

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAELA POSSERA RODRIGUES

**PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

BRASÍLIA

2016

RAFAELA POSSERA RODRIGUES

**PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL**

Trabalho de monografia
apresentado ao Curso de Pós-
Graduação em Direito como
requisito parcial para obtenção
título de Pós- Graduação em Direito
Processual Civil.

Orientador:

BRASÍLIA

2016

RAFAELA POSSERA RODRIGUES

**PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL**

Trabalho de Dissertação
apresentado ao Curso de Pós-
Graduação em Direito como
requisito parcial para obtenção
título de Pós Graduação em Direito
Processual Civil.

Brasília-DF, 29 de fevereiro de
2016.

Prof.

Professor Orientador

Prof.

Membro da Banca Examinadora

Prof.

Membro da Banca Examinadora

RESUMO

O presente estudo analisa as diferenças e as semelhanças entre os sistemas da *civil law* e da *common law* à luz da nova legislação processual civil. Com isso, busca-se responder a seguinte questão: a técnica do precedente da *common law* é compatível com a sistemática de jurisdição vigente no Brasil (que se fundamenta na *civil law*)? Após a análise sobre as semelhanças e as divergências entre esses dois modelos, apresenta-se conclusões sobre a adequação do sistema de precedentes obrigatórios à justiça brasileira.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. *Civil Law*; *Common Law*; Divergências. Precedentes.

ABSTRACT

This paper analyzes the differences and similarities between civil law and the common law systems based on the new civil procedural law. Thus, it aims at showing possible answers to the following question: can the rule of precedent be employed in civil law? After analyzing the similarities and differences between these two models, it was concluded that the adoption of the rule of precedent in Brazilian law does not arise from the culture of the country, but only from the introduction of a successful common law institute.

Keywords: Civil Procedural Law. Civil Law. Common Law. Differences. Similarities.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 OS INSTITUTOS DA CIVIL LAW E COMMON LAW.....	8
1.1 <i>A civil law</i>	8
1.2 <i>A common law</i>	9
1.3 <i>A common law</i> e o direito Brasileiro.....	11
2 DISTINGUISHING E OVERRULING	15
2.1 <i>Distinguishing</i>	15
2.2 <i>Overruling</i>	17
3 A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	24
3.1 Fundamentação dos atos judiciais.....	24
3.2 Precedente judicial e uniformização da jurisprudência	26
3.3 Modificação do entendimento	29
3.4 Efeitos e modulação	29
3.5 Eficácia vinculante	30
3.6 Precedentes e a Reclamação Constitucional	32
3.7 Precedentes e o incidente de resolução de demandas repetitivas	34
3.8 Precedentes e o incidente de assunção de competência	35
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS.....	38

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro sempre foi filiado à escola da *civil law*, que tem por fundamento considerar a lei como fonte primária do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, o instrumento apto a solucionar as controvérsias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

As jurisdições dos países que adotam o sistema da *civil law* são estruturadas preponderantemente com a finalidade de aplicar o direito, positivado, colocando o juiz como intérprete e aplicador da lei, não lhe reconhecendo os poderes de criador de direitos.

No Brasil, o art. 5º, II, da Constituição Federal comprova a existência do sistema legal adotado ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Referido dispositivo resplandece o princípio da legalidade, que, além de proteger o indivíduo em face do Estado (legitimando somente as imposições que respeitem as leis previamente estabelecidas no ordenamento), também serve como de instrumento norteador da atividade jurisdicional.

Em contrapartida, o sistema da *common law* fundamenta-se na análise casuística de cada caso, permitindo que o julgador firme as premissas de fato e de direito que norteiam o julgamento, de forma tal que, a partir da análise de uma hipótese, crie-se a regra geral de decisão (intitulada de precedente¹). A eficácia vinculante dos precedentes guarda respaldo na igualdade, coerência, estabilidade da ordem jurídica, bem como na previsibilidade dos resultados.

¹ “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. Curso de direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 385).

Muito embora a jurisdição brasileira seja adepta ao *civil law*, a organização judiciária vigente utiliza métodos relacionados ao *common law*, especialmente a partir da Emenda Constitucional 45/2004, em que se implementou os institutos da repercussão geral e dos recursos repetitivos, perante os Excelsos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Em razão disso, ao Poder Judiciário compete repensar a compreensão do termo *lei*: significativo apenas de espécies legislativas ou alcance dos precedentes judiciais.

O presente trabalho tem por finalidade comparar a adequação desses dois sistemas judiciais à luz das novas disposições legais instituídas pelo novo Código de Processo Civil. Para tanto, foram desenvolvidos três capítulos.

O primeiro capítulo teve por escopo o estudo comparativo dos regimes da *civil law* e da *common law*, identificando sua compatibilidade como novel sistema processual instituído pela Lei nº. 13.105, de 2015.

Posteriormente, a análise do segundo capítulo restringiu-se ao estudo dos institutos *distinguishing* e do *overruling*. Por fim, o terceiro capítulo, foi destinado à análise dos impactos desses institutos na outorga da prestação jurisdicional.

O tema proposto será desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica de processualistas brasileiros e de jurisprudência. Para tanto, será utilizado o método dedutivo de investigação, segundo o qual a partir de premissas verdadeiras, chegar-se-á a conclusões igualmente verdadeiras.

1 OS INSTITUTOS DA CIVIL LAW E COMMON LAW

A *civil law* e a *common law* surgiram em cenários políticos e culturais diametralmente opostos, tendo como consequência lógica a formação de tradições e padrões jurídicos diferentes, com conceitos próprios para cada sistema. Passemos a contextualizar a origem desses regimes, a fim de que se identifique suas diferenças e compatibilidades.

1.1 A *civil law*

Esse sistema fundamenta a ideia de segurança jurídica a partir da observância pura e simples aos comandos da lei, de forma tal que a subordinação e a vinculação do julgador à lei constituem metas necessárias à concretização desse ideal.

