuais integrantes da ordem jurídica formuladas por cortes encarregadas de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal, os precedentes são sempre obrigatórios, isto é, têm sempre força vinculante. Não têm a função de ilustração do direito e não têm a função de persuasão judicial a respeito da bondade da solução nele encerrada. Precedentes são razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional e orientar juridicamente a conduta dos indivíduos e da sociedade civil.⁵²

Seria este o conceito funcional dos precedentes, que seriam “oriundos de cortes institucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito de como determinado desacordo interpretativo deve ser resolvido”.⁵³

Frederick Schauer, ao tratar do sistema de precedentes, reforça a obrigatoriedade destes na perspectiva da *stare decisis* vertical. A corte suprema, em sendo corte de vértice, no topo da hierarquia dos tribunais, tem em suas decisões eficácia obrigatória (*binding*). Reforça, outrossim, que a obrigatoriedade do precedente não inclui as questões que são ditas de passagem (*obiter dictum*), pelo que as cortes inferiores podem deixar de aplicar quando entenderem não constituir a *ratio* do precedente.⁵⁴

Entretanto, reconhece-se que tal situação é melhor aplicada pelos países do *common law*, visto que os precedentes estão acima das leis. Nos países do *civil law*, de forma geral, há hipóteses de vinculação das decisões pelo órgão de cúpula, porém não é todo e qualquer entendimento que efetivamente vincula os tribunais inferiores.⁵⁵

⁵¹ MARINONI et al., 2016a.

⁵² Ibid., p. 48.

⁵³ Ibid., p. 49.

⁵⁴ SCHAUER, 2012.

⁵⁵ WAMBIER, 2016.

No caso do Brasil, ainda não há a vinculação expressa de todas as decisões proferidas pelo STF. Entretanto, em certos casos, deve ser reconhecida a força obrigatória das decisões nos julgamentos que possuem um procedimento voltado para a vinculação e formação de precedente. Alguns são facilmente observados e reconhecidos, como os julgamentos das ações do controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido o recurso extraordinário, objeto do presente trabalho, possui caráter paradigmático, pelo que deve ser reconhecido como precedente vinculante, o que não é atualmente compartilhado por grande parte da doutrina, conforme será delineado no próximo capítulo.

Tomadas as considerações acima, é possível o reconhecimento de que os julgamentos das cortes supremas, quando assim exercem sua função, não objetivam oferecer uma solução ao caso concreto, mas sim emitir precedentes, dos quais possam ser retirados a *ratio decidendi* para aplicação em casos futuros.

Dessa forma, é que seus julgamentos não podem ser voltados aos direitos das partes. É necessário que haja uma discussão mais acentuada, acerca das teses jurídicas que motivam o caso, e que possam ser externadas aos casos futuros.⁵⁶

O incentivo ao debate, nesses casos, é fundamental para delinear os limites da *ratio decidendi*, pois o voto pelo provimento ou não do recurso pode não ser dado por maioria quanto ao mesmo fundamento. Ocorre quando há maioria pela procedência, mas quando se analisa as motivações do voto, percebe-se que as razões diferem.⁵⁷

Vale dizer que o CPC/2015 deu primazia pelo debate nas demandas repetitivas, pela possibilidade de intervenção do *amicus curiae* na qualidade de terceiros interessados na formulação do precedente, e não da resolução do conflito entre as partes. Assim também entendeu no âmbito do reconhecimento repercussão geral.⁵⁸

Destaca-se que a discussão aqui posta não se confunde com o mero dever de fundamentação das decisões tratado pelo CPC/2015. Trata-se da necessidade de separar a tese jurídica do simples direito das partes, para que haja o devido debate sob aspectos que ultrapassem tais direitos, fixando-se entendimento voltado para a sociedade em geral.⁵⁹

Portanto, admite-se que a corte suprema apenas produz precedentes vinculantes quando decide de forma compatível com sua função precípua, garantindo a formação de entendimentos que possam orientar decisões futuras, resguardando, devidamente, as

⁵⁶ MARINONI, 2015.

⁵⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

⁵⁸ MARINONI, op. cit.

⁵⁹ Ibid.

fundamentações que não são compartilhadas pela maioria, delimitando propriamente o precedente judicial vinculante.⁶⁰

Delineada a função das cortes supremas, bem como a eficácia de suas decisões, verifica-se que o STF, enquanto corte suprema, guarda semelhanças com o modelo geral, entretanto, possui particularidades, as quais serão explanadas a seguir.

3.3 O STF enquanto corte de precedentes

De acordo com a Constituição Federal de 1988, ao STF compete, precipuamente, a guarda da Constituição. Essa previsão já remete à função de corte suprema, motivo pelo qual certos entendimentos do STF possuem efeito vinculante garantido pela Constituição Federal, sendo responsável por julgar as ações do controle concentrado de constitucionalidade, que “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (Art. 102, §2º, da Constituição Federal),⁶¹ assim como no caso das súmulas vinculantes, as quais também terão efeitos vinculantes perante os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta (Art. 103).⁶²

Primeiramente, é preciso destacar a diferença entre a coisa julgada *erga omnes*, determinada pela Constituição Federal de 1988, e a eficácia obrigatória dos precedentes do STF. Ocorre que a coisa julgada *erga omnes* – outorgada às ações do controle concentrado de constitucionalidade, somente diz respeito ao resultado da decisão. A parte que vincula é somente o dispositivo das decisões, o qual deve ser obedecido pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.⁶³

No caso dos precedentes propriamente ditos, o que há é a vinculação da *ratio decidendi* constante da fundamentação das decisões proferidas. Assim, não faz parte da sistemática dos precedentes a eficácia *erga omnes* determinada ao controle de constitucionalidade e às súmulas vinculantes. Entretanto, tal determinação não impede que as razões constantes das decisões em controle concentrado de constitucionalidade produzam precedentes e possam orientar casos futuros.⁶⁴

⁶⁰ SCHAUER, 2012.

⁶¹ BRASIL, 1988, não paginado.

⁶² Ibid., não paginado.

⁶³ MARINONI et al., 2016a.

⁶⁴ Ibid.

Pois bem. Ao reconhecer ao STF o *status* de corte suprema, é que se deve reconhecer a imperatividade de seus pronunciamentos, em especial quando não está exercendo mera função de corte revisora (exercendo o segundo ou terceiro grau de jurisdição), mas sim quando utiliza o seu controle como meio para outorgar unidade ao direito.⁶⁵ Luiz Guilherme Marinoni e os outros autores afirmam:

A compreensão do contexto teórico em que aparece essa silenciosa e profunda reforma nas fundações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é imprescindível para que se possa entender o material com que trabalham essas Cortes Supremas no julgamento de recursos extraordinários e de recursos especiais, a função paradigmática que desempenham na nossa ordem jurídica e a eficácia que se deve outorgar aos seus julgados. Enquanto as Cortes de Justiça – os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais – assumiram o posto de cortes de controle e de jurisprudência, cuja preocupação é voltada para a prolação de uma decisão justa e para o fomento do debate a respeito dos mais diversos significados que o discurso do legislador pode assumir no âmbito interpretativo, as Cortes Supremas galgaram o posto de cortes de interpretação e de precedentes, cuja missão está não apenas na guarda da Constituição e do direito federal, mas na sua efetiva reconstrução interpretativa, decidindo-se quais os significados devem prevalecer a respeito das dúvidas interpretativas suscitadas pela prática forense, e na sua vocação de guia interpretativo para todos os envolvidos na administração da Justiça Civil e para a sociedade como um todo.⁶⁶

Nesse contexto, deve-se admitir que, no Brasil, ainda não há essa atribuição com clareza ao STF. Ainda persiste na mente da comunidade jurídica a visão do STF como uma verdadeira “*corte recursal suprema*”, a qual funciona, muitas vezes, como uma espécie de terceira e até mesmo quarta instância de jurisdição – como ocorre nos casos que já foram apreciados pelo STJ, em terceiro grau de jurisdição.⁶⁷ Nesse ponto, cabe tecer breves considerações acerca da evolução histórica do STF.

O STF foi criado em 1890 através do Decreto n. 848/1890, sendo previsto constitucionalmente logo depois, pela Constituição de 1891. Desde a sua criação, o STF detém a função de guarda da Constituição. Até a Constituição de 1988, ao STF competia, além da guarda da legislação constitucional, a legislação federal.⁶⁸

Entretanto, visto que sua competência era muito vasta, rapidamente houve uma verdadeira sobrecarga processual, chamada “crise do Supremo Tribunal Federal”. Ocorre que o Brasil importou o modelo americano do “*writ of error*” na criação do STF, sem levar em consideração a própria estrutura do sistema federativo brasileiro, que concentrava a maior parte da legislação no plano federal. Baseado nessa concepção, é que, com a Constituição de

⁶⁵ MARINONI et al., 2016b.

⁶⁶ Ibid., p. 236.

⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 429.

⁶⁸ WAMBIER, 2016.

