



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A força vinculante dos precedentes no novo Código de Processo Civil

Frederico Muniz Ferreira

Rio de Janeiro

2016

FREDERICO MUNIZ FERREIRA

A força vinculante dos precedentes no novo Código de Processo Civil

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Orientador: Ubirajara da Fonseca Neto.

Rio de Janeiro

2016

A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Frederico Muniz Ferreira

Graduado pelo Centro Universitário Lasalle. Advogado. Pós-graduando pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO em Direito Processual Civil. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ em Direito Processual Civil.

Resumo: Objetiva-se, por intermédio do presente trabalho, contextualizar, de forma abrangente, a sistemática adotada pelo novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), no que se refere a aplicação dos precedentes judiciais, expondo as técnicas de superação e de confronto dos precedentes. Em que pese o Brasil possuir um sistema jurídico primordialmente baseado na *Civil law*, é possível constatar que os precedentes judiciais vêm sendo gradualmente adotados pelo ordenamento jurídico com o fito de viabilizar maior segurança jurídica aos jurisdicionados e celeridade ao trâmite processual. O sistema do *Common law* também vem sofrendo modificações, estreitando suas relações com o *stare decisis* e se aproximando cada vez mais do ordenamento jurídico pátrio. A análise do novo Código de Processo Civil revela a intenção do legislador de incorporar os fundamentos do *Common law* e do *stare decisis* com a finalidade alcançar a uniformização e estabilização da jurisprudência e de garantir a efetividade do processo, notadamente das garantias provenientes do texto constitucional.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Precedentes. Novo Código de Processo Civil.

Sumário: Introdução. 1. O sistema do *Civil law* e o ideal de segurança jurídica. 2. O *stare decisis*. 3. A aplicação do *distinguishing*. 4. *Overruling* e modulação de efeitos das decisões judiciais. 5. A evolução dos precedentes judiciais no direito brasileiro. 5.1. A força vinculante dos precedentes no novo Código de Processo Civil. 5.1.1. A fundamentação das decisões judiciais 5.1.2. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 5.1.3. Incidente de assunção de competência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Malgrado o texto legislativo ainda emergir como fonte basilar do Direito, não é viável conceber um Estado Democrático estritamente legalista. Tal premissa se baseia no fato de que a sociedade atravessa transformações ininterruptas (culturais, sociais,

políticas e econômicas) em uma velocidade que não é acompanhada pelo Poder Legislativo, bem como porque o legislador jamais será capaz de antecipar soluções abstratas para a integralidade de situações concretas e porvindouras, eventualmente submetidas à apreciação dos órgãos jurisdicionais. Não é lícito conceber um ordenamento jurídico absolutamente divorciado de uma parcela, ainda que mínima, de interpretação jurisdicional. De outro giro, não se pode olvidar da aparente segurança jurídica proveniente do positivismo jurídico.

Com base em tais razões é que se permite afirmar que o *Civil law* passa, hodiernamente, por uma espécie de descaracterização em prol da efetivação e modernização do Direito, aproximando-se cada vez mais do sistema do *Common law*.

Com efeito, o *Common law*, também denominado de sistema anglo-saxão, afasta-se do *Civil law* mormente em função das fontes do Direito. Conforme o exposto alhures, no *Civil law* o ordenamento jurídico é essencialmente positivista, ou seja, baseia-se em leis, englobando os atos normativos em geral, tais como decretos, resoluções, medias provisórias entre outros. Diferentemente, no sistema anglo-saxão os magistrados e tribunais se orientam pelos costumes, em situações já decididas em momentos pretéritos. Esta referência ao passado remete à teoria declaratória do Direito e desta se extrai o conceito de “*precedente judicial*”.