Marinoni ensina que:

O *civil law* carrega, a partir das bandeiras da Revolução Francesa, dogmas que ainda servem para negar conceitos e institutos que, muito embora não aderentes à sua teoria e tradição, mostram-se indispensáveis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei.²

E esse fundamento da legalidade é pensado como método a garantir ao cidadão segurança e previsibilidade no julgamento das relações jurídicas, já que o julgador atuaria apenas de acordo com a vontade da lei, proferindo, então, decisões limpas de interpretações e variações típicas da individualidade de quem examina a causa.

Entretanto, o idealismo conceitual se mostra falacioso em sua aplicabilidade, sendo certo que a aplicação da lei sobre constantes influências dos vários modos de interpretação, não se mostrando o regime da *civil law* suficiente para assegurar aos jurisdicionados a

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

mínima segurança jurídica que se espera de um Estado democrático de direito.

Cientes de a doutrina do *civil law* invariavelmente sofre influências além do texto legal, observa-se que seus defensores preocupam-se em demonstrar que essas influências não são suficientes para implicar na negação da separação dos poderes.

Como crítica à fragilidade das decisões proferidas com base do regime do *civil law*, Marinoni aduz que "a doutrina do 'civil law' cometeu pegado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante e preferindo preservar o dogma em vez de denunciar a realidade e funesta consequência dela derivada"³.

Tem-se, pois, que a fragilidade do regime da *civil law* consiste na falta de compreensão de que as decisões compõem um sistema jurídico minimamente harmônico, que exige uniformidade nas decisões, a fim de que seja afastada a existência de decisões conflitantes entre si, se fundadas em premissas idênticas.

Para se atualizar aos novos moldes de jurisdição e direito (levando em consideração que esse não se conceitua exclusivamente pela lei *strito senso*), o regime do *civil law*, em certa medida, hibridou-se, permitindo a adoção de um sistema de precedentes, a fim de oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico.

E para que isso fosse possível, necessário foi importar conceitos e disposições típicas do regime do *common law*.

1.2 **A *common law***

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62.

A *common law*, por sua vez, fundamenta-se constituição de direitos a partir da análise dos usos e costumes dos jurisdicionados.

Em razão da base costumeira, a doutrina discute qual seria o significado da decisão judicial e da função jurisdicional para esse sistema, pois, se os casos judicializados são decididos com base na "regra do povo", possivelmente seria dispensado o Estado-Juíz. O questionamento, então, buscava responder se a decisão judicial criava o direito ou se somente haveria sua declaração.

A doutrina de origem afirma que, diante da ideia de que o *common law* consiste nos costumes gerais de uma comunidade, tem-se que o juiz não cria, mas tão somente declara direitos⁴.

Em contrapartida, a corrente positivista que leciona sobre o *common law* defende que o sistema existe a partir dos juízes que possuíam *law-making authority*, sendo o direito produto da vontade desses julgadores, e não por eles descobertos⁵.

Independentemente da corrente adotada, compreender a natureza jurídica da decisão é relevante para se entender a respeito da obrigatoriedade de aplicação dos precedentes. Nesse pesar, Marinoni explica:

Afirmou-se que, se o precedente representa apenas uma evidência do direito, nenhum juiz poderia ser absolutamente obrigado a segui-lo, uma vez que o juiz sempre teria o poder de declarar em contrário ao precedente ou mesmo ao ser *overruling* (revogação). Nessa linha, o *stare decisis* (respeito obrigatório aos precedentes) exigiria, como antecedente lógico, a criação judicial do direito.⁶

Se os precedentes podem ser revogados, é evidente que o respeito devido a eles depende da força das suas razões. Portanto, não é porque

⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 168.

⁵ AUSTIN, Jonh. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5ª ed. rev. London. 1911. vol. p. 634.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3. ed. rev. atual. e ampliada - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

a decisão é chamada de declaração judicial e não de direito que ela perderá autoridade e deixará de merecer deferência. De outra parte, se o respeito aos precedentes depende de estes serem concebidos como direito, afirmasse que os próprios juízes da Corte Superior estão, a partir de determinado instante, submetidos aos seus próprios precedentes, ou que o legislativo editasse lei dizendo que as Cortes devem respeitar os seus precedentes e os das Cortes superiores. Em relação ao funcionamento e à eficácia do *stare decisis*⁷, a diferença residiria apenas no aspecto formal. Num caso a obrigatoriedade adviria de um precedente; noutro, a obrigatoriedade decorreria da lei.

Com isso em mente, percebe-se que, para qualquer das naturezas jurídicas que definem a *common law*, é possível haver adaptação e compatibilidade como o regime de aplicação dos precedentes obrigatórios.

1.3 A *common law* e o direito Brasileiro

Como visto, a segurança e previsibilidade das decisões são valores buscados em ambos modelos de jurisdição, cada qual com suas peculiaridades e respeito às suas bases.

Em relação a formação de um precedente, é importante esclarecer que os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão são os elementos que podem ser invocados em julgamentos posteriores. As circunstâncias de fato que deram embasamento à controvérsia e que fazem parte do julgado não têm o condão de tornar obrigatória ou persuasiva a norma criada para o caso concreto. Além disso, os argumentos acessórios elaborados para o deslinde da causa não podem ser utilizados com força vinculativa por não terem sido determinantes para a decisão, tampouco as razões do voto vencido e os fundamentos

⁷ *Stare decisis* é uma expressão em latim que se traduz como "ficar com as coisas decididas".

que não foram adotados ou referendados pela maioria do órgão colegiado.

Embora constitua praxe na prática jurídica brasileira, a utilização de voto vencido para fundamentação de um pedido ou mesmo de trechos de ementas sem qualquer vinculação à tese jurídica que solucionou a controvérsia originária não pode servir de subsídio ao magistrado no julgamento de caso supostamente semelhante. Não é incomum depararmos com petições invocando decisões consolidadas como fundamentação para casos que não possuem qualquer semelhança com o precedente invocado. Do mesmo modo, não é incomum depararmos com juízes que, premidos pela pregação da eficiência e celeridade, lançam em suas decisões trechos de acórdãos de tribunais superiores sem justificar o porquê da aplicação da mesma tese jurídica.