1988, criou-se o Superior Tribunal de Justiça, deslocando-se a este último o controle da legislação federal.⁶⁹

Entretanto, apesar da redução no âmbito da competência das matérias cabíveis ao STF, não houve uma efetiva redução no número de processos a ele dirigidos. Assim esclarece Teresa Arruda Alvim Wambier:

A triste realidade, porém, é que a criação do STJ definitivamente não resolveu a crise do recurso extraordinário. As estatísticas - cujos dados referentes ao STF exporemos com mais vagar no capítulo pertinente (item 22.2) - revelam que, se antes tínhamos *apenas um* tribunal estorvado pelo volume de processos, agora temos *dois* sofrendo do mesmo mal!⁷⁰

Tal sobrecarga persiste até os dias atuais. Inclusive, ao tratar da problemática do acesso à justiça, Rodolfo de Camargo Mancuso é enfático ao analisar os dados do “*I Relatório do Supremo em Números*” e demonstrar que a jurisdição recursal do STF acaba por extrapolar o princípio do duplo grau de jurisdição, criando um “*paradoxo sistêmico*”, no qual tem sua função de atuação social típica de órgão de cúpula mitigada pela cobrança crescente de julgamento em processos que dizem respeito somente ao direito das partes.⁷¹

Repisa-se que essa situação de sobrecarga processual é reconhecida pela doutrina desde a implantação do recurso extraordinário e resulta em uma demora nos julgamentos que decorre de fatores diversos, entre eles, principalmente à cultura jurídica *demandista*.⁷²

Rodolfo de Camargo Mancuso elenca, de um modo geral, as principais causas que acarretam o excesso da demanda judicial, quais sejam: a desinformação ou oferta insuficiente de outros meios alternativos, a exacerbada juridicização da vida em sociedade, a irrealista leitura do inciso XXXV da CF/88 e o crescimento desmensurado da estrutura judiciária.⁷³

Embora não tenha solucionado o problema, a crise numérica de processos foi consideravelmente reduzida com a implementação do instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, regulado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o §3º ao artigo 102 da Constituição Federal de 1988.⁷⁴

Ainda, destaca-se as súmulas vinculantes, que introduziram a ideia da eficácia obrigatória das decisões do Supremo Tribunal Federal. Seguindo esse entendimento, é que o Código de Processo Civil de 2015 tem apresentado mecanismos para conferir ao STF

⁶⁹ WAMBIER, 2016, p. 303.

⁷⁰ Ibid., p. 305.

⁷¹ MANCUSO, 2011, p. 428.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

maior autoridade às suas decisões, como é o caso do art. 927, conforme demonstrado no capítulo anterior.

Portanto, o Direito brasileiro tem buscado estabelecer, cada vez mais, a função própria do STF, tendo em vista principalmente a sobrecarga que a corte tem sofrido em razão do desvirtuamento de sua função. Como exemplo, temos o já mencionado instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, criado como uma forma de filtro da atuação do STF, reduzindo a sobrecarga processual.

Teresa Arruda Alvim Wambier, ao tratar da função paradigmática das decisões do STF e dos Tribunais Superiores, afirma que esta é materializada, entre outras maneiras, pelo sistema de precedentes, o qual atinge seu ápice com o Código de Processo Civil de 2015. Como exemplo, a autora destaca a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões, revelando a função de construção do direito, orientação para os demais tribunais e pauta de conduta para os jurisdicionados.⁷⁵

Outrossim, o Código de Processo Civil de 2015 veio a reforçar a objetivação do processo no âmbito das cortes supremas. Passou a dar maior foco às demandas de massa, entre essas os recursos extraordinários e especiais repetitivos. Registra-se, a propósito, a restrição no acesso às cortes supremas, ao conferir aos Tribunais de Justiça prerrogativas na interposição de recursos extraordinários e especiais (negativa de seguimento dos recursos extraordinários e especiais, o encaminhamento dos processos ao órgão julgador para realização do juízo de retratação e o sobrestamento de processos).⁷⁶

Ressalta-se, também a possibilidade de o relator negar liminarmente provimento ao recurso em razão de súmula do STF ou acórdão proferido pelo STF em julgamento de recursos repetitivos, constituindo hipótese autorizativa do julgamento monocrático, visto que não há necessidade de revisão do entendimento.

Dessa forma, é que Daniel Mitidiero defende que as cortes de vértice, estas incluídas o STF e o STJ, não devem mais ser compreendidas como cortes superiores, mas sim como cortes supremas, com ampla “atividade de reconstrução da ordem jurídica mediante a outorga de sentido a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico”, pelo que seus precedentes “vinculariam toda a sociedade civil e todos os órgãos do Poder Judiciário”.⁷⁷

⁷⁵ WAMBIER, 2016.

⁷⁶ MANCUSO, op. cit.

⁷⁷ MITIDIERO, 2014, p. 55.

Portanto, vê-se que o STF tem caminhado para se consolidar como verdadeira corte de precedentes, em especial com o advento do Código de Processo Civil de 2015 que, apesar de apresentar alguns equívocos quanto ao papel do STF, já inseriu mecanismos que, se devidamente aplicados, passam a reproduzir um verdadeiro sistema de precedentes judiciais no Brasil.

4 A VINCULATIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA

Conforme já exposto, será objeto de análise mais específica no presente trabalho a vinculatividade do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, em face das mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Realizou-se nos capítulos anteriores o estudo dos sistemas judiciários do *civil law* e do *common law*, tratando-se especificamente dos precedentes judiciais e o modo de atuação dos juízes pertencentes a estes sistemas, bem como se abordou a função das cortes supremas, com especial atenção para a eficácia de suas decisões, com a formação de precedentes e o papel do STF dentro desse contexto.

No presente e derradeiro capítulo, à luz de todo o arcabouço teórico já apresentado, será feita a específica e pormenorizada análise da função paradigmática do recurso extraordinário, a qual enseja a vinculação dos demais órgãos do judiciário. Como ponto de partida, expõe-se as concepções da doutrina sobre o instituto da repercussão geral.

4.1 O recurso extraordinário e o instituto da repercussão geral

O julgamento do recurso extraordinário objetiva a guarda da Constituição, evitando ofensas à esta, bem como proferindo a última palavra quanto à sua interpretação. Para tanto, o STF, conforme dito no capítulo anterior, estabeleceu-se como corte de revisão, julgando à causa, aplicando o direito à espécie e substituindo a decisão recorrida.

É, na verdade, “um meio para viabilização de uma adequada interpretação da Constituição”.⁷⁸ Assim, o recurso extraordinário deve vir com a causa constitucional devidamente fundamentada, sendo imprescindível que a questão tenha sido suscitada na decisão recorrida (Súmula 282, STF).⁷⁹

O recurso extraordinário é cabível em casos que contrariem a Constituição, que declarem tratado ou lei federal inconstitucional, julgar válida lei ou ato contestado em face da Constituição, e a última hipótese, que foi incluída apenas com a Emenda Constitucional 45/2004, em caso de decisão que julga válida lei local contestada em face de lei federal.

⁷⁸ MARINONI et al., 2016b, p. 246.

⁷⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496>>. Acesso em: 2 maio 2017.

Em todas as hipóteses acima elencadas é necessário que a parte comprove a existência de repercussão geral da matéria discutida. Assim, o recurso extraordinário funciona em duas fases: a primeira envolve apenas a verificação da repercussão geral, analisando-se o mérito, sem, contudo, emitir decisão acerca deste. Uma vez reconhecida a repercussão geral, julga-se o mérito do recurso extraordinário propriamente dito.⁸⁰

Conforme já referido, o instituto da repercussão geral surgiu com a Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal de 1988, definindo, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a configuração da repercussão geral.⁸¹

Para configuração da repercussão geral, é necessária a existência de questões relevantes no processo, do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que essas questões ultrapassem os interesses subjetivos do processo. “Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro”.⁸²

A repercussão geral funciona como mecanismo de filtragem do acesso às cortes supremas, coadunando-se com o entendimento de que o STF não deve ser visto como outra instância recursal ordinária, mas sim uma instância excepcional somente para casos relevantes para a sociedade como um todo.

No capítulo anterior delineou-se como o STF sofreu uma intensa sobrecarga de processos desde a sua criação, que culminou com o que ficou chamado de “crise do Supremo Tribunal Federal”. Ante a referida crise, assim como na sua criação, o Brasil inspirou-se no direito comparado para criação do instituto da repercussão geral, a qual, embora não tenha solucionado o problema, reduziu consideravelmente a crise numérica de processos. Assim, antes de adentrar na questão, para melhor compreensão, faz-se necessária uma breve análise dos institutos de filtragem recursal das cortes superiores em outros países.

Primeiramente, temos o *writ of certiorari*, no qual, somente os casos pertinentes, de *sufficient public importance*, são julgados pela *Supreme Court*, conferindo a esta ampla discricionariedade na seleção de casos a serem apreciados.⁸³

Além disso, a *Supreme Court* manifesta sua discricionariedade não somente na escolha de quais casos serão examinados, mas também de quais questões, dentro daquele caso, merecem análise de sua parte. Vale dizer que existem parâmetros para aplicação da

⁸⁰ WAMBIER, 2016.

⁸¹ BRASIL, 1988.

⁸² MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 40.

⁸³ MARINONI et al., 2016b.

seleção de casos, ressalvada a discricionariedade da corte. Teresa Arruda Alvim Wambier elencou alguns que considerou mais importantes à análise comparada, são estes:

- (i) decisões dos tribunais inferiores que acarretem sério obstáculo à aplicação efetiva da lei (equivalente à declaração de inconstitucionalidade), conforme se afirmou no caso *United States v. Ruzicka*;
- (ii) decisões dos tribunais inferiores que se insurjam contra uma boa e consolidada interpretação conferida à lei por órgãos públicos ou agências reguladoras (*Albertson's Inc. v. Kirkingburg*);
- (iii) questões novas ou problemáticas que estão postas em inúmeros casos pendentes nos tribunais inferiores, e que recomendem a intervenção da Suprema Corte, com a finalidade de dar soluções rápidas e definitivas, que sirvam de paradigma para os demais casos (*Laining v. United States*; *United States v. Standard Oil Co.*; *United States v. Powell*);
- (iv) questões que envolvam vultosas quantias de dinheiro (*United States v. Mitchell*; *Commissioner v. Standard Life & Accident Ins. Co.*; *United States v. Zazove*; *Alaska v. American Can Co.*);
- (v) questões que tenham muitos interessados diretos, na qualidade de partes processuais (*Patterson v. Lamb*).⁸⁴

Portanto, vê-se que, a *Supreme Court* utiliza um maior número de parâmetros para seleção de casos, contudo, seu poder discricionário permite-lhe manejar a própria carga processual, de forma que tais parâmetros não chegam a atrapalhar sua função de corte de vértice.