Frisa-se que no sistema do *Civil law*, não obstante existir a prevalência das leis, há também a aplicação dos precedentes judiciais. O ponto nodal é que no *Civil law* o precedente judicial tem o condão de orientar a interpretação do texto legislativo, não vincula que o órgão jurisdicional faça uso dos fundamentos adotados pelo ato decisório proferido em momento anterior e que detenha contornos fáticos semelhantes. Excetuando-se os precedentes vinculantes (súmula vinculante, o julgamento em controle abstrato de constitucionalidade e o julgamento de recursos repetitivos, p. ex), o

magistrado não é compelido a seguir o precedente. Entretanto, no novo Código de Processo Civil, esta observância obrigatória mostra-se mais expressiva.

Exatamente esta atual desobrigação de observância e prestígio aos precedentes judiciais no Brasil que deve ser motivo da mais alta preocupação. Não pairam dúvidas de que a igualdade, a coerência e a previsibilidade das decisões judiciais são imprescindíveis à própria estabilidade do Direito. Em resumo, na distribuição da justiça não é crível admitir que situações juridicamente idênticas sejam julgadas de formas diametralmente distintas.

A busca pela tutela jurisdicional não pode se assemelhar a um jogo de azar, entretanto também se faz necessário compatibilizar a força vinculante dos precedentes judiciais e a necessidade de individualização do Direito ao caso concreto submetido à apreciação. Caso exista fundamentação apta a afastar determinado entendimento já consolidado, é necessário que o órgão julgador exerça o livre convencimento com plenitude, desvinculado dos julgamentos havidos. Verificada a situação oposta, será imperativo que se extraia, preferencialmente junto aos tribunais superiores, a interpretação uniformizada acerca da temática.

1. O SISTEMA DO *CIVIL LAWE* O IDEAL DE SEGURANÇA JURÍDICA

Aqueles que se filiam à sistemática adotada pelo *Civil law*, comumente, defendem a premissa de que a segurança jurídica está, impreterivelmente, ligada à simples e pura observância da lei. Como consequência deste entendimento, a subordinação e a vinculação dos magistrados à lei consubstanciarão os meios necessários ao atingimento do almejado ideal de segurança jurídica.

Contudo, como é de sabença geral, a lei pode ser interpretada sob variadas perspectivas, inclusive a partir de aspectos subjetivos inerentes a própria pessoa do julgador. Denota-se que, a vinculação e observância supramencionadas não são suficientes para assegurar aos jurisdicionados o ideal de segurança jurídica no exercício do poder jurisdicional.

O objetivo na adoção do sistema de precedentes judiciais pode ser sintetizado em proporcionar soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para processos judiciais que detenham o mesmo fundamento jurídico, reduzindo, deste modo, a interposição desarrazoada de recursos e proliferação de demandas.

Nesta altura, convém destacar que o que constitui o precedente judicial se restringe a razão de decidir do julgado, ou seja, na expressão latina, a *ratio decidendi*. Em outros termos, somente os fundamentos basilares que legitimam determinada decisão devem servir como parâmetro para julgamentos posteriores. Os contornos fáticos subjacentes à controvérsia e que integram o julgado paradigma não possuem o poder de tornar vinculante a norma derivada do caso concreto¹. A par disto, os argumentos secundários veiculados para a resolução da questão (*obiter dictum*²) também não são detentores de efeito vinculante, vez que não foram determinantes para o proferimento da decisão³, sequer as razões declinadas em votos vencidos, bem como fundamentos que não foram abarcados ou referendados pelo órgão colegiado.

Conquanto seja corrente na prática jurídica, o aproveitamento de votos vencidos com a finalidade de fundamentar determinado pleito ou até mesmo a utilização

¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 14.

² O *obiter dictum* refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subsequentes. Referem-se aos argumentos expendidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado. São verdadeiros argumentos acessórios que acompanham o principal – *ratio decidendi* (razão de decidir). Neste caso, a supressão do excerto considerado *obiter dictum* não prejudica o comando da decisão, mantendo-a íntegra e inabalada.

³ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 388.

de trechos de ementas completamente desvinculadas da tese jurídica que pôs fim a controvérsia originária, estes não podem desempenhar a função de subsídio ao julgador na análise de um caso aparentemente semelhante.

