

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E
DAS MISSÕES - CAMPUS ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

LEONARDO PAVAN BAGATINI

**OS EFEITOS DO PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

ERECHIM

2016

LEONARDO PAVAN BAGATINI

**O PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao curso de Direito,
Departamento de Ciências Sociais
Aplicadas da Universidade Regional
Integrada do Alto Uruguai e das Missões-
Campus de Erechim.

Orientador: Me. Rogério Garcia Mesquita

Erechim,
2016

À minha Mãe,
Ao meu Pai,
Ao meu irmão,
À minha namorada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter a melhor família do mundo, bem como por estar presente em todos momentos importantes da minha vida.

Agradeço a minha mãe, Ana, por seu um exemplo de coragem, determinação e humildade. Ao meu pai pelos ensinamentos de uma vida, que aos poucos vou aprendendo. Ao meu irmão, fonte de inspiração e conhecimento.

A minha namorada, amiga, companheira de hoje e para sempre.

Ao Professor orientador, Me. Rogério Garcia Mesquita, pela ajuda prestada e conhecimento repassado.

Agradeço a todos aqueles que me deram oportunidades de aprender, notadamente: aos meus amigos e ex-colegas da Distribuição e Contadoria do Fórum de Erechim; aos meus amigos e ex-colegas do Anexo da Fazenda Pública; aos meus amigos e colegas do Ministério Público Federal.

Aos meus amigos de todas as épocas que direta ou indiretamente contribuíram para o meu crescimento moral, pessoal e intelectual.

Age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza (Immanuel Kant)

Insanidade é continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultados diferentes. (Albert Einstein).

RESUMO

Os precedentes judiciais sempre existiram na história do direito, seja nos países adeptos a tradição do *common law* ou do *civil law*, obviamente que com valorações diferentes. No Brasil, apesar de serem largamente utilizados pelos operadores do direito, seus efeitos eram, em regra, meramente argumentativos. Com o advento do Novo Código de Processo Civil que entrou em vigor no ano de 2016, eles passaram a gozar de eficácia obrigatória, conforme previsão do artigo 927. Assim, os Juízes e Tribunais devem, obrigatoriamente, seguir esta espécie de precedentes. O espírito do Código de Processo Civil é de integridade jurisprudencial. A previsão mencionado artigo acarreta uma série de alterações positivas em alguns princípios processuais e constitucionais, como por exemplo, traz uma maior concretude aos Princípios da Segurança Jurídica, Igualdade, Duração Razoável do Processo. Além disso, tendo em vista a considerável inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, muito se discute sobre qual a tradição impera atualmente, se é a do *civil law* ou do *common law*. Conforme observar-se-á não há no momento que se falar em mutação de tradição, mas uma aproximação entre elas. A adoção de um sistema de respeito aos precedentes, faz surgir figuras até então pouco aplicáveis no direito brasileiro, tais como: os motivos determinantes da decisão, o método da distinção e revogação de precedentes. Por outro lado, atribui novas dimensões para sedimentados institutos processuais, como a reclamação aos tribunais.

Palavras chaves: Precedentes judiciais. Código de Processo Civil. Efeitos vinculantes. *Ratio decidendi*.

RÉSUMÉ

Les précédents juridiques existaient toujours dans l'histoire du droit, soit dans les pays adeptes de la tradition du common law ou du civil law, évidemment qu'avec valorisations différentes. Au Brésil, malgré qu'il soit utilisé largement par les opérateurs du droit, leurs effets étaient, dans la règle, simplement argumentatifs. Avec l'arrivée du Nouveau Code de Processus Civil qui est entré en vigueur l'année de 2016, ils ont commencé à bénéficier d'efficacité obligatoire, selon la prévision de l'article 927. Comme ceci, les Juges et les Tribunaux doivent, obligatoirement, suivre cette espèce de précédents. L'esprit du Code de Processus Civil est d'intégrité jurisprudentiel. La prévision du mentionné article entraîne une série de changements positifs dans quelques principes procéduraux et constitutionnels, comme par exemple, elle apporte une plus grande concrétude aux Principes de la Sécurité Juridique, l'Égalité, la Durée Reasonnable du Processus. En plus, en vue de la considérable innovation à l'ordre juridique brésilien, on discute beaucoup sur quelle est la tradition qui règne maintenant, si c'est celle de la loi civile (civil law) ou du droit coutumier (common law). Selon comme l'on observera il n'y a pas pour le moment de se parler de mutation de tradition, mais d'une approche entre elles. L'adoption d'un système de respect aux précédents, fait apparaître des illustrations jusque-là peu applicables dans le droit brésilien, tels que : les motifs déterminants de la décision, la méthode de la distinction et de l'abrogation de précédents. D'autre part, il attribue nouvelle dimension sédimentaires aux instituts procéduraux, comme la réclamation aux tribunaux.

Mots clés : précédents juridiques. Code de Processus Civil. Ratio decidendi.

LISTAS DE SIGLAS

ADin – Ação direta de Inconstitucionalidade

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil de 2015

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

FPPC – Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. PRECEDENTES JUDICIAIS	14
2.1. FONTES DO DIREITO	14
2.1.1. Lei	15
2.1.2. Costume	16
2.1.3. Jurisprudência	16
2.1.4. Doutrina	18
2.2. DO PRECEDENTE JUDICIAL	18
2.3. O PRECEDENTE JUDICIAL E JURISPRUDÊNCIA CRIAM OU DECLARAM O “DIREITO”?	20
2.3.1. O papel do Juiz nos casos de conceitos indeterminados e normas abertas	23
2.4. NOÇÕES HISTÓRIA DOS PRECEDENTES	25
2.4.1. Precedente no <i>Common Law</i>	25
2.4.2. Precedentes no <i>Civil Law</i>	27
2.5. PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 1973	32
2.5.1. Precedente Obrigatório vs. Coisa Julgada <i>erga omnes</i>	34
2.6. DISPARIDADE DE DECISÕES NO CPC/73.	35
3. PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO	37
3.1. ESPÉCIES DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS	41
3.1.1. Precedentes das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade.	41
3.1.2. Súmulas vinculantes	43
3.1.3 Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo.	47
3.1.4 Enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça	49
3.1.5 Orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados.	51
3.1.6. Rol exemplificativo do artigo 927 do CPC	57
3.2. FUNDAMENTOS DETERMINANTES - <i>RATIO DECIDENDI</i>	59
3.3. ARGUMENTOS DITOS DE PASSAGEM - <i>OBITER DICTUM</i>	62
3.4. PRECEDENTE OBRIGATÓRIO NAS DECISÕES JUDICIAIS	64

3.5. PRECEDENTES PERSUASIVOS.....	68
3.6. DISTINÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE – <i>DISTINGUISHING</i>	69
3.7. REVOGAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE – <i>OVERRULING</i>	71
3.7.1. Efeitos do <i>overruling</i> no ordenamento jurídico brasileiro.....	75
3.7.2. Antecipação do <i>overruling</i>.....	79
3.8. RECLAMAÇÃO – INSTRUMENTO COERCITIVO DE RESPEITO AOS PRECEDENTES.....	81
3.9. DO DEVER DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DE PUBLICIDADE DOS PRECEDENTES.....	84
3.9.1 Do Dever de Uniformização da Jurisprudência.....	84
3.9.2. Do Dever de Publicidade dos Precedentes.....	86
4. OS EFEITOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	88
4.1. CIVIL LAW VS. COMMON LAW À LUZ DO NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL.....	88
4.2. PRECEDENTES JUDICIAIS COMO MEIO DE ASSEGURAR A EFETIVIDADE DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS.....	91
4.2.1. Princípio da Segurança Jurídica.....	92
4.2.2. Princípio da Igualdade.....	95
4.2.3. Princípio da Duração Razoável do Processo.....	97
4.2.4. Princípio da legalidade.....	102
4.2.5 Princípio do Contraditório.....	103
4.2.6. Princípio da Eficiência na Administração Pública.....	104
4.3. PROBLEMAS MERAMENTE APARENTES DOS PRECEDENTES VINCULANTES.....	105
4.3.1. Violação ao princípio da separação dos poderes.....	105
4.3.2. Violação ao Princípio da Independência Funcional do Magistrado.....	107
4.3.3. Engessamento da Jurisprudência.....	109
5. CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS.....	118
GLOSSÁRIO.....	124

1. INTRODUÇÃO

O precedente judicial, objeto principal deste estudo, é um instituto inerente ao Direito, de modo que, sempre onde houver o direito e conseqüentemente decisões haverá precedente judicial. O precedente judicial tem ampla incidência tanto nos países de tradição *civil law* como *common law*, a substancial diferença é na sua valoração, haja vista que nesse sistema os precedentes ocupam status de fonte primária do direito.