A repercussão geral diferencia-se do *writ of certiorari* (sistema de filtragem recursal previsto pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América - EUA) pois possui critérios que, se presentes, obrigam o STF a julgar o recurso extraordinário proposto. Ainda que os critérios mencionados sejam passíveis de certa indeterminação, uma vez configurada a relevância e transcendência, não há poder discricionário para o STF. Este será obrigado a julgar o mérito do recurso extraordinário.⁸⁵

Por outro lado, tem-se o modelo alemão que, após evoluções históricas, passou a reduzir o cabimento do recurso de revisão apenas em casos de “significação fundamental” da causa, para “desenvolver o direito” ou para “assegurar uma jurisprudência uniforme”, revelando grande poder discricionário de seu órgão de cúpula.⁸⁶

Ocorreu na Alemanha uma grande reforma no ano de 2001. Até então, haviam situações que revelavam verdadeiro dever de agir da corte. Deveria atuar pelo critério do valor da causa (então estimada em 60.000 marcos alemães) e em causas que divergissem da sua jurisprudência, além das causas de significação fundamental. Após a reforma, houve a

⁸⁴ WAMBIER, 2016, p. 473.

⁸⁵ MARINONI; MITIDIERO, 2012.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 25.

eliminação das vias que lhe eram impostas, restando aquelas que lhe confere maior poder discricionário, proporcionando maior racionalização do direito alemão.⁸⁷

Tomadas as considerações acima, é possível constatar que a finalidade da criação do instituto da repercussão geral atribuí ao STF maior especialização para que a sua atuação seja voltada para a consecução de unidade ao Direito. Alguns autores, como Rodolfo de Camargo Mancuso, defendem a criação de um instituto que confira discricionariedade ainda maior ao STF, para que, assim como o modelo utilizado nos Estados Unidos, possa manejar a própria carga de trabalho, com amplo poder de seleção dos casos que serão analisados.⁸⁸

A repercussão geral é, pois, instrumento que ajudou a conferir ao recurso extraordinário seu papel paradigmático no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual seus entendimentos devem ser devidamente seguidos. Portanto, analisar-se-á em seguida o tratamento dado pelo CPC/2015 à sistemática dos precedentes vinculantes com as suas respectivas interpretações doutrinárias, de forma a corroborar a característica vinculante do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

4.2 Precedentes vinculantes no CPC/2015

Dá-se início ao presente capítulo com o seguinte questionamento: como identificar quais precedentes são vinculantes, e quais são meramente argumentativos em face do CPC/2015? A doutrina não apresenta resposta única para a questão. Na verdade, a introdução do art. 927 do referido diploma, o qual dispõe que os juízes e os tribunais observarão os “precedentes” ali elencados,⁸⁹ causou diferentes interpretações da doutrina, para entender se realmente houve uma vinculação àqueles precedentes, se seria até mesmo possível a lei processual conferir tal prerrogativa, tendo em vista uma possível matéria reservada à Constituição. Dessa forma, é oportuno discorrer acerca das principais correntes doutrinárias sobre os precedentes judiciais no CPC/2015.

A primeira corrente, é aquela já mencionada no escopo do presente trabalho, a qual é protagonizada por Luiz Guilherme Marinoni e outros autores. Defendem que os precedentes judiciais são sempre vinculantes, e devem ser considerados precedentes, aqueles oficiados pelas cortes supremas, no caso do Brasil, o STF e o STJ. Portanto, defendem que o art. 927 do CPC/2015 é equivocado, devendo ser interpretado apenas como exemplificativo.⁹⁰

⁸⁷ WAMBIER, 2016.

⁸⁸ MANCUSO, 2011.

⁸⁹ BRASIL, 2015.

⁹⁰ MARINONI et al., 2016a.

Ressalta-se que os referidos autores criticam a tendência do CPC/2015 de relacionar os recursos repetitivos como precedentes vinculantes. Na realidade, e esse entendimento se coaduna perfeitamente com o objetivo do presente trabalho, a atuação das cortes supremas para a consecução de unidade ao Direito não pode ser reduzida pela estrutura individual ou coletiva do litígio. Em verdade, o que importa para a vinculação dos entendimentos é a questão constitucional a ser debatida pela corte, seja em demandas de massa ou individuais.⁹¹

Em sentido contrário à referida tese, tem-se o entendimento compartilhado por Fredie Didier Júnior, Humberto Theodoro Júnior, entre outros. Defendem, assim, que os precedentes a serem considerados vinculantes são aqueles presentes no art. 927 do CPC/2015. Nas palavras de Fredie Didier Júnior:

No Brasil, há precedentes com força vinculante - é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC.

[...]

Demais disso, deve-se ter em vista que os precedentes obrigatórios enumerados no art. 927, CPC, devem *vincular in terna e externamente*, sendo impositivos para o tribunal que o produziu e também para os demais órgãos a ele subordinados.⁹²

Ronaldo Cramer, para justificar a aludida corrente, valeu-se da vontade do legislador, que seria exatamente a de instituir, no art. 927, um rol de precedentes vinculantes. A propósito, o próprio autor entende que a instituição dos “precedentes” elencados no art. 927 não deve ser um rol exaustivo. Limita-se a ilustrar seu entendimento com a possibilidade outra norma federal instituir outras espécies de precedentes, como a hipótese da decisão do Supremo quanto à inexistência de repercussão geral (§8º do art. 1.035 prevista no CPC/2015. Tal entendimento se coaduna com a tese aqui defendida e acima corroborada, vez que não rejeita a possibilidade de vinculação de outros precedentes além do art. 927.⁹³

Entretanto, em que pese sejam entendidos como precedentes vinculantes aqueles que assim são determinados por lei federal, não deve significar que somente vinculam os precedentes assim estabelecidos por lei. Deve ser reconhecida a possibilidade vinculação daqueles precedentes que possuam caráter paradigmático, ainda que não expressamente previstos em lei federal, de acordo com a hipótese defendida por Luiz Guilherme Marinoni e os outros autores.⁹⁴

Outra corrente que vale a pena ser destacada é a defendida por Teresa Arruda Alvim Wambier, que argumenta que são vinculantes os precedentes dos quais é cabível a

⁹¹ MARINONI et al., 2016b.

⁹² DIDIER JÚNIOR et al., 2015, p. 456, grifo do autor.

⁹³ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁹⁴ MARINONI et al., op. cit.

reclamação. Seriam, então, propriamente vinculantes os precedentes constantes do art. 988 do diploma processual, que trata das hipóteses de cabimento da reclamação.⁹⁵

Nesse ponto, também é possível notar que a teoria abarca a noção da vinculatividade do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. É que, o inciso II, do §5º do mencionado artigo, acaba por autorizar o ajuizamento da reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Assim aclara Carlos Eduardo Rangel Xavier:

O inciso explicita que a reclamação para afirmar a autoridade de julgamento de recursos extraordinário com repercussão geral (repetitivo ou não) e de recurso especial repetitivo é inadmissível ‘quando não esgotadas as instâncias ordinárias.’ A presença desta expressão no dispositivo (‘quando não esgotadas as instâncias ordinárias’) induz a inexorável conclusão de que a reclamação é possível na hipótese, apenas que não em face de decisão de juiz de primeiro grau. Do contrário, bastaria que a redação do dispositivo encerrasse na expressão ‘repetitivos’. Assim, para aqueles que entendem que somente é possível vinculação a precedentes se houver a possibilidade de ajuizamento de reclamação, os julgamentos de recurso extraordinário e especial repetitivos (e, ainda, o julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, ainda que não repetitivo) são aptos, segundo o novo Código a formar precedentes [...].⁹⁶

Ressalta-se, ainda, que o cabimento de reclamação contra decisão que contraria precedente fixado em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, desde que após o esgotamento das vias ordinárias, também é entendimento defendido por Alexandre Freitas Câmara, aduzindo este último:

No caso específico de reclamação contra decisão que contraria precedente fixado em recurso extraordinário (repetitivo ou não, sendo certo que o texto normativo fala em ‘recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida’, mas sendo a repercussão geral da questão constitucional um requisito de admissibilidade, não há julgamento de mérito em recurso extraordinário sem que se tenha reconhecido a repercussão geral) ou em recurso especial repetitivo, só se admite o emprego desta via processual após o esgotamento das vias ordinárias (art. 988, § 5º, II, na redação da Lei nº 13.256/2016). Em outros termos, caso se profira decisão que contrarie algum desses precedentes, será preciso primeiro exaurir as instâncias ordinárias (com a interposição de todos os recursos aí admissíveis, como a apelação, por exemplo) e, depois, caso mantido o julgado contrário ao padrão decisório, aí sim impetrar-se a reclamação.⁹⁷

Há, ainda, outras correntes importantes a serem analisadas. A tese sustentada por Alexandre Freitas Câmara é que o art. 927, ao simplesmente ressaltar o dever de *observar*, não está vinculando àqueles precedentes nele contidos. Assim, defende a eficácia apenas das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, dos enunciados de súmula vinculante, dos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência e dos acórdãos

⁹⁵ WAMBIER, 2016.

⁹⁶ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais**: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 114.