Assim, antes da adoção um sistema de precedentes, é necessário que se promovam a familiarização e a compreensão do tema entre os operadores do direito e que se deem condições ao magistrado para que este exerça o seu livre convencimento sem a costumeira preocupação com metas, mas sim com o critério de justiça adotado e com a necessária qualidade de seus julgados.

Alguns precedentes têm verdadeira eficácia normativa, devendo, pois, ser observados obrigatoriamente pelos magistrados ao proferirem suas decisões.

O *stare decisis* corresponde à norma criada por uma decisão judicial e que, em razão do status do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior. A existência desse precedente obrigatório pressupõe, a um só tempo, atividade constitutiva (de quem cria a norma) e atividade declaratória, destinada aos julgadores que tem o dever de seguir o precedente.

No Brasil, podemos dizer que vige o *stare decisis*, pois, além de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal terem o poder de criar a norma (teoria constitutiva, criadora do Direito), os juízos inferiores também têm o dever de aplicar o precedente criado por essas

Cortes (teoria declaratória). A atividade do STJ e do STF de forma alguma está vinculada ao direito consuetudinário. Não há obrigatoriedade de respeito ao direito dos antepassados, como ocorre principalmente no sistema inglês.

É nesse ponto que podemos diferenciar o nosso ordenamento do sistema anglo-saxão. No Brasil, embora de forma mitigada, aplica-se o *stare decisis*, porém, totalmente desvinculado da ideia de que o juiz deve apenas declarar o direito oriundo de precedente firmado em momento anterior, obviamente, com os acréscimos decorrentes de circunstâncias fáticas diversas. Nos países de tradição anglo-saxônica, podemos dizer que o juiz, nas suas decisões, deve respeitar o passado (natureza declaratória da atividade jurisdicional). O fato é que pode haver respeito ao passado (*common law*) sem *stare decisis* (força obrigatória dos precedentes) e vice-versa. Na Inglaterra, por exemplo, o respeito ao Common law é mais visível, ao passo que nos EUA o *stare decisis* é mais evidente, sem tanto comprometimento com o direito dos antepassados.

O *stare decisis* constitui uma teoria relativamente nova. O *common law*, ao contrário, é um sistema jurídico de longa data. Os juízes que operam nesse sistema sempre tiveram que respeitar o direito costumeiro, mas apenas de uns tempos para cá é que passaram a obedecer aos precedentes judiciais. Isso não significa, obviamente, que os juízes não possam superar tais precedentes.

Atualmente, com a evolução do sistema do *common law* e principalmente em razão da conveniência de uniformização das decisões judiciais – decisões iguais para casos idênticos –, adotou-se a força normativa dos precedentes. Também com a *civil law* esse fenômeno pode ser observado. Vale ressaltar, entretanto, que a utilização dos precedentes não tem o condão de revogar as leis já existentes. A rigor, a atividade dos juízes e dos tribunais é interpretativa, e não legislativa. Assim, por mais que haja omissão ou que a lei preexistente não atenda às peculiaridades do caso concreto, o Judiciário não poderá se substituir ao Legislativo. Na prática, contudo, não é o que se verifica. Em nome de determinados princípios, aplicados sem qualquer explicação sobre a sua

incidência ao caso concreto, o julgador se afasta completamente da lei, criando com suas decisões verdadeiras normas jurídicas.

2 ***DISTINGUISHING E OVERRULING***

No regime de decisão por precedentes é necessário analisar dois importantes institutos, quais sejam: *distinguishing* e *overruling*. Nesse capítulo, analisam-se as características e especialidades das técnicas de julgamento.

2.1 ***Distinguishing***

Para a aplicação dos precedentes vinculantes os magistrados devem realizar uma comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática. Ou seja, é necessário considerar as particularidades de cada situação submetida à apreciação judicial e, assim, verificar se o caso paradigma possui alguma semelhança com aquele que será analisado.

Essa comparação, na teoria dos precedentes, recebe o nome de *distinguishing*, que nada mais é o método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”⁸. Se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o julgador poderá se ater à hipótese *sub judice* sem se vincular ao julgamento anterior.

No sistema anglo-saxônico, o juiz embasará suas decisões no direito consuetudinário. No Brasil, o juiz, prioritariamente, deve aplicar o precedente com força obrigatória. Não havendo precedente ou sendo o caso de afastar o precedente invocado, em razão da distinção levada a efeito, deve-se aplicar a lei – não sem antes fazer o confronto com os princípios constitucionais. E, na hipótese de obscuridade ou lacuna da

⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

lei, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito⁹.

Como se pode perceber, apesar da noção de obrigatoriedade, os precedentes não devem ser invocados em toda e qualquer situação. Há muitos casos em que os fatos não guardam relação de semelhança, mas exigem a mesma conclusão jurídica. Noutros, os fatos podem até guardar similitude, mas as particularidades de cada caso os tornam substancialmente diferentes.

Assim, até mesmo nas hipóteses em que se está diante de um precedente vinculante o julgador poderá fazer o *distinguishing* do caso que lhe é submetido, buscando, assim, a individualização do direito.

Sobre o procedimento, Marinoni explica:

Assim, é necessário, antes de mais nada, a delimitar a *ratio decidendi*, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. De modo que o *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio decidendi* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos.

Ao realizar o *distinguishing*, o juiz deve atuar com prudência e a partir de critérios.

(...)

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstra que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente.¹⁰

⁹ Art. 126/CPC 1973. 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.

No CPC/2015, Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325/326.

O ponto importante para que haja a distinção entre os casos é a motivação (Art. 93, IX, Constituição Federal¹¹ e Art. 11, CPC/2015¹²), porquanto, somente a partir de justos motivos é que o magistrado poderá afastar a aplicação do precedente vinculante.