Precedente judicial é uma única decisão que a luz do caso concreto, pode ter sua *ratio decidendi* utilizada em outros casos que tenham semelhança fática e/ou jurídica.

Com o advento do novo Código de Processo Civil o precedente judicial sofreu significativa alteração no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 927 deste diploma legal inovou ao estabelecer um rol de precedentes que vinculam os Juízos e Tribunais no momento da prolação de suas decisões. Tais precedentes devem ser conhecidos de ofício pelos Magistrados, sob pena de tornar suas sentenças omissas e conseqüentemente passíveis de anulação.

O mencionado artigo tem grande repercussão na ordem processual civil brasileira. Assim, busca-se no presente estudo discorrer sobre os principais efeitos do precedente obrigatório no ordenamento jurídico brasileiro.

O presente estudo parte de uma análise dos precedentes a partir das fontes do direito, sendo abordada questão tormentosa que permeia a história jurídica, qual seja: precedente cria ou declara o direito? Após, discorre-se sobre a importância dos precedentes na tradição romanística ou anglo-saxônica, até chegar a publicação do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.

Durante a égide do Código de Processo Civil de 1973 os precedentes de regra tinham efeitos meramente persuasivos. Ocorre que, embora houvesse meios que estimulavam a coerência da jurisprudência, estes não foram capazes de estabelecer o mínimo de segurança jurídica aos particulares. Não raras vezes o mesmo tribunal possuía posicionamentos antagônicos acerca da mesma matéria. A disparidade nas

decisões judiciais fere frontalmente, dentre outros, o princípio constitucional da igualdade. O jargão: “cada cabeça uma sentença” não pode ter espaço em um Estado de direito.

Na sequência, conceitua-se o precedente obrigatório e seu alcance, bem como se discorre sobre suas espécies à luz do Código de Processo Civil de 2015. Tendo em vista que o sistema de respeito aos precedentes não era até então adotado no Brasil, com a inovação proposta pelo artigo 927 do CPC, mostrou-se imprescindível a importação de conceitos originários da tradição anglo-saxônica. Tais como o da *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguish*, *overruling*, que também serão comentados, sob o prisma do direito brasileiro. Esta importação de conceitos trouxe outro questionamento: o sistema jurídico ora adotado pelo Brasil é o *common law* ou o *civil law*?

Não obstante, os efeitos mais significativos dos precedentes são os que salvaguardam a efetividade de direitos constitucionais. A principal missão dos precedentes obrigatórios é expurgar do direito brasileiro a endemia do excesso de divergência jurisprudencial, garantindo concretude aos princípios da igualdade, segurança jurídica, duração razoável do processo e eficiência da administração pública.

Há questionamentos sobre a constitucionalidade dos precedentes obrigatórios, sob argumento de violação do princípio da separação dos poderes, ou afronta ao princípio da independência funcional do magistrado. Também indaga-se sobre um possível engessamento ou fossilização do direito em decorrência do sistema de respeito aos precedentes. Todavia, trata-se de problemas meramente aparentes que não se sustentam após uma análise profícua ordenamento jurídico brasileiro.

O referido tema é uma das principais mudanças no âmbito do direito processual civil e certamente causará acirradas discussões em sede jurisprudencial no momento de sua aplicação ao caso concreto; na seara doutrinária, por sua vez, já existem algumas divergências entre os principais autores processualistas. Por estes motivos, configura-se instigante e necessário o estudo aprofundado do preceito, mas já polêmico novo Código de Processo Civil, que será indubitavelmente o instrumento de trabalho de grande parte dos operadores do Direito.

Conforme já referido, o objetivo principal deste estudo é explorar os principais efeitos dos precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro. Partindo,

das fontes do direito, passando pelos seus aspectos históricos até a publicação do Código de Processo Civil de 2015. Após conceitua-se os precedentes obrigatórios e sua espécie, além das principais figuras de um sistema que prega pelo respeito aos precedentes.

Por fim, examina-se os efeitos dos precedentes, com base em princípios constitucionais, notadamente a importância destes como meio de concretização de direitos fundamentais. Ainda, são afastados todos os questionamentos acerca da inconstitucionalidade dos precedentes obrigatórios.

2. PRECEDENTES JUDICIAIS

2.1. FONTES DO DIREITO

A doutrina costuma classificar as fontes do direito entre formais e materiais, estas decorrem de elementos que fomentam a criação das fontes formais, como: os fatos sociais, a economia, política. Aquelas fontes se ramificam na legislação, costume jurídico, jurisprudência e doutrina, são as formas pelas quais as normas jurídicas se exteriorizam, tornam-se conhecidas. Segundo Franco Montoro (2008), para conhecer as fontes formais do direito é necessário investigar o ponto em que ela saiu das profundezas da vida social para emergir na superfície do direito. Nesse norte, Miguel Reale igualmente conceitua:

Por “fonte do direito” designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas fôrmas, ou estruturas normativas, que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial. (REALE, 2002, p. 140)

No caso das fontes formais, a doutrina estabelece distinção entre as diretas e indiretas. Considera-se fonte formal direta, aquela que tem o condão de criar direito, inovar no ordenamento jurídico, no Brasil ela se apresenta através da lei. As fontes indiretas, por seu turno, não tem aptidão de estabelecer um nova ordem jurídica, todavia, fornecem ao jurista subsídios para uma melhor interpretação e aplicação da lei. A jurisprudência e a doutrina, no Brasil, são exemplos de fontes formais indiretas.

Deve se ressaltar, que é o sistema jurídico de cada país que define se uma fonte é direta ou indireta. Estados adeptos a tradição anglo-saxônica, em regra, atribuem aos costumes e jurisprudência o status de fonte formal direta. Os, filiados a

tradição romanística adotam a lei como principal fonte do direito. Nessa senda, cita-se Paulo Nader:

Na terminologia adotada pelos autores, embora sem uniformidade, há a distinção entre as chamadas fontes *direta* e *indireta* do Direito. Aquela é tratada aqui por *fonte formal*, enquanto a *indireta* não cria a norma, mas fornece ao jurista subsídios para o encontro desta, como é a situação da doutrina jurídica em geral e da jurisprudência em nosso país. (...) Para os países que seguem a tradição romano-germânica, como o Brasil, a principal forma de expressão é o Direito escrito, que se manifesta por leis e códigos, enquanto o costume figura como fonte complementar. A jurisprudência, que se revela pelo conjunto uniforme de decisões judiciais sobre determinada indagação jurídica, não constitui uma fonte formal, pois a sua função não é gerar normas jurídicas, apenas interpretar o Direito à luz dos casos concretos. (...) No sistema do *Common Law*, adotado pela Inglaterra e Estados que receberam a influência do seu Direito, a forma mais comum de expressão deste é a dos precedentes judiciais. (NADER, 2016, p. 142).

Diante da importância de cada fonte calha examina-las individualmente.

2.1.1. Lei

Nas sociedades hodiernas, conforme preceitua Montoro (2008), a lei é a fonte mais importante do direito, sendo ela a forma primária, ordinária e fundamental de expressão do direito. A própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) atribui este status à legislação, haja vista a redação do artigo 5º, II, prescreve que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, no mesmo sentido é o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), em que se considera: “(...) essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”.

As leis possuem um processo de elaboração, previsto na Constituição o qual deve ser rigidamente observado pelo legislador, sob pena de a norma padecer de vício de inconstitucionalidade formal. Outro fator a ser considerado no processo legiferante é a compatibilidade material da norma com o texto constitucional.

2.1.2. Costume

O costume embora tenha perdido força com o advento *jus* positivismo, mantém-se e constitui-se uma fonte formal do direito. Aliás, trata-se da fonte mais antiga do direito. Franco Montoro, ensina que se trata de:

(...) uma repetição constante de determinados comportamentos na vida de uma comunidade, acompanhada da convicção de sua necessidade, ao ponto de poderem os interessados exigir o respeito a esse comportamento pela força, em caso de transgressão (...) (MONTORO, 2008, p. 374).

Considerando que as leis possuem um processo de alteração mais demorado, perdendo muita das vezes a sua aplicabilidade, o costume por ser dinâmico e mutável não tem esse problema. Todavia, como ressalva o doutrinador retromencionado (MONTORO, 2008), os costumes são dotados de grande insegurança e obscuridade, ao contrário da lei.