Não raro também é possível verificar petições colacionando decisões como sustentáculo para casos que não possuem qualquer similitude com o precedente invocado. E no mesmo giro, frequentemente constatamos magistrados que, sob o subterfúgio da eficiência e celeridade, incluem, de forma descuidada, em suas respectivas decisões, trechos de acórdãos de tribunais superiores sem declinar as razões de incidência da mesma tese jurídica.

Deste modo, é salutar que preceda a incorporação do sistema de precedentes que se avizinha⁴, a familiarização e a assimilação do tema pelos diversos operadores do Direito e que sejam postas à disposição dos magistrados condições reais para que exerçam o poder jurisdicional sem a frequente preocupação com metas, mas sim com a indispensável qualidade de suas decisões.

2. O *STARE DECISIS*

Determinados precedentes judiciais contam com inconteste eficácia normativa, devendo, nesta senda, serem aplicados necessariamente pelos órgãos jurisdicionais ao proferirem suas respectivas decisões.

O *stare decisis*⁵, compreendido como o precedente judicial de observância imperativa, concerne à norma proveniente de uma decisão judicial que, em função da

⁴ O prazo de *vacatio legis* da Lei de n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) findará na data de 18 de março de 2016, conforme a doutrina amplamente majoritária e entendimento do Plenário do Superior Tribunal de Justiça na sessão administrativa ocorrida em 2 de março de 2016.

⁵ *Stare decisis et non quæta movere* – termo completo – significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 97).

envergadura do órgão que a formou, deve ser obrigatoriamente observada pelos órgãos jurisdicionais de inferior hierarquia.

Da análise do precedente judicial obrigatório se extrai a existência simultânea de duas atividades. A primeira consiste na atividade constitutiva, ou seja, de criar a norma e a última, a atividade declaratória, direcionada aos julgadores que devem agir em observância ao precedente.

No Brasil, é facilmente verificável a vigência do *stare decisis*, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) têm o poder de criar a norma (teoria constitutiva), ao passo que os juízos inferiores devem aplicar o precedente constituído por estes tribunais superiores (teoria declaratória).

Importa salientar que a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça⁶ não se amolda, necessariamente, aos ditames do direito consuetudinário (*Common law*). Inexiste a obrigatoriedade de observância ao direito dos antepassados, como é verificado no sistema inglês. Este ponto distingue o ordenamento jurídico pátrio do sistema anglo-saxão⁷.

Na atual sistemática normativa, ainda de forma tímida, pratica-se o *stare decisis*, todavia, divorciado da premissa de que o magistrado deve simplesmente declarar o direito proveniente de um precedente constituído anteriormente, por óbvio, acrescido das circunstâncias do caso concreto. Já nos países de tradição anglo-saxônica, é possível afirmar que a atividade jurisdicional deve respeitar o passado (teoria declaratória). O ponto é a percepção de que pode existir o respeito ao passado (*Common law*) sem *stare decisis* (poder vinculante dos precedentes) e vice-versa. Observa-se que

⁶ Somente esses dois tribunais superiores são mencionados, tendo em vista que estes atualmente possuem legitimidade para criar normas de aplicação obrigatória em todo o território nacional (Exemplos: súmulas vinculantes e decisões firmadas em julgamentos de recursos repetitivos).

⁷ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2016, p. 38.

nos Estados Unidos da América o *stare decisis* é preponderante, ao tempo que na Inglaterra, o sistema do *Common law* ganha maior visibilidade.

O *stare decisis* apresenta-se como uma teoria relativamente recente. Em sentido oposto, o sistema jurídico do *Common law* se consolidou há bastante tempo. A atuação dos juízes inseridos neste sistema jurídico sempre teve que prestigiar o direito costumeiro, porém, somente nos tempos atuais, começaram a observar os precedentes judiciais. Resta claro que esta ilação não quer significar que os magistrados não possam se valer de técnicas para superar os precedentes constituídos⁸.