A motivação exigida deve conter a identificação das questões que reputou como essenciais ao deslinde da causa, notadamente a tese jurídica escolhida. Isso 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.

Assim, por mais que se almejem do Judiciário soluções com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia, não há como fossilizar os órgãos jurisdicionais, no sentido de vincular eternamente a aplicação de determinado entendimento.

2.2 *Overruling*

Outro elemento que garante a aplicação dos precedentes de forma adequada é o *overruling*.

Referida técnica tem por finalidade a revogação ou superação do precedente em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos

¹¹ Art. 93. 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;

¹² Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

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 27 out. 2015.

jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação, de forma tal que o paradigma que seria aplicado no caso concreto deixa de ser utilizado, afastando-se a conveniência de sua preservação.

Nesse sentido, explica a doutrina que

a revogação de um precedente depende da adequada confrontação entre os requisitos básicos para o 'overruling' – ou seja, a perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente¹⁴.

Além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam. Ressalve-se que somente o órgão legitimado pode proceder à revogação do precedente. Em nossa estrutura jurisdicional, competirá ao STF, STJ ou TST.

Quando um precedente já está consolidado, no sentido de os tribunais terem decidido de forma reiterada em determinado sentido, a sua superação não deveria ter eficácia retroativa, visto que todos os jurisdicionados que foram beneficiados pelo precedente superado agiram de boa-fé, confiando na orientação jurisprudencial pacificada. Essa, lamentavelmente, não é a regra que rege o nosso sistema. Na aplicação do princípio *tempus regit actum*, leva-se em conta tão somente a lei – num sentido estrito – vigente à época do ato jurídico, e não a jurisprudência. Em face da adoção do *stare decisis* há que se repensar essa prática; há que se fazer – repita-se – uma releitura do dispositivo constitucional garantidor da segurança jurídica, sob pena de grave insegurança.

Assim, pelo menos no Brasil, se há revogação de um precedente e a construção de uma nova tese jurídica, esta passará a reger as relações constituídas anteriormente à decisão revogadora – é o que se denomina

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 391

retroatividade plena –, sem levar em conta a jurisprudência “vigorante” à época do aperfeiçoamento do ato jurídico. Respeitam-se tão somente as relações acobertadas pela coisa julgada e às vezes o direito adquirido, olvidando-se que tais garantias gozam de idêntico status constitucional. As normas – num sentido amplo – do tempo da constituição é que devem reger o ato, e não somente a lei.

E, por falar em coisa julgada, afirmar é possível afirmar que, atualmente, o entendimento que prevalece no âmbito do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a jurisprudência não deve retroagir para atingir a coisa julgada. Ou seja, mesmo que haja mudança de entendimento da Corte Suprema, as situações já consolidadas não deverão ser revistas, mesmo que o “pano de fundo” se refira a matéria constitucional. Nesse sentido, colaciona-se a decisão proferida no *leading case* RE 586.453¹⁵, *in verbis*:

EMENTA Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil – Repercussão geral reconhecida – Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria – Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho – Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema – Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda - Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13). 1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta. 2. Quando, como ocorre no presente caso, o intérprete está diante de controvérsia em que há fundamentos constitucionais para se adotar mais de uma solução possível, deve ele optar por aquela que efetivamente trará maior efetividade e

¹⁵ RE 586453, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013 EMENT VOL-02693-01 PP-00001

racionalidade ao sistema. 3. Recurso extraordinário de que se conhece e ao qual se dá provimento para firmar a competência da Justiça comum para o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência buscando-se o complemento de aposentadoria. 4. Modulação dos efeitos da decisão para reconhecer a competência da Justiça Federal do Trabalho para processar e julgar, até o trânsito em julgado e a correspondente execução, todas as causas da espécie em que houver sido proferida sentença de mérito até a data da conclusão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do julgamento do presente recurso (20/2/2013). 5. Reconhecimento, ainda, da inexistência de repercussão geral quanto ao alcance da prescrição de ação tendente a questionar as parcelas referentes à aludida complementação, bem como quanto à extensão de vantagem a aposentados que tenham obtido a complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada sem que tenha havido o respectivo custeio.

No citado precedente, o Excelso Supremo Tribunal Federal declarou ser da Justiça Comum a competência para examinar as demandas cujo objeto seja revisão de complementação de pensão paga por fundos de pensão privados. Todavia, modulou os efeitos da decisão, assegurando a competência residual à Justiça do Trabalho para os casos em que já proferida sentença de mérito até 20.2.2013 (data em que concluído o julgamento no Pretório Excelso).

Nesse caso, evidencia-se claramente que a modulação de efeitos tem sido utilizada para proteger a coisa julgada das decisões, bem como para dar efetividade ao princípio da não surpresa das decisões judiciais, já que, quando firmado o precedente de alcance geral, sua aplicação será obrigatória em todos os casos que versem sobre aquele tema, daí porque a modulação de efeitos é muito importante para garantir a uniformidade das decisões. Apesar de estarmos tratando de entes distintos (precedente e jurisprudência), a ideia que se pretende extrair do julgado da Suprema Corte é a seguinte: a coisa julgada não pode ser relativizada para atingir situações já consolidadas sob o fundamento de violação à literal disposição de norma jurídica (art. 966, V, do CPC de 2015). Assim, um precedente revogado não deverá retroagir para atingir

situações jurídicas definitivamente decididas, sobre as quais já se formou a *res judicata*.

Em síntese, para os processos em andamento, bem como para os que serão instaurados, vale a regra da retroatividade – desimportante é o momento da constituição da relação jurídica deduzida no processo. Para os que já estejam resguardados pela imutabilidade da coisa julgada, vale a regra da irretroatividade.