2.1.3. Jurisprudência

A jurisprudência se configura como o produto de reiteradas decisões judiciais num mesmo sentido sobre demandas que tenham semelhança fática e jurídica. A palavra jurisprudência possui três definições distintas: a) indica a ciência jurídica; b) conjunto de decisões dos tribunais, em sentido amplo, sejam elas uniformes ou contraditórias; c) em sentido estrito, significa um conjunto de decisões uniformes. Na lição de Montoro (2008), está última acepção é a que se revela como fonte do direito. Ressalta-se que, embora a jurisprudência seja fonte do direito, é equivocado equiparar ela ao status de lei, pois em um Estado de Direito, especialmente os de tradição romanística, a lei é a fonte primária de direito (*vide* item 2.3 do presente estudo).

Esta fonte do direito é largamente utilizada pelos operadores do direito, porque muitas das vezes o legislador, desprovido de conhecimento jurídico, acaba por criar normas incoerentes com o direito, se utilizando de termos vagos ou sem a técnica

necessária, cabendo ao interprete adequar elas a realidade do mundo jurídico. Nesse norte, leciona Humberto Theodoro Junior:

Mesmo diante de textos legais expressos, não é pequena a contribuição da jurisprudência para fixação dos conceitos básicos do direito processual. A incoerência do legislador, a obscuridade dos textos normativos, a imprecisão terminológica, como falhas naturais de toda criação humana, são frequentemente superadas pelo trabalho criativo e aperfeiçoador da doutrina e da jurisprudência. E o mais importante é o trabalho de ir promovendo a criação de novas concepções que inspiram remodelação das normas jurídicas expressas, a par de consolidar os costumes judiciais que são, na prática, produto da jurisprudência assentada. (THEODORO, 2013, p. 16)

As decisões reiteradas dos tribunais de maneira uníssona implicam na estabilidade ao Direito, porque definem o real alcance e sentido da norma, sem inovar o ordenamento jurídico. A respeito giza Paulo Nader:

Em seu contínuo labor de julgar, os tribunais desenvolvem a análise do Direito, registrando, na prática, as diferentes hipóteses de incidência das normas jurídicas. Sem o escopo de inovar, essa atividade oferece, contudo, importante contribuição à experiência jurídica. Ao revelar o sentido e o alcance das leis, o Poder Judiciário beneficia a ordem jurídica, tornando-a mais definida, mais clara e, em consequência, mais acessível ao conhecimento. (NADER, 2016, p. 171).

O Direito codificado não é suficiente para proporcionar ao juiz a solução necessária ao julgamento, desta forma é importante o papel dos juízes nos casos de normas abertas ou conceitos indeterminados (*vide* item 2.3.1 do presente estudo).

De outro lado, jurisprudência ao revés da lei, conforme lição de Montoro (2008), goza de ampla maleabilidade, por isso tem importante papel no esclarecimento dos conceitos gerais da norma e na sua adequação ao caso em concreto. O juiz não é um aplicador automático das normas, até porque a ciência jurídica não é exata, logo, o intérprete é o direito vivo e a lei o direito inanimado.

2.1.4. Doutrina

A doutrina é uma fonte formal, não estatal, formada pelos ensinamentos dos juristas acerca de determinada temática (MONTORO, 2008). A doutrina é um instrumento do operador do direito na interpretação da norma ou até mesmo como fundamento de autoridade sobre uma determinada tese invocada.

2.2. DO PRECEDENTE JUDICIAL

O precedente judicial, objeto principal deste estudo, é um instituto inerente ao Direito, de modo que, sempre onde houver o direito e conseqüentemente decisões haverá precedente judicial. O precedente judicial também é considerado fonte do direito, entretanto é equivocado equiparar eles à lei, pois em um Estado de Direito como o Brasil a lei é a fonte primária de direito (*vide* item 2.3 do presente estudo).

Segundo Marinoni (2016) o precedente, simultaneamente orienta as pessoas e obriga os juízes (no caso dos precedentes vinculantes), porém não imobiliza as relações sociais ou impede a jurisdição de produzir um direito consentâneo com a realidade e os novos valores sociais.

O precedente judicial tem ampla incidência tanto nos países de tradição *civil law* como *commom law*, a substancial diferença é na sua valoração, haja vista que nesse sistema os precedentes ocupam status de fonte primária do direito. José Rogério Cruz e Tucci assevera que:

(...) atividade dos juízes e, por via de consequência, os precedentes judiciais constituem importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*), com incidência muito mais ampla do que normalmente se imagina. (TUCCI, 2004, p. 17)

Precedente judicial é uma única decisão que pode ter a sua *ratio decidendi* utilizada em outros casos que tenham semelhança fática e/ou jurídica. Didier, Braga e Oliveira (2015) afirmam que em sentido amplo o precedente é uma decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como

diretriz para julgamento posterior de casos análogos Mas, em sentido estrito o precedente pode ser definido como a própria *ratio decidendi*. No mesmo sentido Lucas Buril Macedo:

Em sentido próprio, continente, ou formal é o fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é a fonte o direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões. Já precedente em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo “norma do precedente”, que é precisamente a *ratio decidendi*, esse sentido é também o substancial. (MACÊDO, 2014, p. 92-93).

De acordo com a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni (2016), só há que se falar em precedente quando se tem um acórdão dotado de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. Ademais, não é imprescindível que seja a primeira decisão que interprete determinada norma, mas é preciso que o julgador enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Ainda, os fundamentos da decisão devem ser compartilhados pela maioria dos membros do órgão colegiado competente para o julgamento.

O precedente, conforme Tucci (2004) assinala, é formado por dois elementos distintos: a) a conjectura fática; b) tese ou princípio jurídico assentado na *ratio decidendi*.

Por fim, denota-se que os conceitos de precedente judicial e jurisprudência são distintos, porque esta se trata de um conjunto de decisões reiteradas num mesmo sentido por parte de juízos e tribunais e aquele se refere a apenas uma decisão como poderes de influenciar casos vindouros. Acerca do tema preleciona José Miguel Garcia Medina:

Um precedente judicial não traz a ideia de coletividade, de reunião de decisões harmônicas sobre determinadas questão jurídica. Esse é o traço distintivo e característico do precedente judicial quando comparado à noção técnica e estrita de jurisprudência (...). Precedente é uma decisão judicial e uma decisão judicial, e uma decisão judicial não pode ser considerada uma jurisprudência, nem mesmo qualquer conjunto de decisões (...), pois é

necessário que esse conjunto de decisões seja harmônico e que verse sobre determinado tema. (MEDINA, 2015, p. 1247)

Pelo exposto, verifica-se que é equivocado utilizar as duas expressões como sinônimas.

2.3. O PRECEDENTE JUDICIAL E A JURISPRUDÊNCIA CRIAM OU DECLARAM O “DIREITO”?

Em que pese o precedente e a jurisprudência sejam consideradas fontes, se discute se eles criam ou apenas declaram o direito.

A corrente majoritária afirma que o precedente e a jurisprudência não inovam o ordenamento jurídico, lhes cabe à função de declarar o direito preexistente. No Estado de Direito cabe ao judiciário integrar e interpretar a norma, mas não cria-la, sob pena de ferir o Princípio da Separação dos Poderes. Contudo, o juiz não é um *robot* que somente aplica a lei, pois, dentre outros motivos, o mundo dos fatos muda com maior rapidez do que a legislação, cabendo ao interprete atribuir um significado pertinente à determinada norma de acordo com o contexto histórico e social em que vive. A respeito cita-se Paulo Nader:

Nos Estados que seguem a tradição romano-germânica, a cujo sistema vincula-se o Direito brasileiro, não obstante alguma divergência doutrinária, prevalece o entendimento de que o papel da jurisprudência limita-se a revelar o Direito preexistente. É através dela que se revelam as virtudes e as falhas do ordenamento. É pela interpretação executada pelo Poder Judiciário que as determinações latentes na ordem jurídica se manifestam. Portanto, a atividade dos juízes é fecunda e, sob certo ponto de vista, criadora. (NADER, 2016, p. 176).

Embora se repute a jurisprudência e os precedentes como fontes do direito, no Brasil a fonte primária e direta é a lei, sendo os precedentes e a jurisprudência fontes indiretas.