⁹⁷ CÂMARA, 2017, p. 420.

proferidos no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, incisos I a III).⁹⁸

A vinculação dos precedentes, na visão do autor, existe em decorrência de outras normas que, efetivamente, lhe conferem eficácia vinculante, caso contrário, seriam somente precedentes *persuasivos*. Assim, no caso das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e das súmulas vinculantes, a vinculação se daria em razão da norma constitucional que lhes atribui tal efeito (art. 102, § 2º e art. 103A da Constituição Federal de 1988).⁹⁹

Outrossim, no caso dos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência e no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, a vinculação decorre do próprio CPC/2015, porém, não do art. 927, mas sim do artigo 947, §3º, no primeiro caso, e dos artigos 985 e 987, §2º no caso das demandas repetitivas.

Art. 947, § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

Art. 987, § 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.¹⁰⁰

Por fim, deve ser registrada também a tese compartilhada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery e Cassio Scarpinella Bueno¹⁰¹, que defendem apenas ser possível a vinculação dos precedentes se houver expressa previsão constitucional para tanto. O primeiro autor assim aduz:

O objetivo almejado pelo CPC 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.¹⁰²

Portanto, de acordo com os autores referidos acima, a norma contida no art. 927, se interpretada como forma de conferir vinculação àqueles “precedentes” ali contidos, deve ser considerada inconstitucional, visto que somente a Constituição Federal tem prerrogativa para tanto.

⁹⁸ CÂMARA, 2017.

⁹⁹ BRASIL, 1988.

¹⁰⁰ BRASIL, 2015, não paginado.

¹⁰¹ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: inteiramente estruturado à luz do Novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários do código de processo civil**: Novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1837.

Por fim, reconhecidas as teses acima adotadas, destacamos que, no caso específico do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, há o reconhecimento constitucional da sua finalidade, que é exatamente permitir ao STF que confira unidade ao Direito, bem como tem seu caráter paradigmático também albergado pelo CPC/2015, pelo que deve ser considerado vinculante.

4.3 O recurso extraordinário no CPC/2015

Uma vez analisada a temática dos precedentes vinculantes no CPC/2015, através das principais correntes doutrinárias sobre o assunto, faz-se indispensável elencar as razões pelas quais se tem afirmado, ao longo do presente trabalho, que o CPC/2015 reconhece a função paradigmática do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

Primeiramente, conforme já destacado, o CPC/2015 permitiu o cabimento do instituto da reclamação contra decisão que contraria precedente fixado em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, desde que após o esgotamento das vias ordinárias.

Também deve ser exposta a possibilidade de intervenção por *amicus curiae* na análise da repercussão geral (art. 1.035, §4º do CPC/2015), a fim de tornar mais aberto e plural o juízo a respeito da existência ou não de repercussão geral.¹⁰³ Outrossim, temos a previsão do §4º do art. 979, o qual determina que a instauração e o julgamento da repercussão geral em recurso extraordinário sejam “sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”.¹⁰⁴ Tal previsão vem a permitir que pessoas e entidades de todo o país tomem o devido conhecimento não só do dispositivo, mas dos fundamentos determinantes da decisão.¹⁰⁵

Cabe ressaltar que o art. 979 é inicialmente dirigido ao incidente de resolução de demandas repetitivas. Nesse ponto, Alexandre Freitas Câmara afirma que o referido incidente visa, justamente, estabelecer um padrão decisório a ser empregado, posteriormente, como precedente vinculante, e que daí decorreria a razão do referido artigo.¹⁰⁶ Corroborando a importância da disposição acima, Cassio Scarpinella Bueno:

A providência louvável, até para viabilizar o maior número possível de intervenções para os fins do art. 983 e, conseqüentemente, da discussão mais aprofundada possível da tese a ser fixada, levando em conta todos os seus argumentos, em favor

¹⁰³ MARINONI et al., 2016b.

¹⁰⁴ BRASIL, 2015, não paginado.

¹⁰⁵ CÂMARA, 2017.

¹⁰⁶ Ibid.

ou contra, seu acolhimento, bem assim as consequências de seu acolhimento ou de sua rejeição.¹⁰⁷

Noutro ponto, quanto ao próprio julgamento do recurso extraordinário, ainda que haja desistência da parte, será dado prosseguimento ao julgamento do recurso cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida, nos termos do parágrafo único do artigo 998 do CPC/2015. Tal previsão revela a transcendência ao direito das partes. O objetivo único do julgamento, nesse caso, será de orientação aos casos futuros, fixando uma tese que deve ser não somente observada, mas devidamente seguida posteriormente.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece, ainda, funções aos Tribunais e Juízos locais a fim de objetivarem o procedimento dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida. Com efeito, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido deve negar seguimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral (art. 1.030, inciso I, alínea “b”).¹⁰⁸

Bem assim, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido deve encaminhar para realização de juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral. Nesse último ponto, observa-se que o referido dispositivo certamente reconhece a vinculatividade do recurso extraordinário. Ou seja, acaso o tribunal venha a proferir acórdão que difere do precedente gerado pelo recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, a parte pode, simplesmente, interpor recurso extraordinário, o que resultará, ou na retratação da decisão, ou no encaminhamento ao STF para que este faça valer a força do seu entendimento. Luiz Guilherme Marinoni e os outros autores asseveram:

A rigor, a única hipótese em que está permitida a manutenção do julgado é aquela em que o órgão julgador reconhece e aponta uma distinção entre o precedente e o caso encaminhado. Do contrário, a retratação decorre da necessidade de fidelidade à ordem jurídica (arts. 926 e 927, CPC/2015).¹⁰⁹

Uma vez reconhecida a repercussão geral, será determinada a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. Observa-se que, ao suspender os processos pendentes, não é a intenção do legislador levar à conhecimento do STF várias demandas acerca da mesma controvérsia. Por fim, uma vez reconhecida a repercussão geral, o julgamento tem preferência sobre os demais feitos, devendo ocorrer no prazo de 1 (um) ano.

¹⁰⁷ BUENO, 2015, p. 591.

¹⁰⁸ BRASIL, 2015.

¹⁰⁹ MARINONI et al., 2016b, p. 263.

Todas essas considerações acima levam ao entendimento que o CPC/2015 reconhece a função paradigmática do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Em verdade, o Código de Processo Civil de 2015 deu prioridade aos métodos que, em tese, lidam com a sobrecarga do judiciário, em especial as demandas repetitivas. Isso não quer dizer que a vinculação estaria, de alguma forma, atrelada à ideia da repetitividade.

Entretanto, em sentido contrário, observa-se que os Tribunais de Justiça, por vezes, não reconhecem a força obrigatória do recurso extraordinário. Ainda que haja um devido respeito às decisões proferidas pelo STF, o que se vê, na prática, é que estas são entendidas mais como orientadoras da atuação dos juízes, e não como obrigatórias.

A esse propósito, primeiramente, exemplifica-se o julgado do STF, sobre caso envolvendo a temática dos concursos públicos, mais precisamente o direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados além do número de vagas previstas em edital. Trata-se do Recurso Extraordinário n. 837.311 – Piauí, cujo julgamento tomou a seguinte ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput).

2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.

3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo

concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.

5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.

6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

8. *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado.

9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.¹¹⁰

Sucedendo que, embora a problemática esteja devidamente decidida, com fixação da tese acima explicitada, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA) e o Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (TJAP) resolveram por instaurar Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas tratando da exata tese já trabalhada no âmbito do STF em recurso extraordinário. Veja-se, a propósito, a ementa da decisão que determinou a instauração do referido incidente no TJMA:

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 837311-PI. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 9 de dezembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4634356>>. Acesso em: 10 maio 2017. p. 1-4.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. CANDIDATOS EXCEDENTES EM CONCURSO PARA PROFESSOR DO ESTADO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA OU NÃO DO DIREITO À NOMEAÇÃO.

1. O presente incidente tem por objeto a definição da existência ou não do direito dos candidatos excedentes, em concurso público para professor do Estado, à nomeação em razão da contratação de professores temporários, dentro do prazo de validade do certame, para o mesmo local e disciplina de aprovação dos excedentes.

2. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas admitido. Maioria.¹¹¹

Nesse sentido, vê-se que a tese fixada para ser discutida se encaixa perfeitamente naquela já julgada pelo STF no Recurso Extraordinário n. 837.311, tendo em vista tratar-se de direito subjetivo à nomeação de candidatos excedentes em razão da preferência de candidatos arbitrária e injustificada.

Conforme o Relator, Des. Paulo Sérgio Velten Pereira, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) foi proposto tendo em vista “o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica diante da divergência de entendimento sobre essa questão de direito entre as Câmaras Cíveis Isoladas deste Tribunal”.¹¹²

Portanto, observa-se que o TJMA, mesmo após o julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida pelo STF, tem apresentado divergências nas decisões de suas Câmaras Cíveis, pelo que decidiram por ser necessária a instauração de IRDR, o que denota que não há o devido reconhecimento da obrigatoriedade de observância dos entendimentos do STF nesse sentido.

Noutro ponto, quanto ao IRDR proposto pelo TJAP, este foi devidamente instaurado e julgado, resultando na fixação de tese nos seguintes termos:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À IMEDIATA CONVOCAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1) Independentemente do prazo de validade do concurso, a desistência ou eliminação de candidato melhor classificado, ainda que dentro das vagas previstas no edital, por si só, não tem o condão de convolar em direito subjetivo líquido e certo, a mera expectativa de nomeação do candidato posicionado fora do número de vagas ofertadas inicialmente no referido edital;

2) Procedência do IRDR. Fixação de tese.¹¹³

No caso do TJAP, verificou-se a preocupação com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 837.311, entretanto, tomou-se este como mera orientação. Ocorre que a

¹¹¹ MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 8456-27.2016.8.10.0000 (48.732/2016 - São Luís). Relator: Desembargador Paulo Velten. São Luís, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://jurisconsult.tjma.jus.br/enofwqekgcamxddav_ibhdsn9oceexouceqj2_7mzn47eatqhb6obgeqlredxrpshfv4amx9tr2l22r0ae1j4_hsruf3fydsruv-a,>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹¹² MARANHÃO, 2017, não paginado.