Como consectário da evolução do sistema jurídico da *Common law* e, especialmente, em função da necessidade de promover a uniformização das decisões judiciais, optou-se por adotar a força normativa dos precedentes judiciais. Esta inovação também pode ser observada na *Civil law*. Convém esclarecer, por oportuno, que o sistema jurídico da *Civil law* praticado no Brasil, não tem o poder de revogar leis existentes. A atividade jurisdicional exercida pelos juízes e tribunais é, em regra, interpretativa, e não legislativa. Destarte, mesmo que se depare com uma completa omissão legislativa ou situação na qual a lei preexistente não seja apta a adequar-se as circunstâncias do caso concreto, ao Poder Judiciário não é concedida a faculdade de usurpar a competência do Poder Legislativo. Sem embargo, na prática, muitas vezes não é o que ocorre. Em suposta obediência a certos princípios constitucionais, lançados despidos da mínima explicação de sua correlação ao caso concreto, o julgador se divorcia dos limites semânticos do texto legislativo, elaborando atos normativos por intermédio de suas decisões⁹.

⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial* - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. Rio de Janeiro: Noeses, 2012, p. 89.

⁹ Por exemplo, na data de 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Plenário, julgou o *Habeas Corpus* n. 126.292, tendo decidido que a sentença penal condenatória confirmada em

3. APLICAÇÃO DO DISTINGUISHING

Merece atenção a advertência de que mesmo os precedentes vinculantes não devem ser aplicados de forma indiscriminada pelo magistrado. É imperativo que se faça um cotejo entre o caso concreto sob análise e a *ratio decidendi* extraída da decisão tida como paradigma. Em breve síntese, é necessário levar em consideração as peculiaridades da situação judicializada e, desta forma, analisar se o caso paradigmático detém similitudes com aquele submetido à apreciação judicial.

Na teoria dos precedentes judiciais, esta análise é denominada de *distinguishing*, a qual, segundo ensina Cruz e Tucci¹⁰, “é o método de confronto pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”.

Na hipótese de haver divergência entre os contornos fáticos apresentados na demanda e a tese jurídica que fundamentou o precedente judicial, ou, ainda quando for verificada alguma particularidade que tenha o condão de prejudicar a incidência da *ratio decidendi* do precedente invocado, o juiz deverá se restringir à controvérsia *sub judice*, desvinculado do julgamento pretérito. No bojo do sistema anglo-saxônico, o magistrado pautará as decisões com fulcro no direito consuetudinário. No Brasil, o juiz, primordialmente, observará a incidência do precedente com força obrigatória. Após, inexistindo um precedente judicial adequado ou ocorrendo a hipótese de não incidência do precedente invocado, por força da distinção realizada, o texto da lei deve ser aplicado – promovendo em momento anterior a ponderação dos princípios constitucionais. Por

recurso de segundo grau permite a execução provisória da pena aplicada em flagrante violação ao Princípio da Presunção de Inocência, disposto no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88.

¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

fim, diante de uma situação de obscuridade ou lacuna da lei, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito¹¹.

Conforme se depreende do exposto, não obstante o aspecto de obrigatoriedade, os precedentes não devem ser invocados indiscriminadamente. Em alguns casos, faz-se necessária a mesma conclusão jurídica, apesar dos fatos não guardarem vínculo de semelhança. Em outras oportunidades, as narrativas fáticas podem conservar alguma simetria, porém peculiaridades de cada questão os relevam essencialmente divergentes. Deste modo, até mesmo quando se depara com um precedente vinculante, o magistrado se servirá do *distinguishing*, perseguindo, desta forma, a individualização do direito.

Ponto da mais alta relevância é que a feitura desta distinção exige motivação¹². Neste passo, a motivação não poderá se restringir a simples referências a artigos de lei, conceitos abstratos, verbetes de súmulas ou ementas de julgamentos. Deve ser exposta satisfatoriamente a identificação das questões que ensejaram o deslinde do caso, notadamente, a tese jurídica eleita. Isto ocorre porque “a fundamentação será a norma geral, um modelo de conduta para a sociedade, principalmente para os indivíduos que nunca participaram daquele processo, e para os demais órgãos do Judiciário, haja vista ser legitimante da conduta presente”¹³.