Mesmo nos casos em que se julga com base em princípios ou nos casos em que se define um sentido para um texto com significado ambíguo, o juiz deve julgar com

base no sistema jurídico, não podendo criar um novo direito. Nesse sentido, José Miguel Garcia Medina:

Mesmo quando decide a partir de princípios, ou resolve questões à luz de textos legais que contenham expressões vagas, não está autorizado o juiz a julgar “a partir do nada”, como se legislador fosse. (...) não se admite que o juiz insira algo “estranho” ao ambiente jurídico. A novidade do “precedente criativo” somente pode ser admitida no sentido de esclarecer algo, ou se descobrir um princípio que, por assim dizer, encontrava-se adormecido. Mas mesmo aí não se cria. (MEDINA, 2015, p.1.254)

Ademais, ainda que o juiz tenha como competência declarar o direito e não criá-lo, não se pode considerá-lo como um autômato ou *robot*, como já exarado, pois as normas devem ser interpretadas, analisadas e aplicadas ao caso concreto. A propósito, calha citar novamente José Miguel Garcia Medina:

Ora, nenhum juiz, ao decidir, age como autômato, como se, com uma película transparente, permitisse entrever, da leitura de sua decisão, o texto de uma lei. Os textos não são apenas lidos pelo juiz e aplicados, mas são lidos, entendidos, interpretados à luz de outros artigos de lei e de princípios jurídicos, e então aplicados a uma problemática correta. (MEDINA, 2015, 1.255)

Luiz Guilherme Marinoni traz à baila Ronald Dworkin (1978 apud MARINONI, 2016), que aduz mesmo nos *hard cases*, quando nenhuma norma regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa e o magistrado continua tendo o dever de descobrir quais são os direitos das partes, e não de invocar novos direitos retroativamente.

Para o Marinoni (2016), o judiciário não cria direito nem nos casos de mandado de injunção ou de controle de constitucionalidade por omissão, porque, nestes casos, a jurisdição apenas está zelando para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais e para que os direitos fundamentais sejam protegidos e efetivados, ainda que ignorados pelo legislador.

O precedente obrigatório, cerne do presente estudo, orienta os cidadãos sobre o posicionamento do judiciário acerca de determinados questões. O limite da decisão

judicial não está na lei em sentido estrito, mas nos direitos fundamentais listados na Constituição. De maneira que um precedente não deve substituir a lei, uma vez que esta só deixará de ser aplicada quando no caso concreto afrontar alguma garantia constitucional, trata-se do poder de controle de constitucionalidade difuso atribuído a todos os juízes e tribunais. Nesse sentido elucida Luiz Guilherme Marinoni:

(...) o judiciário não detém o mesmo poder do legislativo, e, portanto, o precedente obrigatório, ainda que sob a luz da necessidade de afirmação dos direitos fundamentais não substitui a lei. O que se pode dizer, sem qualquer hesitação, é que o juiz não mais é limitado a afirmar a lei, pois deve resposta à Constituição, e, nessa perspectiva, a sua decisão se insere em um quadro bem mais amplo, dimensionado pelos direitos fundamentais. (MARINONI, 2016, p. 73).

Em contraponto, há quem sustente que os precedentes criam “direito”. Para esta corrente, considerando que o sistema jurídico é lacunoso, cabe ao interprete aplicar a solução mais justa para o caso concreto. Nesse sentido informa a doutrina:

Os precedentes judiciais, principalmente no *Common Law*, são reconhecidos enquanto fontes do Direito, uma vez que a sentença lançada por um magistrado não revela tão somente o Direito, porquanto possui a função constitutiva do mesmo. (...) O magistrado ao analisar os litígios que lhe são submetidos, não deve se limitar apenas à determinada fonte. A liberdade da sua atuação deve ser valorada, fazendo-se necessário extrair, também, de outras fontes, os caminhos propícios para a resolução dos conflitos. (CALDAS, 2013, p. 25-26).

Essa posição é minoritária na doutrina e carece de suporte jurídico, tendo em vista os argumentos anteriormente exarados, deste modo esta tese não será adotada no presente estudo.

Por fim, suponha-se, hipoteticamente, que o juiz pudesse criar o direito, desta forma qual seria o fundamento jurídico dos advogados, nas peças vestibulares, que pretendessem um novo direito? Quais seriam os pedidos? O pedido seria de criação de um novo direito? A partir deste raciocínio se verifica que o direito jamais pode ser criado pelo judiciário, cabe a este usar do direito que é preexistente. Deste modo, é

facultado ao causídico requerer uma nova interpretação judicial sobre a matéria, porém não um direito novo.

Exemplificando, na ADF 132/RJ e ADIn 4.277/DF (BRASIL, 2011) o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a viabilidade jurídica da união estável homoafetiva. No julgado prevaleceu o entendimento do voto proferido pelo relator Ministro Ayres de Britto que deu interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002) para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento de união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Ora, em que pese tenha sido uma decisão revolucionária no âmbito do STF e do direito brasileiro, não se criou novo direito. O pretório tribunal se valendo dos princípios: da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF (BRASIL, 1988)), da igualdade (art. 5 da CF (BRASIL, 1988)), da não discriminação (art. 3º, inciso IV da CF (BRASIL, 1988)), simplesmente interpretou o artigo 1.723 do CC (BRASIL, 2002), sob a luz da Constituição Federal. É dizer: o Supremo Tribunal Federal, neste caso, deu nova interpretação a um velho direito.

Diante do exposto, vislumbra-se que a teoria que reputa o precedente como potencial criador do direito se amolda nos países de tradição anglo-saxônica, mas não em países de tradição romanística. Nestes Estados, devido ao sistema de freios e contrapesos, cabe ao legislativo criar o direito, de modo que a teoria do precedente declarativo se sobressai. Contudo, isso não afasta a possibilidade do magistrado dar uma nova interpretação ao velho direito, valendo-se, por exemplo, de princípios constitucionais. O que é vedada é a criação de um novo direito a partir do “nada”.

2.3.1. O papel do Juiz nos casos de conceitos indeterminados e normas abertas

É notória a impossibilidade de o legislador prever todas as situações que se sucedem no mundo dos fatos. Por outro lado, vige no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do *non liquet*, previsto no artigo 140 do CPC (BRASIL, 2015) que preleciona que é vedado ao juiz deixar de julgar sob o argumento de lacuna da lei.

Diante disso, o direito positivo apresenta-se mediante normas genéricas e abstratas, que não são autoaplicáveis. Assim cabe ao julgador, se valendo da melhor forma de interpretação, definir o real alcance da norma. Por exemplo, o artigo 447, § 3, I, do Código Processual Civil (BRASIL, 2015) prescreve que são consideradas suspeitas as testemunhas que tenham amizade íntima com alguma das partes do processo. Entretanto, a legislação processual civilista não define o conceito de “amizade íntima”, cabendo essa tarefa a doutrina e especialmente a jurisprudência. Com efeito, o sistema de precedentes contribui para outorgar confiança aos jurisdicionados e permite aos advogados ter conhecimento de como os magistrados estão preenchendo os conceitos indeterminados. Nesse norte, cita-se Marinoni:

(...) o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta. (MARINONI, 2016, p. 67).

Dessa forma, quando a legislação é formada por princípios e normas abertas configura-se natural que caiba à jurisprudência, estabelecer na sequência das demandas julgadas o melhor e mais adequado entendimento acerca da inteligência da cláusula geral e dos limites necessários de sua interpretação, bem como de seus efeitos práticos, diante de cada caso. Tudo isso com o escopo de assegurar igualdade e segurança jurídica aos jurisdicionados. Nesse sentido assinala Humberto Theodoro Jr.:

Com efeito, pode-se, sem dificuldade, reconhecer que, num quadro como o ora apontado, só a jurisprudência dos tribunais, coerente e estável – o que se busca alcançar principalmente por meio do regime dos enunciados sumulares –, terá condições de resguardar a segurança jurídica e a confiança das ideologias pessoais, e evitar confusão da justiça programada pela norma legal com a justiça concebida no íntimo de seu puro subjetivismo. (THEODORO, 2016, p. 786).

Ademais, segundo Luiz Guilherme Marinoni (2016), embora na concepção da teoria da separação dos poderes não fosse desejado, o passar do tempo mostrou a imperiosa necessidade de munir os litigantes e o juiz de uma maior liberalidade, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com novas realidades, seja para dar ao magistrado uma efetiva possibilidade de tutelá-las.

Assim, na doutrina de Marinoni (2016) o magistrado natural, tem o poder-dever de, através de fundamentação própria, preencher os conceitos jurídicos indeterminados ou individualizar a técnica processual apta a permitir a efetiva tutela do direito material. A técnica das cláusulas gerais tem como premissa a ideia que a lei tão somente é insuficiente e, para tanto, constitui elemento que requer a complementação pelo juiz.