Superada essa análise inicial acerca da sistemática vigente no ordenamento brasileiro, não podemos deixar de considerar que a impossibilidade de conferir efeitos prospectivos (não retroativos) é capaz de, em alguns casos, gerar mais insegurança do que segurança jurídica. Quem hoje aciona o Judiciário, achando que tem um determinado direito porque seu vizinho, em situação semelhante, conseguiu uma sentença favorável há poucos meses, pode, daqui a um ano, por exemplo, ter esse mesmo direito negado pelo Poder Judiciário.

Para evitar essas situações, é de se considerar que a superação do precedente pode admitir, excepcionalmente, a adoção de efeitos prospectivos, não abrangendo as relações jurídicas entabuladas antes da prolação da decisão revogadora. Tal proposição evitaria situações nas quais o autor, vencedor nas instâncias inferiores justamente em virtude de estas estarem seguindo o entendimento das cortes superiores, fosse surpreendido com a mudança brusca desse mesmo entendimento. Portanto, é possível firmar seguinte máxima: o importante é o tempo da relação jurídica de direito material deduzida no processo, e não o tempo processual. Se o precedente judicial passa a figurar como uma das espécies normativas, a par da lei e dos princípios, o ato jurídico, constituído em consonância com essa normatividade, deve estar imune a qualquer alteração jurisprudencial sobre a matéria.

Vale reafirma que essa ideia se coaduna com a previsão contida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Isso porque, o que a Constituição não permite é que os atos normativos

do Estado atinjam situações passadas. Nesse ponto, é perfeitamente compreensível o entendimento firmado no STF.

Entretanto, estabelecendo-se um paralelo entre o dispositivo constitucional e o sistema de precedentes, pode-se dizer que a Constituição Federal também não admite que as soluções apontadas pelo Judiciário para uma mesma questão de direito sejam dadas das mais diversas formas dentro de um curto espaço de tempo. Em outras palavras, o que a Constituição Federal quer garantir é certa previsibilidade do resultado de determinadas demandas, de forma a proporcionar aos jurisdicionados maior segurança jurídica, seja por ocasião da formação do ato jurídico, seja no momento de se buscar a tutela jurisdicional. E nesse aspecto, destaca-se o artigo 10, do CPC de 2015¹⁶:

Art.10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trata de matéria sobre a qual deca decidir de ofício.

Assim, afirma-se que no âmbito do nosso sistema jurídico, afóra outros objetivos, os precedentes judiciais visam atribuir:

(...) uma consequência jurídica específica, passando, então, a ser considerado como algo que fornece a regra para a determinação de um caso subsequente envolvendo fatos materiais idênticos ou semelhantes que surgem no mesmo tribunal ou em juízo inferior na hierarquia judicial.¹⁷

Oportuno observar que a previsibilidade do resultado de certas demandas não acarretará a “fossilização” do Poder Judiciário, pois os processos que digam respeito a questões de fato continuarão a ser decididos conforme as provas apresentadas no caso concreto. Além disso, os tribunais poderão modificar precedentes já sedimentados, desde que o façam em decisão fundamentada.

¹⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1139

No Brasil, a eficácia prospectiva (*prospective overruling*) pode ser verificada no controle de constitucionalidade. É que o art. 27 da Lei nº 9.868/99¹⁸ possibilita que a Corte, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos daquela declaração ou decida que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Trata-se de medida excepcional e que deve ser utilizada, levando-se em consideração o fim almejado pela nova norma, o tipo de aplicação que se mostra mais correta e o grau de confiança que os jurisdicionados depositaram no precedente que irá ser superado. De qualquer forma, não se pode negar que, em nome da segurança jurídica, a decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade poderá resguardar até mesmo o ato formado segundo um regramento reputado inconstitucional.

¹⁸ Art. 27. 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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm

3 A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De fato, não é incomum encontrarmos resistência na doutrina e nos tribunais acerca da aplicação dos precedentes judiciais. No entanto, em razão da lenta velocidade pela qual se processam as alterações legislativas no Brasil, a tendência é que a jurisprudência ganhe musculatura, a fim de que possa solucionar as situações que não podem ser resolvidas por meio da aplicação literal da lei.

Com vistas ao aperfeiçoamento do *stare decisis* brasileiro, o novo Código de Processo Civil contemplou importantes mecanismos referentes ao sistema de precedentes judiciais e, conseqüentemente, de uniformização e estabilização da jurisprudência pátria. A seguir, será analisado cada um deles.

3.1 Fundamentação dos atos judiciais

Ao estabelecer os elementos, requisitos e efeitos da sentença, o novo CPC se detém minuciosamente no conceito de fundamentação dos atos judiciais, dispondo que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 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.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

De acordo com o dispositivo, não basta que o julgador invoque o precedente ou a súmula em seu julgado. É necessário que ele identifique os fundamentos determinantes que o levaram a seguir o precedente. Ou seja, cabe ao magistrado, ao fundamentar sua decisão, explicitar os motivos pelos quais está aplicando a orientação consolidada ao caso concreto.

Sobre a fundamentação das decisões, Cassio Scarpinella Bueno¹⁹ ensina que:

O §1º do art. 489 indica as hipóteses em que a *decisão* – qualquer decisão, como ele próprio faz questão de evidenciar – não é considerada fundamentada, exigindo do julgador que peculiarize o caso julgado e a respectiva fundamentação diante das especificidades que lhe são apresentadas. Fundamentações padronizadas e sem que sejam enfrentados todos os argumentos e as teses trazidas pelas partes não serão mais aceitas.

O artigo 489, do CPC de 2015, além de apresentar os novos elementos das decisões, positiva os parâmetros para a prática do *distinguishing*, já que, a partir da fundamentação específica do julgador e cotejo dos aspectos íntimos da causa é possível fazer a comparação entre o caso e a aplicação do precedente.

¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 325

Sobre o *distinguishing*, Cassio Scarpinella ²⁰ esclarece o seguinte:

A distinção não se confunde com a superação de orientação, pois o afastamento do precedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada -, mas apenas a sua não aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência.