¹¹ Art. 126, da Lei n. 5.869/73. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

¹² Art. 93, da CRFB/88. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

¹³ LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do Direito*: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

4. OVERRULING E MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS

A lei não é o único recurso a que deve recorrer o julgador quando do exercício de sua atividade interpretativa. Ao proferir uma decisão, usualmente, o juiz toma em consideração também os princípios e entendimentos jurisprudenciais, por exemplo.

Ocorre que existe uma tendência a modificação da atividade interpretativa no decorrer dos anos. A progressiva evolução da sociedade e a premente necessidade de sistematização dos princípios, de forma a promover a conexão com as demais normas jurídicas do ordenamento, representam meios que viabilizam a alteração no sentido interpretativo das normas.

Nesta senda, ainda que se almeje soluções dotadas de maior segurança jurídica, celeridade, coerência e isonomia provenientes do Poder Judiciário, não é admissível engessar a atuação dos órgãos jurisdicionais, de modo a vincular *ad eternum* a aplicação de um determinado posicionamento.

Baseada nas razões acima expostas é que a doutrina – apoiada nas teorias norte-americanas – sugere a utilização de técnicas de superação dos precedentes judiciais. A técnica denominada *overruling* se diferencia do *distinguishing*, pois este se define pelo cotejo entre o caso e a *ratio decidendi* do precedente judicial, com o fito de aplicar ou afastar o precedente, ao passo que aquele se caracteriza na revogação do entendimento eleito como paradigmático e formador do precedente.

Por intermédio desta técnica (*overruling*), em virtude da modificação dos conceitos jurídicos, da evolução dos valores sociais, da tecnologia, ou até mesmo em razão de equívoco gerador da instabilidade em sua aplicação, ocorre a revogação ou superação do precedente. *A priori*, o paradigma invocado se amoldaria ao caso em

análise, todavia, em função desses variados fatores, não subsiste conveniência em sua manutenção.

Porém, não basta a revogação de um determinado precedente, o órgão jurisdicional terá a incumbência de construir um novel posicionamento jurídico para aquele contexto, visando que situações derivadas da inexistência ou insuficiência de normas não sejam reincidentes. É cabível a ressalva de que exclusivamente o órgão legitimado poderá levar a cabo a revogação do precedente. Por exemplo, um precedente criado pelo Supremo Tribunal Federal, somente pelo mesmo poderá ser revogado.

Quando os tribunais vêm reiteradamente decidindo de determinada forma acerca de uma temática, dá-se a consolidação de um precedente e, em regra, a superação deste último não deveria ser dotada de eficácia retroativa, na medida em que os jurisdicionados beneficiados com a aplicação do precedente superado agiram em consonância com a boa-fé, pautados em uma orientação jurisprudencial até então assente. Ocorre que, esta não é a regra vigente no sistema jurídico atual. A aplicabilidade do princípio *tempus regit actum* engloba tão somente o ato normativo, ou seja, lei em sentido estrito, vigente ao tempo do ato jurídico praticado, desconsiderando a jurisprudência. Considerando a adoção do *stare decisis* faz-se necessária uma reflexão sobre essa prática. É necessária a realização de uma releitura do dispositivo constitucional garantidor da segurança jurídica¹⁴, sob pena de disseminar grave insegurança jurídica.

A revogação de um precedente judicial e a consequente constituição de uma nova tese jurídica aplicável ao caso, afetará as relações jurídicas verificadas em momento anterior à decisão revogadora – é o que se convencionou chamar de

¹⁴ Art. 5º, da CRFB/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

retroatividade plena –, não se considerando a jurisprudência preponderante ao tempo do aperfeiçoamento do ato jurídico. Deste cenário, são excetuadas apenas as relações acobertadas pelo manto da coisa julgada e, em algumas ocasiões, o direito adquirido, como se ambas as garantias não gozassem do mesmo *status* constitucional. Salvo melhor juízo, não é somente a lei à época da constituição que deve reger o ato mas sim as normas em um sentido amplo.