Ainda, Marinoni (2016) lembra que o juiz não está submetido à lei propriamente, pois o direito não está unicamente na lei, mas na Constituição, deste modo o juiz não se destina a declarar a vontade da lei, porém de conformar esta com os preceitos constitucionais, vez que a lei, em alguns casos, poderia ser criada de modo contrário aos interesses sociais. Justamente por isso as Constituições são dotadas de maior rigidez, ou seja, possuem um processo de modificação mais dificultoso em comparação às leis.

2.4. NOÇÕES HISTÓRIA DOS PRECEDENTES

2.4.1. Precedente no Common Law

Na tradição do *common law* os precedentes de maneira geral gozam de eficácia vinculante, sendo eles considerados a maior fonte do direito. Luiz Guilherme Marinoni (2016) registra que este sistema ao se ancorar no *stare decisis* (derivação da expressão latina *stare decisis et non quiete movere* que significa: mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido, em outras palavras corresponde a sistema que preza pelo respeito aos precedentes judiciais), sempre se pautou pelos julgamentos dados aos casos. Desta forma, quando é invocado o caso X ou caso Y,

são chamadas as suas *ratio decidendi*. Portanto, é possível dizer que o *common law* é um sistema de casos.

A Inglaterra nos séculos XII e XIII, antes de qualquer influência do Direito Romano, fixou as fontes do seu ordenamento jurídico, estabelecendo como figura central a prática cotidiana. Apesar de existir normas no seu ordenamento jurídico, segundo Tucci (2004), cabia aos juízes a tarefa de procurar os precedentes, que eram catalogados nos *Statute Books*, e adapta-los ao caso em concreto, não estando submisso a qualquer texto legal escrito.

Desde a fase embrionária do direito no Reino Unido era corriqueira a argumentação jurídica, por parte dos operadores do direito, fundada em decisões anteriores. Assim assinala Cruz e Tucci:

Não havia regra jurídica que impusesse efeito vinculante ao precedente. Contudo, com frequência os juízes ressaltavam a relevância dos julgados, e, sobretudo de um série de decisões conformes, como sendo os melhores interpretes da lei, e a exigência de que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito. (TUCCI, 2004, p. 154).

Com o uso reiterados dos precedentes pelas partes e julgadores, o ordenamento jurídico inglês, desde logo se adaptou ao *common law*. Entretanto o efeito vinculante dos precedentes somente ficou evidenciado no ano de 1861, no caso *Beamish vs. Beamish* de lavra do Lord Cambell, no qual, de acordo com Tucci (2004) se entendeu que o importante para a ordem jurídica não era o caso julgado por si só, mas os motivos determinantes da sentença (*ratio decidendi*).

Em decorrência da alteração dos valores da sociedade e da necessidade de evolução do direito, posteriormente ao mencionado julgado, se constatou a necessidade de revogação de precedentes (*overruling*) incompatíveis com o direito vigente. Tucci (2004), afirma que o primeiro caso registrado de *overruling* ocorreu em 1968.

De outra banda, devido a colonização dos ingleses os Estados Unidos das Américas também adotou a tradição do *common law* em praticamente todos os Estados. Entretanto tal sistema sofreu algumas alterações para se adaptar na geografia e política federada norte-americana. Apesar de ter uma gama de

codificações no direito americano, giza-se que não há uma desnaturação da tradição do *common law*, pois os precedentes são a fonte primária do direito. Nesse sentido, destaca Júlio Cesar Rossi:

Embora haja diversidade de sistemas jurídicos entre os Estados Unidos da América e a Inglaterra, fato é que o direito nessas nações é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial. A existência de uma quantidade considerável de leis não desnatura essa realidade, notadamente porque as regras estatuídas pelo Poder Legislativo são vistas com dificuldade pelo jurista norte-americano ou inglês na medida em que eles não a concebem como a fonte primária do direito, ou seja, típica regra de direito. (ROSSI, 2015, p. 54).

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2016), ensina que se nos primórdios do direito inglês, havia baixa produção legislativa, isso não acontece no *common law* contemporâneo, haja vista que é provável que em um estado típico dos Estados Unidos tenha tantas leis quanto um país latino-americano. Desta forma, a existência de lei não se opõe a tradição do *common law*.

Destarte, para adotar-se a tradição jurídica do *common law* independe da existência de Constituição, leis, escritas ou consuetudinárias, bastando tão somente a efetiva valorização do precedente judicial como principal fonte do direito.

2.4.2. Precedentes no *Civil Law*

2.4.2.1. Roma Antiga

Os precedentes judiciais tem como ponto de partida a Roma Antiga, berço do direito civil. A rica e paradigmática dimensão histórica de Roma acarretou alterações de significativo impacto na organização judiciária e na composição hierárquica dos órgãos judicantes. Registra-se que neste período os precedentes tinham força tão somente persuasiva, carecendo de qualquer eficácia vinculante, nesse sentido destaca Cruz e Tucci:

O direito romano, em todos os seus momentos históricos, jamais reconheceu o valor vinculante, *ad futurum*, às sentenças já proferidas em caso concreto. É evidente que esse fato não poderia subtrair a autoridade dimanada de uma série de decisões proferidas em senso convergente como instrumento de interpretação ou mesmo persuasão. (...) Infere-se também que os pareceres emitidos pelos juristas mais antigos gozavam de certo valor como precedente, uma vez que poderiam influir na convicção do juiz. (TUCCI, 2004, p. 40).

De acordo com Tucci (2004), a primeira vez que o precedente judicial teve expressamente reconhecido considerável força, foi em um rescrito do Imperador Settimio Severo (193-211), mencionado por Calistrado: “De fato, o nosso imperador Severo respondeu que, nas ambiguidades originadas das leis, deve ter força de lei o costume ou a autoridade das coisas constantemente julgadas de modo uniforme” (TUCCI, 2004, p. 62). Assim, os provimentos decisórios contribuíram para a formação de uma sólida jurisprudência, a qual resultou na evolução de institutos do direito. Todavia Tucci (2004) ressalva novamente, que trata-se de eficácia meramente persuasiva dada ao precedente uniforme e constante.

José Rogério Cruz e Tucci (2004) aduz que Cícero, aclamado jurista do período, teria atribuído às sentenças judiciais o caráter de fonte do direito. Desta forma, os julgados anteriores seriam instrumentos de convencimento ou de fundamentação juiz. Com efeito, apesar dos julgados não gozarem de força vinculante é inegável que eles acabavam repercutindo em casos posteriores.

Além da produção jurisprudencial, Paulo Nader (2016) ensina que os pretores quando investidos no cargo, expediam normas acerca dos procedimentos que seriam adotados no curso de seu mandato, as chamadas *edictas*, que não raramente acabavam incorporando no ordenamento jurídico romano.

No que concerne a era do imperador Justiniano, Tucci (2004) afirma que a vontade do imperador e da sua lei se sobrepunham a todos. Os juízes, por sua vez, estavam obrigados a ater-se àquela lei, mas para a sua subsunção é necessário a interpretação que deveria preservar a autoridade das coisas constantemente julgadas de modo uniforme.

Diante disso, no caso concreto em face de eventual lacuna na norma ou contradições era facultado aos juízes valer-se das sentenças anteriormente prolatadas em casos análogos como instrumento de persuasão.

2.4.2.2. Idade Média

No período da idade média, considerando que os julgamentos muitas vezes eram proferidos pelos próprios monarcas, os precedentes serviam como paradigmas para futuros julgamentos e edição de leis. Destaca-se também a atuação dos glosadores – da escola de Bolonha - que através de simples anotações interpretavam o *Corpus Iuris Civilis*. Estes, na visão de Tucci (2004), assumiram uma postura casuística, examinando as leis romanas à luz do caso concreto. Acúrsio, um dos principais glosadores da época, afirmava que uma série de decisões semelhantes e seguidas culminaria na formação de um costume jurídico.

Na mesma época, no direito canônico, uma única decisão judicial do Papa era capaz de vincular as decisões dos juízes inferiores. Nesse sentido verifica-se a Decretais de Gregório IX:2.27.19:

Nas causas decididas pelo Sumo Pontífice devem ser observadas escrupulosamente tanto a ordem jurídica quanto a força da equidade, porque, nos casos análogos os outros estão obrigados a julgar analogamente, a menos que alguma coisa induza a decidir de modo diverso, por motivo de necessidade ou de utilidade. (TUCCI, 2004, p. 116)

Esse período caracterizado pela grande ascensão da Igreja Católica resulta no ganho de importância do precedente judicial e pelo ressurgimento de aspectos básicos do direito romano, em decorrência dos estudos dos glosadores.