Tanto assim o é que o inciso VI do parágrafo primeiro do artigo 489, do CPC de 2015 exige a demonstração dos motivos pelo qual o juiz deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte.

3.2 Precedente judicial e uniformização da jurisprudência

No título relativo à sentença, há um capítulo reservado ao precedente judicial (arts. 926 e 928 do novo CPC). Nesses dispositivos o legislador busca a adequação dos entendimentos jurisprudenciais em todos os níveis jurisdicionais, evitando a dispersão da jurisprudência e, conseqüentemente, a intranquilidade social e o descrédito nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

No §2º do art. 927, o legislador traz novamente a aplicação do *distinguishing* ao proibir a edição de súmulas que não se atenham aos detalhes fáticos do precedente que motivou a sua criação. Busca-se prevenir, dessa forma, a consolidação inadequada de súmulas e, por conseguinte, a errônea aplicação dos precedentes aos casos sob julgamento.

No art. 521, o legislador estabelece a hierarquia dos precedentes:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1149

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no [art. 10](#) e no [art. 489, § 1º](#), quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Como se vê, o novo ordenamento processual sustenta um roteiro de como os juízes e tribunais deverão aplicar os precedentes. A fim de que não parem dúvidas, é bom que se repita a expressão contida no caput do dispositivo: “as disposições seguintes devem ser observadas”. Logo, não se trata de faculdade, e sim de imperatividade.

De início, pode-se pensar que o novo CPC está afastando a independência do juízo e o princípio da persuasão racional, que habilita o magistrado a valer-se do seu convencimento para julgar a causa. Entretanto, ontologicamente, não há diferença entre a aplicação da lei ou do precedente, a não ser pelo fato de que, de regra, este contém mais elementos de concretude do que aquela. Tal como no sistema positivado, também no *stare decisis*, o livre convencimento do juiz incide sobre a definição da norma a ser aplicada – aqui por meio do confronto da *ratio decidendi* extraída do paradigma com os fundamentos do caso sob julgamento –, sobre a valoração das provas e finalmente sobre a valoração dos fatos pelo paradigma escolhido, levando-se em conta as circunstâncias peculiares da hipótese sob julgamento.

Somente lhe será lícito recorrer à lei ou ao arcabouço principiológico para valorar os fatos na ausência de precedentes. Pode até utilizar de tais espécies normativas para construir a fundamentação do ato decisório, mas jamais poderá renegar o precedente que contemple julgamento de caso idêntico ou similar. Essa obrigatoriedade, essa força normativa cogencial encontra a sua racionalidade no fato de que cabe ao STJ interpretar a legislação infraconstitucional e ao STF dar a última palavra sobre as controvérsias constitucionais. Assim, por mais que o julgador tenha outra compreensão da matéria sub judice, a contrariedade só terá o condão de protelar o processo por meio de sucessivos recursos e, conseqüentemente, de adiar a resolução da controvérsia.

A vinculação, entretanto, se restringe à adoção da regra contida na *ratio decidendi* do precedente. Tal como se passa no sistema de leis, não se cogita da supressão da livre apreciação da prova, da decisão da lide atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, enfim, do exercício do livre convencimento fundamentado. Não custa repetir que ao juiz se permite não seguir o precedente ou a jurisprudência, hipótese em que deverá demonstrar, de forma fundamentada, que se trata de situação particularizada que não se enquadra nos fundamentos do precedente.

Há ainda que se fazer uma importante observação no tocante à atuação dos advogados. É de suma importância que os operadores do dinheiro conheçam os precedentes e a jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores. É que os fundamentos jurídicos serão buscados prioritariamente nas decisões judiciais. Como primeiro juiz da causa, caberá ao advogado indicar ao julgador o precedente a ser aplicado, demonstrando, obviamente, a semelhança entre o caso submetido a julgamento ou, se for o caso, a distinção entre o paradigma apontado e o caso concreto.

Essa postura evitará o ajuizamento de ações e recursos desnecessários e tornará mais segura a consulta acerca das possíveis conseqüências de uma demanda.

3.3 **Modificação do entendimento**

O novo CPC traz os meios para se modificar o entendimento sedimentado. O inciso I contempla a hipótese de alteração de súmula vinculante, que já conta com previsão na Lei 11.417/06. O inciso II corresponde à alteração de súmula da jurisprudência dominante, prevista no regimento interno do respectivo tribunal. Por fim, o inciso III se refere à modificação do entendimento sedimentado, incidentalmente, no julgamento de recurso, remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.

Em todas as hipóteses, o órgão julgador deve observar os fundamentos legais que podem subsidiar a alteração do precedente. Segundo o NCPC, a modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. O que a norma visa é permitir a revogação de precedentes que já não correspondam mais à realidade econômica, política, social ou jurídica.

A superação dos precedentes deve ser realizada com cautela, podendo, segundo o NCPC, ser precedida de audiências públicas que servirão para democratizar o debate e legitimar as novas decisões sobre o tema em discussão.

3.4 **Efeitos e modulação**

Outra questão relevante se refere aos efeitos da modificação dos precedentes. Regra geral, o entendimento das cortes superiores se aplica aos casos em andamento, ou seja, às demandas pendentes de julgamento, não importando a jurisprudência vigente à época da formação jurídica em juízo deduzida.

Por outro lado, aquelas ações que já tenham sido decididas sob a égide do entendimento anterior não deverão sofrer com a modificação do precedente, em respeito à imutabilidade da coisa julgada.

Como forma de evitar prejuízos em razão da mudança brusca de entendimento das cortes superiores e, assim, proporcionar ao jurisdicionado maior segurança jurídica no momento do exercício de seu direito constitucional de ação, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão, limitando sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos prospectivos.

Essa modulação vale para os processos que ainda estejam em andamento, bem como para aqueles que de futuro vierem a ser ajuizados, não se admitindo relativizar a coisa julgada em decorrência de alteração de precedente judicial.