Sobre o particular, o Supremo Tribunal Federal externa o posicionamento preponderante de que o entendimento jurisprudencial não pode retroagir para ferir a coisa julgada. É dizer, por mais que ocorra uma alteração no entendimento daquele Tribunal, as situações outrora consolidadas não poderão ser reanalisadas, mesmo que a controvérsia verse sobre matéria constitucional¹⁵.

Em que pese a diferenciação entre os conceitos de precedente e jurisprudência¹⁶, o cerne do julgado do Supremo Tribunal Federal é o seguinte: não é possível a relativização da coisa julgada para atingir situações já sedimentadas sob o fundamento de violação à literal disposição de lei¹⁷. Desta forma, não haverá a retroação de um precedente revogado para atingir situações jurídicas decididas em caráter definitivo, haja vista a formação da *res judicata*.

Em apertado resumo, para as demandas que ainda serão instauradas, bem como para os processos em trâmite, incide a regra da retroatividade, sendo despicienda a análise do exato momento de formação da relação jurídica em litígio. Noutro canto, a

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 590.809. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2630912>> Acesso em: 10 jan. 2016.

¹⁶ Precedente é a norma obtida no julgamento de um caso concreto que se define como a regra universal passível de ser observada em outras situações. O termo jurisprudência é utilizado para definir as decisões reiteradas dos tribunais, que podem se fundamentar, ou não, em precedentes judiciais. A jurisprudência é formada em razão da aplicação reiterada de um precedente (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial* - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. Rio de Janeiro: Noeses, 2012, p. 17)

¹⁷ Art. 485, da Lei n. 5.869/73. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
(...)

V - violar literal disposição de lei;

regra da irretroatividade é aplicável para as situações que acobertadas pelo fenômeno da coisa julgada.

Ultrapassadas estas considerações preliminares sobre a sistemática vigente no ordenamento jurídico pátrio, não se pode olvidar que a inviabilidade de atribuir efeitos prospectivos (não retroativos) enseja, em determinadas hipóteses, mais insegurança jurídica. Aquele que ingressa hoje no Poder Judiciário, achando-se detentor de determinado direito porque seu vizinho, abrangido por uma situação análoga, logrou êxito em conseguir uma decisão judicial favorável há pouco tempo, poderá, daqui a algum tempo, ser surpreendido com a negativa deste suposto direito.

Com o intuito de minimizar este cenário, é aconselhável que a técnica de superação de precedentes admita, em caráter excepcional, a atribuição de efeitos prospectivos, deixando incólume eventuais relações jurídicas firmadas antes da decisão revogadora¹⁸. A adoção deste entendimento evitaria casos em que o demandante, exitoso nas instâncias inferiores exatamente por estar respaldado em orientação consolidada dos tribunais superiores, fosse, posteriormente, surpreendido com a alteração abrupta deste posicionamento. Cumpre destacar que merece prevalecer o tempo da relação jurídica de direito material deduzida em juízo e não o tempo processual. Resta claro que se o precedente judicial está inserido como uma espécie normativa, ao lado dos princípios e das leis, o ato jurídico, firmado em harmonia com essa normatividade, deverá inatingível à eventual modificação jurisprudencial sobre o tema.

Urge salientar que a linha intelectual acima exposta se harmoniza com previsão inserta no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Isto ocorre

¹⁸ Esse entendimento somente seria aplicável às situações não acobertadas pela coisa julgada.

porque o texto constitucional determina que atos normativos do Estado não atinjam situações pretéritas. E, nesta parte, o entendimento externado pelo Supremo é absolutamente compreensível. No entanto, através de uma análise do texto constitucional e o sistema de precedentes, se infere que a Constituição veda que conclusões exaradas pelo Poder Judiciário para uma mesma controvérsia jurídica, sejam distribuídas de variadas formas dentro de um exíguo lapso temporal. A Constituição almeja assegurar certa previsibilidade ao deslinde de determinadas demandas, culminando em uma maior segurança jurídica para os cidadãos.