2.4.2.3. Idade Moderna

Com a ocorrência da Revolução Francesa em 1789 as teorias iluministas começaram a ser implantados na sociedade, dentre elas a ideia de separação dos poderes, reproduzida por Montesquieu, que tem como base o sistema de freios e contrapesos. Esta tinha como um dos objetivos limitar o arbítrio dos monarcas e dos juízes nas decisões judiciais.

Considerando a rígida separação de poderes instituída na época, a lei passou a ser a única fonte do direito, cabendo ao operador do direito somente aplicar e

executar a norma ao caso concreto, pois do contrário estaria adentrando em prerrogativas do Poder Legislativo. Acerca do tema ensina Cruz e Tucci:

Transformado em realidade o ideal de que todo o ordenamento é plasmado pela lei, a função do intérprete veio então relegada a uma atividade meramente declarativa em relação à legislação, considerada como a única fonte do direito. (...). Ademais, foi ela acolhida, com argumentos coincidentes, em vários outros países, tendo, mais tarde, Kelsen como o seu mais influente adepto, que preconizava, como é notório, uma teoria pura do direito, erigida em um sistema fechado, escalonado e hierárquico de normas positivas. (TUCCI, 2004, p. 198).

Pensava-se que o conjunto de leis da época era infalível, na medida em que toda e qualquer controvérsia poderia ser dissolvida pela subsunção da norma ao mundo dos fatos. Deste modo, a função do juiz ficou reduzida a de mero aplicador da norma. Nessa senda ensina Paulo Nader:

Por esta doutrina o juiz operaria apenas com os critérios rígidos das normas jurídicas, com esquemas lógicos, sem possibilidade de contribuir, com a sua experiência, na adaptação do ordenamento à realidade emergente. Com esta orientação se evitaria o subjetivismo e o arbítrio nos julgamentos, ao mesmo tempo em que se preservaria a integridade dos códigos. (NADER, 2016, p. 171).

Inclusive, conforme lição de Tucci (2004) no artigo 4º do Código de Napoleão foi estabelecido o princípio do *Non Liqueat*: “O juiz que se recuse a julgar sob pretexto de silêncio, de obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado como responsável por denegação da justiça”. Ademais, de acordo com a disposição do art. 5º do mesmo diploma legal seria vedado ao juiz regulamentar as causas que lhe forem submetidas. De acordo com Paulo Nader (2016), com a promulgação do Código Napoleônico o magistrado se tornou uma máquina de subsumir, sem outra tarefa senão consultar os artigos e aplicar a vontade do legislador ao caso.

O código dinamarquês, por seu turno, como narra Paulo Nader (2016), em 1813, chegou ao extremo de proibir que os advogados invocassem precedentes.

Não demorou muito para se notar que por mais numerosas que fossem as previsões legais seria impossível prever todas as particularidades das situações submetidas à jurisdição, portanto, necessária a atuação do intérprete para colmatar as referidas lacunas legais. Afirma Tucci (2004), que no transcorrer do século XIX em face dos defeitos constatados no sistema positivista, surge um movimento que proclama nova metodologia de interpretação do direito, dando especial atenção ao critério teleológico de interpretação. Savigny, na Obra *Sistema Del Diritto romano Attuale* (1886 *apud* Tucci, 2004), já considerava a jurisprudência como forma de produção do direito, ao lado da lei e dos costumes, e a insere em um contexto mais amplo.

Ainda, registra-se que uma decisão de uma corte superior goza de grande valor, pois além de ser um argumento de autoridade, mostra o possível destino do julgamento da sentença de primeiro grau. Nesse sentido, gizou Savigny:

O prestígio de uma corte de justiça superior sobre os tribunais que lhe são subordinados é devido a um fator intimamente relacionado com a atividade decisória. Não é apenas a posição hierárquica que conta, mas, sobretudo o poder atribuído ao tribunal superior de fazer triunfar as próprias convicções no reexame das sentenças. Quando o tribunal inferior se submete à opinião contrária, não significa que se curva a uma força externa, mas, sim, que acata o espírito benéfico da hierarquia judiciária. (SAVIGNY, 1886 *apud* TUCCI, 2004, 213).

Diante disso, percebe-se que no período analisado, apesar da lei continuar sendo o maior e principal vetor do direito, a jurisprudência ganha duas funções, a primeira: tendo em vista que as leis unicamente não absorvem todo universo fático, o julgador no momento de prolatar a sua decisão deve colmatar eventuais lacunas, valendo-se da sua capacidade criativa. A segunda é o precedente como força persuasiva.

2.5. PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 1973

Durante a égide do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), os precedentes gozavam de efeitos meramente argumentativos, persuasivos, ou seja, estes eram utilizados, geralmente, para reforçar eventual tese invocada. Apesar disso, como salienta Tucci (2004), nenhum operador do direito negaria a utilidade e eficácia dos precedentes judiciais no momento de fundamentar suas manifestações no contencioso. Ainda em 2004 o referido autor apontou:

Diante da desmedida plethora de recursos que abarrotam as nossas cortes de justiça, a experiência tem demonstrado que os acórdãos, via de regra, são fundamentados na jurisprudência, em particular, dos tribunais superiores, fator esse que aumenta e muito a previsibilidade do resultado do processo. (TUCCI, 2004, p. 258).

É cediço, que tal prática se intensificou até a ab-rogação do CPC/73 (BRASIL, 1973), tendo inclusive o legislador criado medidas para fomentar a utilização de precedentes, a fim de garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados. Aliás, foi a partir dessa constatação que o CPC/15 (BRASIL, 2015), criou o instituto do precedente vinculante, que será estudo em momento oportuno.

Nessa esteira de pensamentos, ainda que em legislação extravagante, desde 2004 as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, possuem efeitos vinculantes, com fito no artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999) e artigo 102, §2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que dispõe:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988)

Apesar destas decisões terem efeitos vinculantes, giza-se que é equivocado afirmar que elas têm força de precedente judicial obrigatório, pois nesses casos somente a parte dispositiva do acórdão goza de efeitos vinculantes, em decorrência dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* (*vide* item 2.5.1).

Apesar de, em regra, inexistir precedentes vinculantes neste período, desde longa data, os tribunais superiores após reiteradas decisões num mesmo sentido sobre o mesmo tema, por questões de segurança jurídica e celeridade processual, passaram a editar súmulas, com efeitos meramente argumentativos. Com o advento Emenda Constitucional 45/04 (BRASIL, 2004), foi criado um novo instituto, o da súmula vinculante, com previsão no artigo 103-A (BRASIL, 1988), da CF, desta forma coexistiam sumulas vinculantes e não vinculantes.

É digno de destaque, como alerta Theodoro (2016), que até mesmo as súmulas não vinculantes tiveram seus poderes ampliados enquanto vigente o CPC/73, tendo em vista o teor do artigo 285-A do CPC/73 (BRASIL, 1973), que versa sobre as sentenças liminares, e artigo 557 (BRASIL, 1973), que dispõe sobre a inadmissibilidade dos recursos de apelações, de sentenças que estão em conformidade com súmulas dos tribunais superiores.

Por derradeiro, verifica-se que na conjuntura jurídica que vigorava com o CPC/73 (BRASIL, 1973), as únicas decisões que possuíam efeitos de precedentes vinculantes, eram aquelas decisões do Supremo Tribunal Federal, quando observados os pressupostos do artigo 103-A da CF (BRASIL, 1988), quais sejam controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública; risco de grave insegurança jurídica e de relevante multiplicação de processos sobre a mesma questão jurídica, e a partir de reiteradas decisões, originavam súmulas vinculantes. Nestes casos, a tese jurídica adotada (*ratio decidendi*) no julgado, era esculpida no enunciado sumular, obrigando a todo o Poder Judiciário e Administração Pública o cumprir a súmula, sob pena de ter seu ato questionado em sede de reclamação perante o STF, conforme previsto no §3º (BRASIL, 1988) do mesmo diploma legal.

2.5.1. Precedente Obrigatório vs. Coisa Julgada *erga omnes*.

No caso das decisões judiciais no controle concentrado de constitucionalidade, a vinculação do julgamento decorre dos efeitos da coisa julgada *erga omnes*, uma vez que a tese adotada no julgamento, ou seja, a *ratio decidendi*, não goza de efeitos vinculativos. A respeito do tema, exaram Didier, Braga e Oliveira:

Não se pode confundir esse efeito vinculante do precedente com o efeito vinculante que, em determinadas hipóteses decorre da coisa julgada. (...) As decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2º, CF; art. 28, p. único, Lei nº 9868/99; art. 10, §3º, Lei nº 9.882/99). Mas essa vinculação decorre do fato de, nessas hipóteses, a coisa julgada ser *erga omnes* por expressa disposição legal. Por conta disso, o Poder Público está vinculado não à tese jurídica firmada na fundamentação do julgado (*ratio decidendi*), mas sim à norma jurídica estabelecida, pelo STF, no dispositivo da decisão que resolve ação de controle concentrado de constitucionalidade. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 464).