¹¹³ AMAPÁ. Tribunal de Justiça. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0000901-51.2016.8.03.0000. Relator: Desembargador Raimundo Vales. Macapá, 17 de março de 2017. Disponível em: <<http://app.tjap.jus.br/tucujuris/publico/processo/index.xhtml>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 1.

tese restou fixada nos casos de desistência ou eliminação de candidato melhor classificado, que equivale ao surgimento de vagas, conforme tese fixada no STF. Assim, em ambos os casos decidiu-se que, por si só, não configura direito subjetivo do candidato à nomeação. Conforme o entendimento do STF, apenas ocorrerá o direito líquido e certo nos casos acima, se ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração.

Portanto, não há razão para a referida uniformização por parte do TJAP, pelo que bastava ao tribunal que aplicasse o entendimento proferido pelo STF em sede de recurso extraordinário, analisando não somente o dispositivo, mas as razões de decidir utilizadas para a formação da tese jurídica fixada.

Feitas tais ponderações, conclui-se que os casos acima delineados exemplificam a importância existente em se reconhecer a vinculatividade do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Caso o entendimento do STF estivesse sendo corretamente seguido, não existiria razões para a instauração de IRDR, pelo que não existiria divergências de entendimentos dentro dos tribunais.

Por todo o exposto, nota-se que o recurso extraordinário é revestido de caráter vinculante não apenas em decorrência da função do STF enquanto corte de precedentes, mas também pelas prerrogativas que o CPC/2015 lhe impõe. Assim, relevante é o presente trabalho de forma a reforçar a necessidade de observância por parte dos Tribunais de Justiça, dos entendimentos fixados em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo monográfico, procurou-se esclarecer, tomando-se por base o estudo dos precedentes judiciais e das cortes supremas, a necessidade de reconhecimento do poder vinculante do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

Assim, inicialmente, estudou-se a evolução dos sistemas de *civil law* e *common law*, e a utilização dos precedentes para alcançar segurança nas relações jurídicas. Na oportunidade, tratou-se da aplicabilidade dos precedentes judiciais na atualidade, dando-se ênfase à necessidade de correta fundamentação das decisões, de forma a orientar casos futuros. Ainda nesse capítulo inicial, abordou-se a atuação dos juízes no Brasil, identificando, nesse pormenor, o crescimento da utilização de elementos do sistema de precedentes judiciais, bem assim os avanços trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015.

Posteriormente, abordou-se o tema das cortes supremas e suas funções, analisando-se, preliminarmente, a finalidade destas como responsáveis pela última palavra na interpretação do Direito. Nesse contexto, observou-se alguns aspectos específicos do STF e sua evolução enquanto oficiador de precedentes judiciais voltados para unidade do Direito. Outrossim, verificou-se que o Brasil tem passado por uma crise de sobrecarga dos tribunais, em especial do STF, razão pela qual fez-se necessário estabelecer mecanismo de filtragem recursal (repercussão geral no recurso extraordinário), de forma a resguardar sua atuação somente em casos relevantes e que transcendam o direito das partes, orientando os demais órgãos do Poder Judiciário.

Ato contínuo, com base nos institutos descritos, discutiu-se também o entendimento dos doutrinadores acerca dos precedentes vinculantes dentro da sistemática do Código de Processo Civil de 2015. Concluiu-se pela existência de entendimentos antagônicos no que diz respeito à possibilidade vinculação das decisões judiciais e em quais casos esta seria aplicável. Chamou-se atenção para o regramento do Código quanto ao recurso extraordinário e a repercussão geral, revelando o seu caráter paradigmático, que acaba por corroborar a sua vinculação.

Apesar de não existir norma constitucional ou federal que estabeleça expressamente a vinculação do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, restou demonstrado que existem, no Código de Processo Civil de 2015, mecanismos para fazer valer os entendimentos proferidos nos julgamentos deste recurso. Tal entendimento, aliado com a concepção do STF enquanto corte de precedentes, resulta na compreensão da

força obrigatória dos entendimentos firmados em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

Por fim, diante de todas as retenções teóricas proporcionadas pelo estudo aqui proposto, conclui-se pela vinculatividade do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

O presente trabalho não buscou esgotar o tema proposto, vez que, diante da complexidade deste, não seria possível. Em verdade, tem mais a pretensão de promover a reflexão do que dar uma resposta, realizando uma crítica aos critérios e fundamentos principiológicos com os quais se vem procurando equacionar a questão.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ. Tribunal de Justiça. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0000901-51.2016.8.03.0000. Relator: Desembargador Raimundo Vales. Macapá, 17 de março de 2017. Disponível em: <<http://app.tjap.jus.br/tucujuris/publico/processo/index.xhtml>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 de dezembro de 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 837311-PI. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 9 de dezembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4634356>>. Acesso em: 10 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496>>. Acesso em: 2 maio 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: inteiramente estruturado à luz do Novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <http://sta.pro.br/livros/22%20-%20C3%82MARA_Alexandre_Freitas_O_Novo_Processo_Civil_Brasileiro_2017.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2017.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados**. Vitória, 2015. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 8456-27.2016.8.10.0000 (48.732/2016 - São Luís). Relator: Desembargador Paulo Velten. São Luís, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://jurisconsult.tjma.jus.br/enofwqekgcamxddav_ibhdsn9oceexoucej2_7mzn47eatqhg6obgeqlredxrpshfv4amx9tr2l22r0ae1j4_hsruf3fydsruv-a,>. Acesso em: 10 jun. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. (Coords.). **Comentários ao código de processo civil**: artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. v. 15.

_____. (Coords.). **Comentários ao código de processo civil**: artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b. v. 16.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 15.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários do código de processo civil**: Novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito: civil law e common law. **Revista jurídica: Doutrina, Legislação, Jurisprudência**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais**: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ANEXOS

**ANEXO 7.1 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Nº 8456-27.2016.8.10.0000
(48.732/2016 - SÃO LUÍS) - TJMA**



**TRIBUNAL PLENO
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS
nº 8456-27.2016.8.10.0000 (48.732/2016 - São Luís)**

Suscitante : Desembargador Paulo Sérgio VELTEN PEREIRA
 Apelante : Raimunda Mychelle Nunes de Sousa
 Advogados : Dr. Kally Eduardo Correia Lima Nunes (OAB MA 9.821) e
 outros
 Apelado : Estado do Maranhão
 Procurador : Dr. Raimundo Henrique N. Soares
 Acórdão nº : _____

EMENTA - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. CANDIDATOS EXCEDENTES EM CONCURSO PARA PROFESSOR DO ESTADO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA OU NÃO DO DIREITO À NOMEAÇÃO. 1. O presente incidente tem por objeto a definição da existência ou não do direito dos candidatos excedentes, em concurso público para professor do Estado, à nomeação em razão da contratação de professores temporários, dentro do prazo de validade do certame, para o mesmo local e disciplina de aprovação dos excedentes. 2. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas admitido. Maioria.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Senhores Desembargadores do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por votação majoritária, em admitir o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento, além do Relator, os Senhores Desembargadores José de Ribamar Castro, João Santana de Sousa, Marcelino Chaves Everton, Vicente de Paula Gomes de Castro, José Luiz Oliveira de Almeida, José de Ribamar Fróz Sobrinho, José Bernardo Silva Rodrigues, Raimundo Nonato Magalhães Melo, José Jorge Figueiredo dos Anjos, Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, Cleonice Silva Freire, Jamil de Miranda Gedeon Neto, Marcelo Carvalho Silva, Tyrone José Silva, Angela Maria Moraes Salazar, Ricardo Tadeu Bugarin Dualibe e Nelma Sarney Costa.

São Luís (MA), 14 de dezembro de 2016

Desemb. Paulo Sérgio VELTEN PEREIRA
Relator

RELATÓRIO - Desemb. Paulo Sérgio VELTEN PEREIRA (relator): Trata-se de pedido de instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, vinculado à Apelação Cível 37.217/2016, visando à formação de tese jurídica pelo Pleno deste Tribunal de Justiça acerca da existência ou não do direito dos candidatos excedentes, em concurso público para professor do Estado, à nomeação em razão da contratação de professores temporários, dentro do prazo de validade do certame, para o mesmo local e disciplina de aprovação dos excedentes.

O pedido de instauração foi dirigido, por meio do Ofício 75/2016, à Presidência deste Tribunal - GDPSVP (fls. 3/8), que determinou a sua distribuição (fl. 3).

É o relatório.

VOTO - Desemb. Paulo Sérgio VELTEN PEREIRA (relator): Os requisitos do art. 976 do CPC/2015 estão presentes na hipótese, na medida em que é fato público e notório entre todos os Desembargadores a efetiva multiplicação de demandas tratando da questão referente à existência ou não de direito dos candidatos excedentes, em concurso público para professor do Estado, à nomeação em razão da contratação de professores temporários, dentro do prazo de validade do certame, para o mesmo local e disciplina de aprovação dos excedentes.

Também há risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica diante da divergência de entendimento sobre essa questão de direito entre as Câmaras Cíveis Isoladas deste Tribunal.