É acertado concluir que, no sistema jurídico brasileiro, não obstante outras metas, os precedentes judiciais objetivam “alcançar a exegese que dê certeza aos jurisdicionados em temas polêmicos, uma vez que ninguém ficará seguro de seu direito ante jurisprudência incerta”¹⁹.

Convém deixar consignado que a atribuição de certo grau de previsibilidade a certas demandas não resultará no “engessamento” da atuação dos juízes e tribunais pátrios, vez que as demandas que versarem sobre questões fáticas continuarão a ser solucionadas por intermédio da instrução probatória no caso concreto. Somado a isto, como já sustentado, os tribunais poderão alterar precedentes judiciais já consolidados, desde que respeitem a garantia constitucional de fundamentação das decisões.

Atualmente, no controle de constitucionalidade é possível a atribuição eficácia prospectiva (*prospective overruling*). Com fulcro no art. 27 da Lei n. 9.868/99²⁰, lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal ao declarar a

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 14.945-0/ PB. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199700669980&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 10 jan. 2016.

²⁰ Art. 27, da Lei n. 9.868/99. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, pode restringir os efeitos da declaração, decidir que a eficácia será a partir do trânsito em julgado ou, até mesmo, a partir de outro momento futuro fixado. Cuida-se de medida excepcional, devendo ser manejada de acordo com a finalidade perseguida pela nova norma, a forma de incidência que se evidencia ser a mais correta e o nível de confiança que a população depositou no precedente que será superado. Não se pode duvidar que, em prestígio ao ideal de segurança jurídica, uma decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade poderá deixar a salvo um ato formado com base em uma norma declarada inconstitucional. Neste sentido, o que se poderia dizer de um ato constituído com base em um precedente legitimamente assentado?

5. A EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

É preciso enfatizar que, há mais de vinte anos, o ordenamento jurídico do Brasil vem, progressivamente, aplicando o sistema da força vinculante dos precedentes judiciais, a depender da *status* do órgão julgador. Destaca-se que a Lei n. 8.038/90²¹, permitiu ao relator, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, julgar monocraticamente o pedido ou o recurso que tiver perdido o objeto, bem como negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, e este é o ponto, que contrariar súmula do respectivo Tribunal Superior.

²¹ Art. 38, da Lei n. 8.038/90. O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

Ato contínuo, também pode ser considerada como marco da aplicação dos precedentes judiciais no Direito brasileiro, a Emenda Constitucional n. 03/1993, que teve a finalidade de acrescentar o, atualmente revogado, §2º ao art. 102 da Constituição Federal²² e atribuir efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Também, inúmeros dispositivos aprovados durante os anos, alterando o Código de Processo Civil, aclararam a incidência da teoria dos precedentes no âmbito processual, tais como: art. 285-A²³; art. 475, §3º²⁴; art. 481²⁵, parágrafo único; art. 518²⁶, §1º e art. 557²⁷.

²² Art. 102, da CRFB/88. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (Incluído em § 1º pela Emenda Constitucional n. 3, de 17/03/93)

²³ Art. 285-A, da Lei n. 5.869/73. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei n. 11.277, de 2006)

²⁴ Art. 475, da Lei n. 5.869/73. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

(...)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001)

²⁵ Art. 481, da Lei n. 5.869/73. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei n. 9.756, de 1998)

²⁶ Art. 518, da Lei n. 5.869/73. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (Renumerado pela Lei n. 11.276, de 2006)

²⁷ Art. 557, da Lei n. 5.869/73. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei n. 9.756, de 1998)

Por fim, o marco mais importante para a análise dos precedentes judiciais é a Emenda Constitucional n. 45/2004, responsável por promover a chamada “*Reforma do Poder Judiciário*”, inaugurar no ordenamento jurídico pátrio as súmulas vinculantes e inserir a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário²⁸.

Consoante se pode concluir, o gradual prestígio ao aspecto paradigmático das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça esclarece a relevância da discussão, principalmente quando os precedentes são encarados como instrumentos aptos a conferir efetividade aos princípios constitucionais da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI), o da isonomia (art. 5º, *caput*) e o da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX).