Rosa Nery e Nelson Nery Júnior, endossam esse entendimento (2016, p. 1965): “A vinculação ocorre quanto ao comando do acórdão, não dos seus motivos (CPC 504 I)(...) os limites objetivos da coisa julgada ficam restritos, mesmo, à parte dispositiva do acórdão do STF que julga Precedente ADIn”.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2016) a coisa julgada *erga omnes* e os precedentes vinculantes também são inconfundíveis. A coisa julgada *erga omnes* goza de maior força em relação aos precedentes, pois estes, após o devido processo legal, podem ser revogados (vide item 3.7 do presente estudo), enquanto aquela é imutável. Em outras palavras: o judiciário pode mudar a interpretação de uma norma, mas a interpretação da lei, acobertada pela coisa julgada, jamais poderá ser alterada de modo a roubar o benefício concedido àquela que obteve a tutela jurisdicional do direito.

Diante disso, é correto dizer que nem Constituição Federal (BRASIL, 1988) tampouco a Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999) estabelecem que as decisões emanadas em ações de controle de constitucionalidade são precedentes

obrigatórios. Somente com a égide do CPC/15 que tais julgamento atingiram este status.

2.6. DISPARIDADE DE DECISÕES NO CPC/73.

Embora o CPC/73 (BRASIL, 1973) tenha criado mecanismos para estimular a coerência entre as decisões judiciais, como visto no tópico anterior, verificou-se que seus efeitos práticos eram reduzidos. Tratava-se de uma questão endêmica, não se tinha a cultura de respeito aos precedentes, casos com identidade fática, mesmo sendo matéria sumulada pelas cortes superiores, podiam ser decididas de maneira antagônica. Nessa ordem de ideias, versam Eduardo A. Alvim, Angélica A. Alvim e Arakem de Assis:

(...) infelizmente, no modelo do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), não há uma cultura de obediência à jurisprudência, sendo certo que, não raro, os próprios magistrados que integram os tribunais ou os juízes a eles vinculados não seguem a interpretação firmada. (ALVIM, *et al.* 2016, p. 1.060).

Reforça esse entendimento a lição de José Miguel Garcia Medina:

O problema da tomada de decisões díspares em casos semelhantes no Brasil é especialmente acentuado nos tribunais, onde, às vezes em um mesmo dia, uma câmara ou turma, ou mesmo um relator, pode tomar decisões distintas para casos similares. (MEDINA, 2016, p. 1.241)

A inobservância dos precedentes, além de outros problemas, influenciava na impossibilidade de uma orientação jurídica segura por parte dos advogados aos seus clientes. Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 131): “É espantoso perceber, entretanto, que os advogados brasileiros não têm como orientar os seus clientes acerca dos direitos”.

No mesmo compasso o mencionado autor (2016) discorre que não é suficiente por parte dos procuradores o conhecimento da legislação e doutrina, porque estes não podem, em regra, passar com segurança informações que o cidadão realmente precisa saber para realizar uma determinada relação jurídica. Isso ocorre, pois não há um grau considerável de previsibilidade das decisões do Poder Judiciário.

Aliás, mostra-se difícil de explicar, na prática jurídica, aos leigos que em um determinado caso o Judiciário tomou ou continua tomando decisões diametralmente opostas. Nessa dimensão Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 131): “O leigo, quando comparece a um escritório de advocacia, tem dificuldade de acreditar que, diante da situação jurídica que lhe interessa, o Judiciário tomou e continua tomando decisões completamente díspares e contraditórias”.

Da exegese dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) depreende-se que compete ao STF dar sentido às normas constitucionais, bem como ao STJ cabe à uniformização da legislação infraconstitucional. De acordo com Marinoni (2016), a missão deste tribunal é inobservada na praxe jurídica brasileira, sendo que as suas decisões não são seguidas pelos próprios ministros ou órgãos fracionários. Tudo isso repercute no descaso das decisões das cortes superiores por parte dos juízos e tribunais inferiores, caracterizando um atentado contra a essência do direito e contra a efetividade do sistema jurídico.

Ocorre que o excesso de divergência jurisprudencial da causa ao aumento exponencial do número de processos, pois outorga às partes esperança de que a qualquer momento o posicionamento do tribunal pode mudar em seu benefício. Assim, os meios de autocomposição tornam-se pouco efetivos, os recursos se multiplicam, a morosidade na prestação jurisdicional se eleva e a qualidade das decisões se reduz.

3. PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO

Com a publicação do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) surgiu a figura do precedente vinculante, que obriga os Juízes e Tribunais a observar no momento em que forem lavrar seus julgados as hipóteses previstas no texto do artigo 927, que preleciona:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal 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. (BRASIL, 2015).

Deste modo, quando o julgador se deparar com uma matéria que já se encontra sedimentada e reproduzida numa das hipóteses de precedentes vinculantes acima descritos, não pode se furtar de aplica-lo ou aplica-lo de maneira distinta da estabelecida. Nesse sentido Fredie Didier Júnior:

Ao falar em efeito vinculante do precedente, deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (tese jurídica, ratio decidendi) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.(...) No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a ratio decidendi contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927 do CPC. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 455).

Para José Miguel Garcia Medina:

A natureza vinculante de um precedente decorre da máxima geral de que casos semelhantes ou idênticos devem ser decididos da mesma forma. Esta noção está baseada na ideia de que as decisões judiciais, a fim de serem justas e previsíveis, devem ser consistentes com outras decisões proferidas anteriormente. (MEDINA, 2015, p. 1.248).

No mesmo sentido Elpídio Donizette:

Não se trata de faculdade, e sim de imperatividade. (...) Somente lhe será lícito recorrer a lei ou ao arcabouço principiologico para valorar os fatos na ausência de precedentes. Podem-se ate utilizar de tais espécies normativas para construir a fundamentação do ato decisório, mas jamais se poderá renegar o precedente que contemple julgamento de caso idêntico ou similar. 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. (DONIZETTE, 2015, p. 697).

Ainda, partindo da premissa de “quem pode o mais pode o menos” é silogístico afirmar que além dos efeitos vinculantes, estes precedentes são dotados de poderes implícitos, quais sejam persuasivos, autorizantes de recurso, obstativo recurso e de remessa necessária, características peculiares de outros precedentes.

A vinculação dos precedentes se opera verticalmente, ou seja, os precedentes vinculantes dos tribunais superiores devem ser observados pelos inferiores. Além disso, há a vinculação horizontal, com efeito, os tribunais que editaram também devem observar seus precedentes. Assim destaca Medina (2015, p. 1241): “os precedentes judiciais devem, sim, ser respeitados, pelos próprio órgãos judiciais que o conceberam e pelos que a eles encontram-se vinculados”.

Em ambos os casos, o Juiz, Desembargador ou Ministro, prolator da decisão poderá consignar ressalva do seu entendimento pessoal se for em sentido contrário do precedente, o que não acarretará contradição no *decisum*. Esse é o entendimento consolidado no enunciado nº 172, do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS,

2015): “A decisão que aplica precedentes, com ressalva do entendimento do julgador, não é contraditória”.

Não obstante, a doutrina não é unânime no tocante as espécies de precedentes com efeitos vinculantes. Existe uma corrente que considera que nem todos os incisos do artigo 927 (BRASIL, 2015) têm efeitos vinculativos.

Desse modo, entende-se que nos casos do referido artigo, os precedentes devem obrigatoriamente ser observados no momento da prolação da decisão, entretanto, isso tão somente, não induz a automática vinculação do juízo, porque a real vinculação somente ocorre quando outra norma estabelecer o poder vinculante de uma das hipóteses do art. 927 (BRASIL, 2015). Não havendo outra lei que atribua efeitos vinculantes a determinado julgado ou súmula, o precedente terá apenas efeito argumentativo, cabendo ao juiz a obrigação de somente considera-lo em sua decisão se for um os casos do artigo 927 do CPC (BRASIL, 2015), mas não segui-lo. Nesse sentido aponta Alexandre Freitas Câmara:

A exigência, contida no caput do art. 927, de que os órgãos jurisdicionais observarão o que ali está elencado indica, tão somente, a exigência de que tais decisões ou enunciados sumulares sejam levados em conta pelos juízes e tribunais em suas decisões. Em outras palavras, o art. 927 cria, para juízes e tribunais, um dever jurídico: o de levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do art. 927. Daí não resulta, porém, qualquer eficácia vinculante. Esta, quando existente, resultará de outra norma, resultante da interpretação de outro dispositivo legal (e que atribua expressamente tal eficácia). Não existindo essa outra norma, atributiva de eficácia vinculante, e a decisão ou o enunciado sumular será meramente persuasivo, argumentativo (e, portanto, não vinculante), o que gerará, para juízes e tribunais – obrigados a observá-los em suas decisões – um ônus argumentativo: o de inserir, na decisão que deles se afaste, uma fundamentação específica e adequada para tal afastamento, não sendo legítimo simplesmente que o juiz ou tribunal ignore aquele precedente ou enunciado sumular como se o mesmo não existisse.(CÂMARA, 2016, p. 436).