As Primeira, Segunda, Quarta e Quinta Câmaras Isoladas têm reconhecido, nem sempre por decisão unânime, o direito aos candidatos excedentes cuja posição foi atingida pela contratação de professores temporários. *Ad litteram*, os excertos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA NO CERTAME FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONCESSÃO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CPC. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. I. Como é cediço, a aprovação em concurso público não implica em direito à nomeação aos candidatos aprovados e classificados fora das vagas ofertadas no certame, havendo apenas expectativa de direito, que se convola em direito subjetivo se houver



preterição na ordem classificatória do concurso ou contratação a título precário, dentro do prazo de sua validade. II - Contudo, não basta a simples contratação temporária ou precária, é imprescindível que elas alcancem a respectiva classificação do postulante - situação que a agravada logrou êxito em comprovar. III - Portanto, deve ser mantida a decisão agravada que, em sede de antecipação de tutela, determinou a nomeação da agravada para o cargo em que logrou aprovação no concurso público, eis que o número de contratações temporárias realizadas pelo ente público estadual alcançaram a sua classificação. IV - Recurso conhecido e improvido (AI 28.460/2015, Primeira Câmara Cível, Rel.ª Desemb.ª Angela Salazar, DJ 31/8/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE PROFESSORES DA REDE ESTADUAL. ATIVIDADE PERMANENTE. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DOS EXCEDENTES. PRECEDENTES DO STF, STJ E TJMA. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. I. A aprovação em concurso público, fora da quantidade de vagas, não gera direito à nomeação, mas apenas mera expectativa que se convola em direito subjetivo, a partir do momento em que, dentro de prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição daqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. II. A contratação temporária por meio do edital nº 003/2009 da SEDUC, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual promovera concurso público nº 001/2009, configura ato administrativo evadido de desvio de finalidade, caracterizando verdadeira burla à exigência do art. 37, II da CF/88 e ao art. 2º da Lei Estadual nº 6.915/97. Precedentes do STF, STJ e TJMA. III. Agravo regimental improvido. (AgRg 46.262/2014, Segunda Câmara Cível, Rel. Desemb. Vicente de Castro, DJ 20/2/2015)

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSOR. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS APROVADOS COMO EXCEDENTES. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAS PARA EXERCER AS MESMAS FUNÇÕES. BURLA A REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. I. Candidatos excedentes terão direito subjetivo à nomeação desde que haja contratados temporariamente para exercer as mesmas funções, em flagrante preterição daqueles habilitados, ainda que fora do número de vagas previstas inicialmente no edital do torneio. II. Esse direito limita-se exatamente ao número de vagas daqueles que são contratados temporariamente, pois esse fato é que evidencia a necessidade de pessoal, bem como traz a presunção de existência de disponibilidade orçamentária. III. Configura burla a realização de concurso público, desrespeitando a regra do art. 37, inciso II, da CF/88, quando o Poder Público passa a efetivar reiteradas contratações temporárias de professores sob o argumento de que há necessidade excepcional, tendo como argumento a regra inserida no art. 2º, inciso VII da Lei Estadual nº 6.915/97. IV. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (ApCiv 15.623/2014, Quarta Câmara Cível, Rel. Desemb. José Jorge, DJ 20/4/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES ENQUANTO VIGENTE CERTAME COM CANDIDATOS APROVADOS. ATIVIDADE PERMANENTE. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DO EXCEDENTE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSO PROVIDO. I- A aprovação em concurso público, fora da quantidade de vagas, não gera direito à nomeação, mas apenas mera expectativa que convola-se em direito subjetivo, a partir do momento em que, dentro de prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição daqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Precedentes STF e STJ. II- A contratação temporária através do edital 001/2009 da SEDUC, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual promovera concurso público 01/2009, configura ato administrativo evadido de desvio de finalidade caracterizando verdadeira burla à exigência do art. 37, II da CF e ao art. 2º da Lei Estadual 6.915/97. III- Recurso Provido (ApCiv 35.458/2014, Quinta Câmara Cível, Rel. Desemb. Raimundo Barros, DJ 3/3/2015)

No entanto, a Terceira Câmara Cível tem se posicionado de modo contrário, entendendo que a simples contratação temporária não caracteriza preterição, sendo indispensável a demonstração da existência de cargo de provimento efetivo vago. Transcrevo os excertos, *verbis*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO EXCEDENTE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. PRETERIÇÃO INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CARGO PÚBLICO. FUNÇÃO PÚBLICA E CARGO PÚBLICO. NÃO SINÔNIMOS. PROVIMENTO. I - Não logrando a apelante êxito em classificar-se dentro do número de vagas (apesar de excedente), não faz jus à nomeação, uma vez que os aprovados em vagas remanescentes, i.e., além daquelas previstas para o cargo, possuem, apenas, mera expectativa de direito, diferentemente dos que obtiveram aprovação no limite do número de vagas definido no Edital do concurso - que terão direito subjetivo à nomeação. Precedentes do STJ. II - não é a simples contratação temporária de terceiros no prazo de validade do certame que gera direito subjetivo ao candidato aprovado à nomeação. Impõe-se a comprovação de tais contratações, não obstante existirem cargos de provimento efetivo a serem providos. Ademais, se a Administração preencheu as vagas destinadas aos cargos de provimento efetivo de acordo com a ordem classificatória do concurso público vigente e, além disso, contratou terceiros de forma temporária, para o exercício de função pública, presume-se que há excepcional interesse público a demandar essa conduta, razão por que não se pode entender tenha atuado de forma ilegal ou mediante abuso de poder; III - nas hipóteses de contratação temporária, o agente público exerce atribuições públicas como mero prestador de serviço, sem que para tanto precise ocupar um local na estrutura da Administração Pública (leia-se: cargo público); IV - apelação provida. (ApCiv 59.936/2014, Terceira Câmara Cível, Rel. Desemb. Cleones Cunha, DJ 17/8/2015).

DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. APROVAÇÃO DE CANDIDATO COMO EXCEDENTE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. NOMEAÇÃO. MERA EXPECTATIVA. SENTENÇA REFORMADA. I. A aprovação em concurso público fora da quantidade de vagas prevista em edital não gera direito à nomeação, mas mera



expectativa de direito. 2. **A contratação temporária, por si só, não implica em provimento de um cargo público, mas tão somente o exercício de uma função pública, não se podendo determinar a nomeação para um cargo público não existente.** 3. Apelo conhecido e improvido (ApCiv 59.777/2014, Terceira Câmara Cível, Rel. Desemb. Jamil Gedeon, DJ 24/3/2015).

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PROFESSOR FORA DO NÚMERO DE VAGAS. EXCEDENTE, MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. REALIZAÇÃO DE PROCESSO SELETIVO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE TERCEIROS. AUSENTE A ILEGALIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO A NOMEAÇÃO NÃO DEMONSTRADO. 1. A aprovação em concurso público, FORA da quantidade de vagas prevista em edital, não gera direito à nomeação, mas mera expectativa de direito. 2. As contratações temporárias não indicam preterição quanto aos candidatos aprovados FORA das vagas disponíveis, uma vez que, sendo legalmente previstas, servem tão somente para suprir excepcional interesse público. 3. O reconhecimento de ilegalidade na atuação administrativa impõe não apenas a contratação temporária de terceiros no prazo de validade do concurso, como ainda a comprovação de que as contratações ocorreram mesmo com a existência de cargos de provimento efetivo desocupados (Precedentes do STJ). 4. **A contratação temporária não implica em provimento de um cargo público, mas tão somente o exercício de uma função pública. Assim, não pode ser determinada a nomeação para um cargo público, que não se demonstrou existir e estar vago.** 5. Ausente a comprovação de qualquer ilegalidade ou abusividade na atuação da autoridade que esteja a ferir direito líquido e certo do candidato/apelante. 6. Recurso desprovido. (ApCiv 22.989/2016, Terceira Câmara Cível, Rel. Desemb. Lourival De Jesus Serejo Sousa, DJ 25/08/2016).

Como se vê dos julgados, a controvérsia basicamente gira em torno da necessidade ou não da existência de cargo vago de provimento efetivo para a convalidação da mera expectativa de candidato excedente em direito subjetivo à nomeação.

Para os julgadores que reconhecem o direito à nomeação, não se faz necessária a comprovação da existência de cargo vago, tendo em vista que, diante da vedação do art. 2º VII da Lei Estadual 6.915/97, é ilegal a contratação temporária de professores, para o mesmo cargo e disciplina, enquanto existam candidatos aprovados em concurso público válido.

Por outro lado, os magistrados que julgam improcedentes os pedidos de nomeação entendem ser indispensável que a contratação temporária ocorra quando existam cargos vagos de provimento efetivo, uma vez que a admissão temporária *per se*, em razão de se destinar ao desempenho de função pública e não à ocupação de cargo dentro da estrutura administrativa, é insuficiente para convocar a mera expectativa de candidato excedente em direito subjetivo à nomeação.

São essencialmente estas duas teses antagônicas que serão analisadas a fim de solucionar a controvérsia acerca da existência ou não de preterição de candidatos excedentes, em concurso público para professor do Estado, a partir da contratação de professores temporários, dentro do prazo de validade do certame, para o mesmo local e disciplina de aprovação dos excedentes.

A consagração de teses divergentes no âmbito do mesmo tribunal gera problemas de difícil solução, dependendo a sorte dos jurisdicionados da âlea intrínseca da distribuição entre as Câmaras Cíveis Isoladas, gerando imprevisibilidade tanto para os destinatários da atividade jurisdicional como para o 1º grau de jurisdição, que se desaponta, sem ter um norte a seguir.

Ressalte-se que o Novo Código de Processo Civil no art. 926 impôs aos tribunais o dever de *"uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente"*, exigindo que os tribunais velem pela coerência interna de seus pronunciamentos, como forma de concretização dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade (que no processo civil é sempre lembrado a partir da máxima *"treat like cases alike"*). Segundo José Miguel Garcia Medina, pretende-se estabelecer um *sistema precedentalista*, em que se produzam julgados modelares, que sirvam de referência e gerem a confiança nos cidadãos (*in: Direito Processual Civil Moderno*, São Paulo: RT, 2015, p. 1113).