5.1. A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com a finalidade de aprimorar o *stare decisis* brasileiro, o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), abarcou mecanismos fundamentais para o sistema de precedentes judiciais, visando promover a uniformização e estabilização da jurisprudência nacional. Abaixo serão expostos, resumidamente, alguns destes.

²⁸ Art. 102, da CRFB/88. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

5.1.1. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Na oportunidade que dispõe acerca dos elementos, requisitos e efeitos da decisão judicial, o novo Diploma Processual Civil conceitua, pormenorizadamente, a fundamentação das decisões, prevendo que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Extrai-se, por intermédio da leitura do dispositivo susomencionado, que não é suficiente que o julgador indique um precedente ou uma súmula. É indispensável que sejam declinadas as razões pelas quais o magistrado se utilizou daquele precedente.

No mesmo sentido, pela dicção do inciso VI, caso o julgador não adote determinado entendimento sumulado, jurisprudência ou precedente citado pelas partes, será imprescindível que demonstre a existência de distinção ou superação do precedente.

5.1.2. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O novo Código de Processo Civil prevê, de forma inovadora, o incidente de resolução de demandas repetitivas, nos art. 976 a 987. Este incidente será cabível quando for verificado, em um determinado caso concreto, potencial para gerar um maior

número de demandas judiciais com base na mesma questão de direito, capaz de instaurar uma situação de insegurança jurídica, face a possibilidade de existirem, simultaneamente, decisões judiciais opostas.

Neste incidente, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal será utilizado como parâmetro para o julgamento de todos os processos que versarem sobre a mesma questão de direito, atuais e futuros, sob a jurisdição do respectivo tribunal²⁹.

5.2.3. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O incidente de assunção de competência, estipulado no art. 947 do novo Código de Processo Civil³⁰, prevê a possibilidade de o relator de qualquer recurso, em sede de remessa necessária ou até em causas de competência originária de tribunal, submeter o julgamento de determinada controvérsia ao órgão colegiado de maior abrangência no respectivo tribunal, observado o disposto pelo regimento interno.

²⁹ Art. 985, da Lei n. 13.105/2015. 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.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

³⁰ Art. 947, da Lei n. 13.105/2015. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

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

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

O entendimento firmado no incidente de resolução de demandas repetitivas será vinculante, portanto a inobservância deste enunciado ensejará a propositura de reclamação, consoante dispõe o art. 988, inciso IV, do novo Código de Processo Civil³¹.

Por fim, outro ponto relevante sobre o incidente analisado é que o entendimento firmado poderá ser utilizado nas hipóteses de julgamento antecipatório, visando evitar o prolongamento de demandas que versem sobre fundamentos já analisados e com caráter vinculante.

CONCLUSÃO

As inovações que prestigiam a utilização dos precedentes judiciais possuem a finalidade de aprimorar o sistema processual civil, não ensejando a redução da discricionariedade judicial dos juízes e tribunais pátrios ou mesmo tolhendo o acesso à justiça aos jurisdicionados. A função precípua dos tribunais é a de proferir decisões que se coadunem com o ordenamento jurídico vigente e que sejam norteadoras da atividade jurisdicional dos demais órgãos componentes do Poder Judiciário.

O sistema de precedentes judiciais não ensejará a “eternização” das decisões judiciais. Os magistrados deverão continuar a se utilizar do seu livre convencimento, afastando a aplicação de determinado precedente quando este não for apto a solucionar de modo efetivo o caso concreto. O essencial será a motivação e por intermédio desta será possível fiscalizar o exercício da função jurisdicional e ponderar a eficiência do sistema de precedentes adotado pela novel legislação.

³¹ Art. 988, da Lei n. 13.105/2015. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...)

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial* - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. Rio de Janeiro: Noeses, 2012.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2013.

DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; BURIL DE MACEDO, Lucas. *Precedentes - Col. grandes temas do novo CPC*. Salvador: Juspodivm, v. 3, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>> Acesso em: 10 jan. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. E-book baseado na 2. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

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

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.