3.5 Eficácia vinculante

O efeito vinculante do precedente dependerá da adoção dos respectivos fundamentos pela maioria dos membros do órgão colegiado, ainda que desse entendimento não resulte súmula. Nesse diapasão, a *ratio decidendi* extraída do voto vencido não constitui precedente vinculante. A vinculação, nas hipóteses admitidas, se dará de forma hierarquizada. Por exemplo, o STJ deve observar o entendimento do STF e assim por diante, com relação aos tribunais de segundo grau. Também os órgãos fracionários devem seguir os precedentes fixados pelo tribunal.

Esse novo regramento evita situações nas quais dois jurisdicionados, em situações juridicamente semelhantes, têm seus recursos julgados de forma completamente distintas porque um deles foi distribuído para a 1ª Turma do STJ e outro para a 2ª Turma do mesmo Tribunal, por exemplo.

O novo CPC também prevê que a eficácia vinculante do precedente será afastada quando os fundamentos do caso paradigma, que poderiam

servir de parâmetro para o caso sob julgamento, não forem imprescindíveis para o resultado final ou quando não forem adotados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que estejam presentes no acórdão. Disso depreende-se que terão o efeito vinculante apenas os argumentos essenciais, os que definirem a tese a ser aplicada e que forem aceitos pela maioria. Nesse sentido, Garcia Medina²¹ explica que:

Ao julgar o incidente, deverá o tribunal fixar a tese a ser observada no julgamento dos processos que ficaram suspensos, bem como em processos em que posteriormente, vier a se discutir a mesma questão de direito (cf. art. 985, I e II, do CPC/2015).
Caso não observada a tese fixada no julgamento do incidente, caberá reclamação (cf. 985, §1º e 988, IC, do CPC/2015).

A intenção do legislador é evitar que os operadores do direito se estribem em votos vencidos ou em precedentes que não se amoldam ao caso concreto para sustentar suas teses.

Isso vale para advogados e julgadores. Apenas as decisões proferidas ou seguidas pela maioria dos julgadores e que se amoldem ao caso concreto podem ser utilizadas como paradigma para decisões futuras.

Cabe salientar que a formação de precedente deve observar o devido processo legal. Nessa linha, estabelece o novo CPC que, na formação de um precedente, será vedada a utilização do fundamento a respeito do qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar. De fato, a utilização de precedente só garantirá estabilidade quando restar assegurada a plena participação das partes. Caso contrário, ter-se-á verdadeira restrição ao acesso à Justiça.

²¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1160

3.6 Precedentes e a Reclamação Constitucional

Na esteira das disposições constitucionais (art. 102, I, “l”, e art. 105, I, “f”, ambos da CF/88), a Reclamação é cabível para preservar a competência do STF e do STJ, assim como para garantir a autoridade das decisões por eles prolatadas. Também é possível ajuizar Reclamação para garantir a autoridade das súmulas vinculantes (art. 103-A, §3º, Constituição Federal). A medida não se aplica, contudo, às súmulas convencionais da jurisprudência dominante do próprio Supremo ou da Corte Cidadã.

Nesse sentido, observa-se:

A reclamação é ação de competência originária dos tribunais, cabível para preservar sua competência, *garantir* a autoridade de suas e a observância de precedente oriundo de julgamento de casos repetitivos ou de competência e, em relação ao STF, cabível também para garantir a observância de suas decisões em controle concentrado de constitucionalidade e de súmula vinculantes (art. 988, I a IV, do CPC/2015).²²

Apesar de mais comum no âmbito das Cortes Superiores, a Reclamação é essencial como instrumento de defesa judicial das decisões proferidas pelas cortes estaduais, no exercício da função de guardiãs das Constituições estaduais. Assim, podemos dizer que, simetricamente, a Reclamação prevista no texto constitucional pode ser utilizada no âmbito dos Estados, a depender de regulamentação na constituição local.

Existe também a possibilidade excepcional e transitória de reclamação para o STJ contra acórdão de turma recursal quando: (i) houver afronta à jurisprudência pacificada em recurso repetitivo (art. 543-C, CPC/73); (ii) houver violação de súmula do STJ; ou (iii) for teratológica.

²² MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1319

Nesses casos, a reclamação tem cabimento até que seja criada a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal.

O novo CPC alarga, pelo menos de forma expressa, as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional, ao prever que ela poderá ser ajuizada para garantir a observância de súmula vinculante e de acórdão ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (art. 988, IV). Agora, estando a tese jurídica firmada em recurso repetitivo (recurso especial ou extraordinário), pode o jurisdicionado ou o próprio Ministério Público propor a reclamação a fim de “chamar a atenção” da instância inferior para a necessidade de se observar a decisão consolidada.

O único óbice à aplicação da reclamação é a coisa julgada, que deve ser compreendida aqui como a coisa julgada material, ou seja, aquela que confere à decisão contornos de indiscutibilidade e imutabilidade. Esse já é, inclusive, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal pelo viés da sua Súmula 734:

SÚMULA 734: Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.

E no mesmo sentido, observa-se o seguinte precedente:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. AÇÃO RECLAMATÓRIA QUE BUSCA IMPUGNAR DECISÃO JUDICIAL JÁ ACOBERTADA PELA COISA JULGADA. ÓBICE DA SÚMULA 734/STF. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – Incabível a reclamação proposta contra decisão judicial já acobertada pelo manto da coisa julgada. Incide na espécie a Súmula 734 do STF. II – Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Rcl 11751 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 26-04-2016 PUBLIC 27-04-2016)

Portanto, as disposições sobre a reclamação inseridas no CPC de 2015, em verdade, serviram para regulamentar prática já pacificada pela jurisprudência do STF.