Humberto Theodoro Júnior observa que *"é dessa forma que a contribuição normativa da jurisprudência - harmonizando os enunciados abstratos da lei com as contingências dos quadros fáticos sobre os quais tem de incidir -, será realmente útil para o aprimoramento da aplicação do direito positivo, em clima de garantia do respeito aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia. Até mesmo a garantia de um processo de duração razoável e orientado pela maior celeridade na obtenção da solução do litígio (CF, art. 5º, LXXVIII) resta favorecida quando a firmeza dos precedentes jurisprudenciais permite às partes antever, de plano, o destino certo e previsível da causa"* (THEODORO JUNIOR, Humberto. Regime das Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil. *in*: DIDIER JUNIO, Fredie *et. al.* (org.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 422/432).

Portando, a presente iniciativa se justifica em face dos novos tempos do modelo constitucional de processo civil, que não mais tolera, por ser incompatível com o Estado Democrático de Direito, a desarmonia na jurisprudência, manifestada pela diversidade de orientações adotadas em idênticas questões de direito.

Ante o exposto, admito o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, nos termos da fundamentação *supra*.

É como voto.

Sala das Sessões do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em 14 de dezembro de 2016.

Desemb. Paulo Sérgio VELTEN PEREIRA
Relator

ANEXO 7.2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Nº 0000901-51.2016.8.03.0000 - TJAP



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ
GABINETE DES. RAIMUNDO NONATO FONSECA VALES

Nº do processo: 0000901-51.2016.8.03.0000
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS CÍVEL

Parte Autora: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ
Parte Ré: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ
Terceiro Interessado: BANCO DO BRASIL S/A, RACHEL DA SILVA COSTA, ROSIANE BALIEIRO DA SILVA, SOLANGE SACRAMENTO COSTA

Advogado(a): FERNANDO DA SILVA JANSEN - 3269AP, JONAS DIEGO NASCIMENTO SOUSA - 16795PA, NEILE MONTENEGRO DE ALBUQUERQUE - 31855CE, SAYMON FRANKLLIN MAZZARO - 42141PR
Litiscorrente passivo: ESTADO DO AMAPÁ

Procurador(a) de Estado: PEDRO MONTEIRO DÓRIA - 1845BAP

Interessado: ROBENILDO BORGES DA SILVA

Advogado(a): FABIOLA SOUSA BORDALO - 907AP

Relator: Desembargador RAIMUNDO VALES

EMENTA

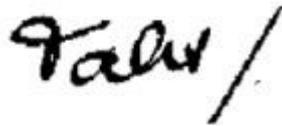
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À IMEDIATA CONVOCAÇÃO. INEXISTÊNCIA. 1) Independentemente do prazo de validade do concurso, a desistência ou eliminação de candidato melhor classificado, ainda que dentro das vagas previstas no edital, por si só, não tem o condão de convolar em direito subjetivo líquido e certo, a mera expectativa de nomeação do candidato posicionado fora do número de vagas ofertadas inicialmente no referido edital; 2) Procedência do IRDR. Fixação de tese.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, o **PLENO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ**, à unanimidade, acolheu o Incidente e fixou a tese, nos termos dos votos proferidos.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores SUELI PINI [Presidente], RAIMUNDO VALES [Relator], AGOSTINO SILVÉRIO [1º Vogal], CARLOS TORK [2º Vogal], STELLA RAMOS [3º Vogal], MANOEL BRITO [4º Vogal], GILBERTO PINHEIRO [5º Vogal] e CARMO ANTÔNIO [6º Vogal].

Macapá, 22 de fevereiro de 2017.



Desembargador RAIMUNDO VALES

Relator

RELATÓRIO

1. **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ**, por um de seus Procuradores de Justiça, em face do **Mandado de Segurança nº 0000626-05.2016.8.03.0000**, em trâmite perante este Tribunal, suscitou a instauração de **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas [IRDR]**, nos termos dos arts. 976 a 987 do NCPC.

2. O Pleno desta Corte, por meio do acórdão publicado em 06 de setembro de 2016, admitiu o aludido Incidente, cujo tema versa sobre a existência ou não de direito líquido e certo de candidato, fora do número de vagas inicialmente indicadas no edital de abertura, à imediata convocação para as próximas fases de concurso público quando o candidato que estava à sua frente, após ser convocado, foi eliminado ou desistiu.

3. No mesmo acórdão, nos termos do art. 982, I, do NCPC, foi determinada a suspensão todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tratassem sobre a matéria, excepcionando-se as causas com trânsito em julgado.

4. Foram então expedidos ofícios para a Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Amapá, Presidente da Assembleia Legislativa do Amapá, Prefeito de Macapá, Governador do Estado do Amapá, Secretária de Estado da Administração do Amapá, Procurador Geral do Município de Macapá, Procurador Geral do Estado do Amapá, Defensor Público Geral do Estado do Amapá, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Amapá e Procurador-Geral de Justiça do

Estado do Amapá dando ciência da admissão do presente IRDR [Mov. de Ordem nº 47].

5. O representante do Ministério Público deste grau foi devidamente intimado para se manifestar sobre o Acórdão de fls. 89/98, conforme prevê o do art. 982, III, do NCPC [fl. 100 - Procurador Jayme Henrique].

6. Considerando que a tese firmada neste Incidente resultaria na imposição de decisão com indiscutibilidade *erga omnes*, com o intuito de resguardar o contraditório, foi proporcionada ampla publicidade à matéria suscitada para que partes, pessoas, órgãos ou entidades pudessem requerer a juntada de documentos e a realização de diligências. Diante disso, pessoas que tiveram seus processos suspensos e o Banco do Brasil apresentaram suas manifestações a respeito do tema.

7. **Solange Sacramento**, impetrante do MS nº 0001470-52.2016.8.03.0000, em sua manifestação às fls. 120/141, defende a existência de direito líquido e certo à nomeação imediata de candidatos aprovados em classificação posterior ao número de vagas ofertadas em edital, em decorrência da desistência ou eliminação de candidato anteriormente aprovado.

8. Em sua manifestação de fls. 165/167, **Rosiane Balieiro**, impetrante do MS de nº 0001530-25.2016.8.03.0000, alega que, no caso de desistência ou eliminação de candidatos convocados, a expectativa de direito à nomeação dos candidatos subsequentes se convola em direito subjetivo.

9. **Rachel da Silva**, impetrante do MS nº 0001234-03.2016.8.03.0000, aduz, em suma, sobre a existência de direito líquido e certo à imediata convocação. [fls. 189/191].

10. O **Banco do Brasil** alega, preliminarmente, que a decisão proferida no presente incidente não poderá ser utilizada em casos envolvendo sociedades de economia mista, pois nessas hipóteses a competência é da justiça federal. No mérito, defende que na situação em apreço não há direito líquido e certo à nomeação.

11. Em observância à parte final do art. 983 do NCPC, o **Ministério Público** apresentou manifestação às fls. 193/200, pugnando pela fixação da seguinte tese:

“O candidato aprovado em concurso público além do número de vagas ofertadas no edital, tem direito subjetivo à convocação/nomeação, até o final do prazo de validade do certame, quando sua classificação for alcançada em função da eliminação ou desistência de candidatos anteriormente convocados”.

12. Concluídas as diligências necessárias para instrução deste Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, proferi o despacho de fl. 253, devidamente publicado no DJE nº 000215/2016, em 25 de novembro de 2016, solicitando dia para julgamento, conforme prevê o art. 983,§2º, do NCPC.

VOTOS

ADMISSIBILIDADE

13. O Senhor Desembargador RAIMUNDO VALES [Relator] - Os pressupostos de admissibilidade foram devidamente constatados pelo acórdão proferido no dia 06 de setembro de 2016.

14. O Senhor Desembargador AGOSTINO SILVÉRIO [1º Vogal] - Conheço.

15. O Senhor Desembargador CARLOS TORK [2º Vogal] - Conheço.

16. A Senhora Desembargadora STELLA RAMOS [3º Vogal] - Também conheço.

17. O Senhor Desembargador MANOEL BRITO [4º Vogal] - Eu conheço.

18. O Senhor Desembargador GILBERTO PINHEIRO [5º Vogal] - Conheço.

19. O Senhor Desembargador CARMO ANTÔNIO [6º Vogal] - Conheço.

MÉRITO

20. O Senhor Desembargador RAIMUNDO VALES [Relator] - Preliminarmente, o Banco do Brasil sustenta que a tese fixada neste incidente não poderá ser aplicada aos casos em que seja parte, uma vez que, por se tratar de sociedade de economia mista, a competência para julgar questões envolvendo

concurso público seria da Justiça Federal.

21. Logo adiante que a matéria ventilada não pode ser objeto de apreciação nesta oportunidade. Isso porque o incidente em julgamento tem como escopo somente a fixação de tese jurídica sobre o tema em apreço, cabendo ao julgador, na análise de cada caso concreto, aplicá-la ou não.

22. Além disso, caso a competência seja realmente da Justiça Federal, o Banco do Brasil não será alcançado pelo entendimento firmado neste julgamento, tendo em vista que possuirá força vinculante apenas nos processos da área de jurisdição desta **Corte**, conforme regra, do NCPC, *in verbis*:

“Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:
I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;
II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.”

23. Assim, incabível o acolhimento da preliminar arguida.

24. Passo então ao julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas [IRDR], cujo tema envolve questão de suma importância para sociedade amapaense, porquanto versa sobre o relevante instrumento constitucional do concurso público [art. 37, II, da CF].

25. Cinge-se a controvérsia em saber se a simples desistência ou eliminação do candidato convocado transfere automaticamente o direito à

nomeação para o candidato subsequente, classificado fora do número de vagas previsto em edital, e, caso transfira, se essa nomeação deve ocorrer de forma imediata ou até o prazo de validade do concurso.

26. De início, é importante se fazer um breve apanhado das recentes decisões a respeito da questão sob julgamento. No ano de 2015, o **Superior Tribunal de Justiça** possuía entendimento pacífico a respeito da existência de direito líquido e certo, vejamos:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS QUE SE ENCONTRAVAM MELHOR CLASSIFICADOS. SURGIMENTO DO DIREITO À NOMEAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. 1. O Tribunal *a quo* decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido de que a desistência ou desclassificação de candidato gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação. Incidência da Súmula 83/STJ. Precedentes: MS 19218/DF, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Relator p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 21/06/2013; AgRg no REsp 1417528/SE, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/04/2014; AgRg no RMS 30.776/RO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 11/10/2013. 2. Agravo regimental não provido” [AgRg no AREsp 564329/SC - Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES - PRIMEIRA TURMA - DJe 30/03/2015].

27. O referido entendimento era seguido por esta **Corte de Justiça**, a qual possuía divergência interna tão somente quanto ao momento de convocação, motivo que deu origem ao IRDR em análise. Nesse sentido, temos os seguintes julgados colacionados no juízo de admissibilidade:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE

VAGAS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS APROVADOS. VAGAS REMANESCENTES. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. CONVOCAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.

1) O candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital do concurso público tem direito subjetivo à nomeação. 2) A ausência de candidatos chamados pela Administração, ainda que alterado o quantitativo de vagas, não confere ao candidato aprovado fora do número de vagas ofertadas direito líquido e certo para ocupar lugares remanescentes. 3) Cabe à Administração, dentro da conveniência e oportunidade, fazer o chamamento de candidatos para substituir os faltosos, segundo a ordem de classificação geral, durante o prazo de validade do certame, que, in casu, foi prorrogado por mais dois anos. 4) Segurança denegada” [MS nº 0001306-58.2014.8.03.0000 - Rel. Des. STELLA SIMONNE RAMOS - TRIBUNAL PLENO - DJE 26/12/2014].

“[...] Posto isto, e por tudo o mais que dos autos consta, concedo em definitivo a segurança determinando que a autoridade nomeada coatora convoque o impetrante para se submeter às fases documental e de exames médicos. Logrando aprovação nas etapas anteriores e preenchidos os demais requisitos, seja nomeado e empossado no cargo de Motorista de Veículo de Urgência/Terrestre do Município de Macapá [...]” [MS nº 0000751-07.2015.8.03.0000- Rel. Des. GILBERTO PINHEIRO - TRIBUNAL PLENO - DJE 18/01/2016].

“[...] Com esses fundamentos, confirmando a liminar concedida, concedo parcialmente a segurança para determinar à autoridade impetrada que convoque a impetrante para submeter-se às demais fases do concurso público visando o provimento de vagas do cargo de psicólogo clínico, com lotação no Município de Macapá, e, caso aprovada, a conseguinte nomeação e posse no cargo público, observando-se a ordem classificatória do certame, segundo exposto anteriormente. [...]” [MS nº 0000631-27.2016.8.03.0000 - Rel. Des. CARMO ANTÔNIO - TRIBUNAL PLENO - DJE 24/06/2016].

28. Ocorre que, em 09 de dezembro de 2015, o **Supremo Tribunal Federal**, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 837.311, dotado de

Repercussão Geral, fixou a seguinte tese relativa às situações que faz exsurgir o direito à nomeação:

“[...] 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais:

- i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099);
- ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF);
- iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. [...]”

29. Diante do entendimento firmado pela Suprema Corte, embora não tenha analisado exatamente a questão que se encontra em julgamento neste incidente, constatei que o **Superior Tribunal de Justiça**, utilizando-se do referido julgado, passou a adotar um novo posicionamento sobre o tema, nos seguintes termos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MELHOR CLASSIFICADO. TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA DO DIREITO DE NOMEAÇÃO A CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS

PREVISTO NO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. - A decisão agravada espelha, com fidelidade, o atual entendimento jurisprudencial desta Corte, no sentido de que, "... para os candidatos aprovados fora do número de vagas, há mera expectativa de direito" (RMS 48.015/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 23/09/2015). 2. - "O direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima"(STF, RE 837.311-RG /PI, com repercussão geral reconhecida). 3. - A desistência de candidato melhor classificado, só por si, não transfere automaticamente o direito de nomeação para aqueles posicionados para além das vagas oferecidas no instrumento convocatório, além do que, no caso concreto, o candidato impetrante nem mesmo imputa à autoridade coatora qualquer conduta arbitrária ou imotivada capaz de evidenciar sua preterição. 4. - Agravo regimental não provido." [AgRg no RMS 46249 PA 2012/0262204-0 - Ministro SÉRGIO KUKINA- PRIMEIRA TURMA - DJe 22/04/2016].

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MELHOR CLASSIFICADO. TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA DO DIREITO DE NOMEAÇÃO A CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE.[...]3. O direito à nomeação para titularizar cargo público não é transmissível a terceiros. Pela mesma razão, a **desistência** de candidato melhor classificado não transfere esse direito aos demais concorrentes, com o que se preserva o poder discricionário da Administração Pública, a quem cabe avaliar a conveniência e melhor oportunidade de prover seus quadros, considerando critérios, em princípio, imunes à revisão judicial. Precedente. 4. Agravo interno não provido." [AgInt no RMS 48056/RJ - Min. SÉRGIO KUKINA - PRIMEIRA TURMA - DJe 02/02/2017].

30. Ademais, cumpre salientar que a recente orientação adotada

pela 1ª Turma está sendo seguida fielmente pela 2ª Turma **[Recurso em Mandado de Segurança nº 50304/DF - Min. HERMAN BENJAMIN - julgado em 05/05/2016]**.

31. Corolário disso, perfilhando-me ao novo entendimento do STJ, entendo que a simples desistência ou eliminação de candidato melhor classificado, por si só, não é capaz de transformar a mera expectativa de direito do candidato, posicionado fora das vagas ofertadas em edital, em direito subjetivo à nomeação.

32. Isso porque se demonstra imprescindível a preservação do poder discricionário da Administração Pública, consistente na prerrogativa do administrador, conforme juízo de conveniência e oportunidade, realizar ou não a convocação para preenchimento da vaga.

33. É cediço que, em certas situações, a discricionariedade da administração pública será reduzida a zero, tal como estipulou o STF no RE nº 837.311. No entanto, a hipótese em análise não se enquadra no rol fixado pela Suprema Corte, pois cabe ao candidato, que pretende garantir seu direito à nomeação, comprovar além da desistência, a ocorrência de preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.

34. Portanto, não havendo arbitrariedade na decisão do administrador que optou por não preencher as vagas decorrentes de desistência ou eliminação, não há como se questionar o mérito administrativo dessa escolha, que além de não ferir a lei, está dentre as prerrogativas da Administração Pública na organização de seu pessoal, não cabendo ao poder judiciário intervir nessas

situações, sob risco de afronta à separação de poderes.

35. Nesta oportunidade, gostaria de salientar que reconheço todo o esforço depreendido pelos que buscam entrar no serviço público, até mesmo pelo fato de que nutri esse sonho outrora e sei muito bem sobre a ansiedade em ser nomeado. Todavia, na condição de julgador é de suma importância observar os princípios legais da separação de poderes e supremacia do interesse público.

36. E não se trata apenas de estrito cumprimento dos referidos princípios, mas também sobre não ignorar a delicada situação financeira que o nosso Estado está passando, em que presenciamos o parcelamento de salários, atraso de terceirizados e outros fatos que demonstram a dificuldade da máquina pública em se manter, de modo que não cabe ao judiciário impor convocações em situações que estão ausentes o direito líquido e certo à convocação.

37. Por fim, após o julgamento do presente incidente, a tese jurídica firmada deve ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição deste tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do Estado, nos termos do art. 985, I, do NCPC.

38. Quanto aos processos em trâmite neste grau de jurisdição, é de suma importância registrar que incumbirá aos relatores, mediante decisão monocrática, negar provimento aos recursos que se encontrarem em sentido contrário ao entendimento fixado neste IRDR, conforme regra inserta no art. 932,

IV, "c", do NCPC.

39. **Pelo exposto**, acolho o incidente proposto com a fixação da seguinte tese: **"Independentemente do prazo de validade do concurso, a desistência ou eliminação de candidato melhor classificado, ainda que dentro das vagas previstas no edital, por si só, não tem o condão de convolar em direito subjetivo líquido e certo, a mera expectativa de nomeação do candidato posicionado fora do número de vagas ofertadas inicialmente no referido edital"**.

40. **O Senhor Desembargador AGOSTINO SILVÉRIO [1º Vogal]** - Acompanhamento.

41. **O Senhor Desembargador CARLOS TORK [2º Vogal]** - Acompanhamento.

42. **A Senhora Desembargadora STELLA RAMOS [3º Vogal]** - Eu acompanhamento.

43. **O Senhor Desembargador MANOEL BRITO [4º Vogal]** - Acompanhamento.

44. **O Senhor Desembargador GILBERTO PINHEIRO [5º Vogal]** - Acompanhamento.

45. **O Senhor Desembargador CARMO ANTÔNIO [6º Vogal]** - Acompanhamento.

DECISÃO

“O Pleno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, à unanimidade, acolheu o Incidente e fixou a tese, nos termos dos votos proferidos”.