3.7 Precedentes e o incidente de resolução de demandas repetitivas

Uma das maiores novidades trazidas pelo novo CPC é o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 a 987). Esse procedimento será admitido quando for identificada controvérsia com potencial de ocasionar a multiplicação de causas fundadas na mesma questão de direito, circunstância que pode provocar insegurança jurídica e ofensa à isonomia, frente à possibilidade de coexistirem decisões conflitantes. Scarpinella Bueno²³ esclarece que:

O instituo quer viabilizar uma verdadeira concentração de processos que versem sobre uma mesma questão de direito no âmbito dos tribunais e permitir que a decisão a ser proferida *vincule* todos os demais casos que estejam sob a competência territorial do tribunal julgador.

O incidente apresenta-se como método de solução de demandas múltiplas, em que se parte de um caso concreto entre contendores individuais, cujo debate permite visualizar uma pretensão apta a repetir-se. É, assim, mais uma medida para minimizar os efeitos decorrentes do excessivo número de processos em trâmite no Judiciário brasileiro viabilizar um tratamento igualitário aos jurisdicionados.

O incidente de resolução de demandas repetitivas apresenta semelhanças com os institutos da repercussão geral e do julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos. Negada a existência da repercussão geral quanto ao recurso representativo da controvérsia, todos os recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, sobrestados na forma do art. 543-B (CPC/73), considerar-se-ão automaticamente não admitidos. Ao contrário, admitido e julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. Mutatis

²³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 612

mutandis, situação semelhante se passa com relação ao julgamento dos recursos especiais repetitivos.

Como se vê, o acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário ou do Recurso Especial, no caso de idêntica controvérsia, servirá de base para o juízo de admissibilidade de outros recursos que versem sobre a mesma questão e até para o julgamento de outros recursos ou causas cujos trâmites foram suspensos.

No incidente de resolução de demandas repetitivas, o acórdão do Tribunal de Justiça ou do TRF servirá de parâmetro para o julgamento de todos os processos – presentes e futuros, individuais ou coletivos – que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, ou seja, vinculará os órgãos de primeiro grau e o próprio tribunal. O acórdão passará a ser o precedente que irá reger os processos em tramitação, bem como aqueles que venham a ser instaurados.

3.8 Precedentes e o incidente de assunção de competência

O incidente de assunção de competência, previsto no art. 555, §1º, do CPC/73 e no art. 947 do CPC de 2015, permite que o relator submeta o julgamento de determinada causa ao órgão colegiado de maior abrangência dentro do tribunal, conforme dispuser o regimento interno. A causa deve envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, de forma a justificar a apreciação pelo plenário, órgão especial ou outro órgão previsto no regimento interno para assumir a competência para julgamento do feito.

Conforme se deduz do art. 555 do CPC/73, a assunção de competência somente tem lugar no julgamento da apelação ou do agravo, ou seja, nos tribunais de segundo grau. Já de acordo com o novo CPC, em qualquer recurso, na remessa necessária ou nas causas de competência originária, poderá ocorrer a instauração do incidente.

Assim, quando aprovado o Novo Código, em qualquer julgamento jurisdicional cível levado a efeito nos Tribunais de Justiça dos Estados

e do Distrito Federal, nos TRFs, no STJ e no STF, atendidos os pressupostos legais, será admissível a assunção de competência.

Outra relevante novidade está no §3º do art. 947 do novo CPC, que garante a vinculação de todos os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal ao entendimento firmado no incidente de assunção de competência. Nesse sentido, destaca-se a lição de Scarpinella Bueno²⁴:

O §3º do art. 947 deixa expresso o efeito vinculante que a decisão tomada tem em relação aos demais órgãos fracionários. Ressalvando a possibilidade de revisão de tese. O inciso IV do art. 1988 prevê, a propósito, o cabimento de reclamação para “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou”, como interessa para cá “em incidente de assunção de competência”.

Trata-se, portanto, de um precedente de força obrigatória, cuja inobservância pode ensejar a propositura de reclamação na forma do art. 1988, IV, do novo CPC.

Ainda a respeito da assunção de competência, oportuno ressaltar que, de acordo com o novo CPC, o precedente firmado neste incidente poderá ser utilizado em diversas hipóteses de julgamento antecipatório, evitando o trâmite de causas que tratem de questões idênticas e garantindo que o julgador aplique ou distinga o caso daquele sedimentado na jurisprudência. Aprimora-se, assim, o caráter normativo e sistemático do instituto.

É de se lembrar, por fim, que, pelo menos de forma mais simplificada, essa técnica de composição ou prevenção de divergência já está prevista nos Regimentos Internos do STF (art. 22, parágrafo único, alíneas “a” e “b”) e do STJ (art. 14, II; art.12, parágrafo único).

²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 594

CONCLUSÃO

As técnicas que valorizam os precedentes judiciais e, conseqüentemente, a celeridade processual, a isonomia e a segurança jurídica, devem servir para aprimorar o sistema processual civil e jamais para engessar a atuação interpretativa dos juizes e tribunais pátrios ou para limitar o direito de acesso à justiça.

O processo deve estar aberto ao diálogo e à troca de experiências. Não se pode cogitar em Estado Democrático de Direito sem um ordenamento coerente. A função e a razão de ser dos nossos tribunais é proferir decisões que se amoldem ao ordenamento jurídico e que sirvam de norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário.

A adoção dos precedentes não significa, portanto, “eternização” das decisões judiciais. O juiz deverá continuar a exercer o seu livre convencimento e a agir conforme a sua ciência e consciência, afastando determinada norma quando ela não for capaz de solucionar efetivamente o caso concreto. Tudo vai depender da motivação. É através dela que se avaliará o exercício da função jurisdicional e, conseqüentemente, a eficiência do sistema de precedentes adotado pelo Novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos (Coord. Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: Juspodivm, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo código de processo civil anotado. - São Paulo: Saraiva, 2015.

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

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. Curso didático de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Curso didático de direito processual civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em 27 out. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. Disponível em: <<http://marinoni.adv.br/artigos.php#>>. Acesso em 27 out. 2014.

_____. Precedentes obrigatórios. 3. ed. rev. atual. e ampliada - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

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.