Não se olvida, que nesses casos em que o magistrado deixa de aplicar alguma espécie de precedente do artigo 927 (BRASIL, 2015), a fundamentação do *decisum* deve ser ampla, robusta e contundente, sob pena deste ser considerado como não fundamentado e passível de anulação em sede recursal, com fundamento no artigo 489, §1º, inciso I do CPC (BRASIL, 2015).

Nessa ordem de ideais, como assevera Humberto Theodoro Júnior (THEODORO, 2016), para esta corrente tem força vinculante somente: a) As decisões do Supremo Tribunal Federal pronunciadas em controle concentrado de constitucionalidade, pois no caso incide a previsão do artigo CF, art. 102, § 2 (BRASIL, 1988), que prevê que “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”; b) enunciados de súmula vinculante, no particular os efeitos vinculantes decorrem do artigo 103-A da Constituição Federal (BRASIL, 1988); c) A eficácia vinculante dos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência vem estabelecida no art. 947, § 3º (BRASIL, 2015), segundo o qual “acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários”; d) Os acórdãos proferidos no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas também têm eficácia vinculante, a qual decorre do disposto dos art. 985 e 987, §2º, ambos do CPC (BRASIL, 2015).

Embora, no momento não seja possível auferir qual a corrente majoritária, tendo em vista o curto período de vigência da novel legislação, filio-me a primeira corrente. Partindo de uma interpretação teleológica, constata-se que o legislador ordinário pretendeu atribuir efeitos vinculantes a todos os casos do artigo 927 (BRASIL, 2015), vez que em vários dispositivos legais contemplou grande valor aos precedentes e jurisprudência, instituindo, inclusive o dever de uniformização e coerência da jurisprudência no artigo 926 do CPC (BRASIL, 2015) a fim de salvaguardar os princípios da segurança jurídica, igualdade, duração razoável do processo e entre outros.

Portanto, apesar de compreender a segunda corrente, entendo que a primeira encampa o espírito do novo CPC e do próprio art. 927 (BRASIL, 2015), nesse sentido é o enunciado nº 160 do Fórum Permanente dos Processualistas (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015): “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”.

3.1. ESPÉCIES DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

3.1.1. Precedentes das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade.

No artigo 927 inciso I do Código Processual Civil (BRASIL, 2015), consta que os juízes e tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

O artigo 102, §2 da CF (BRASIL, 1988), prevê que estas decisões vinculam os órgãos do poder judiciário e administração pública. O mandamento constitucional revela os efeitos da coisa julgada *erga omnes*, pois nesse caso a vinculação emana da parte dispositiva do acórdão (vide item 2.5.1 do presente estudo).

Lado outro, o artigo 927, inciso I do CPC (BRASIL, 2015), trata da vinculação da *ratio decidendi* do julgado e não do seu dispositivo. Nesse sentido é o teor do enunciado 168 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015): “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni ensina:

Ora, partindo-se da premissa de que a eficácia vinculante incide sobre os motivos determinantes da decisão proferida em sede de controle abstrato, deixa de importar apenas a coisa julgada matéria e passa ter relevância o delineamento da *ratio decidendi* ou dos motivos determinantes para a segura definição os limites em que os demais tribunais estão obrigados perante o precedente constitucional, o que significa que tal decisão indistintamente assume novo significado ou qualidade. (MARINONI, 2016, p. 305).

Portanto, além dos tradicionais efeitos *erga omnes* da coisa julgada, estes precedentes, com a égide do novo Código de Processo Civil, são dotados de eficácia *erga omnes* decorrentes dos seus motivos determinantes.

Assim, o texto do artigo 927, inciso I, do CPC (BRASIL, 2015), em tese, fulmina uma divergência jurisprudencial que se arrasta desde longa data no Supremo

Tribunal Federal acerca a transcendência ou transbordamento dos motivos determinantes das decisões no controle abstrato de constitucionalidade. Em poucas palavras essa teoria consiste no seguinte: se a norma X foi considerada inconstitucional em virtude das razões Y, a norma Z, idêntica a X, exige a aplicação das razões Y.

Na Reclamação nº 1.987 de 21.05.2004 (BRASIL, 2004), relatoria do Ministro Maurício Correa, ficou estabelecido o transbordamento dos motivos determinantes da ADIn 1.662. Nesse sentido pontuou o mencionado relator:

Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.(BRASIL, 2004)

Nada obstante, recentemente este entendimento foi rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal, que deixou de admitir a transcendência dos motivos determinantes. Nesse sentido foi julgado na Rcl 10.604 de 08.09.2010, a respeito asseverou o Ministro relator Carlos Ayres Brito:

(...) no julgamento da Rcl 4.219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade de dessa mesma teoria da 'transcendência dos motivos determinantes', oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo. No mesmo sentido, cinco ministros da Casa esposaram entendimento rechaçante da adoção do transbordamento operacional da reclamação, ora pretendido. Sem falar que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal já rejeitou, em diversas oportunidades, a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das suas decisões.(BRASIL, 2010).

Diante disso, o CPC (BRASIL, 2015) na contramão da jurisprudência recente do STF atribui efeitos vinculantes aos motivos determinantes das ações julgadas em

controle concentrado de constitucionalidade. A despeito disso vislumbra-se que o legislador ordinário acertou, haja vista que as decisões que afastam esta tese têm implicitamente, um claro motivo: diminuição do número de reclamações constitucionais no âmbito STF. Ora se compete ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário dar a interpretação correta às normas Constitucionais, é evidente que seu entendimento deve irradiar por todos os juízos e tribunais brasileiros, trata-se de uma garantia à força normativa da Constituição, a celeridade processual e integridade jurisprudencial.

3.1.2. Súmulas vinculantes

A súmula vinculante está prevista no artigo 103-A da Constituição que positiva:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 1988).

A Emenda Constitucional nº 45/04 (BRASIL, 2004), autoproclamada como reforma do judiciário, introduziu ao ordenamento jurídico brasileiro a súmula vinculante. Trata-se do precedente vinculante por natureza, pois é o produto de reiteradas decisões do STF em matéria constitucional atual, que gere grave insegurança e multiplicação de processo, seu principal objetivo é resguardar a segurança jurídica, isonomia e a duração razoável do processo. Sobre o tema, declara Cruz e Tucci:

A denominada súmula vinculante, concebida como mecanismos de aceleração dos julgamentos, em decorrência do óbice à reprodução de demandas fulcradas em teses jurídicas já pacificadas na jurisprudência dominante. (...) entendemos que realmente não se vislumbra, a curto prazo, outra solução para minimizar a grave crise provocada pela justiça intempestiva. (TUCCI, 2004, p. 281).

Em uma realidade de litígios de massa, não é factível o apego às formas tradicionais de prestação artesanal de jurisdição, desta feita a súmula vinculante contribui para a celeridade e eficiência na administração da justiça, bem como para a redução do volume de recursos que chega ao STF. A respeito cita-se Luís Roberto Barroso:

A súmula vinculante alinha-se com a crescente tendência de valorização da jurisprudência no Direito contemporâneo (...). Em uma realidade de litígios de massa, não é possível o apego às formas tradicionais de prestação artesanal de jurisdição. A súmula vinculante permite a enunciação objetiva da tese jurídica a ser aplicada a todas as hipóteses que envolvam questão idêntica. Como consequência, contribui para a celeridade e eficiência na administração da justiça, bem como para a redução do volume de recursos que chega ao STF. (BARROSO, 2016, p. 105-106).

Como referem Didier, Braga e Oliveira (2015), fala-se em observância do enunciado sumular, simplesmente por uma questão de facilitação do discurso ou brevidade, haja vista que observar estes enunciados é observar a própria *ratio decidendi* dos precedentes que o originaram. No mesmo sentido Luís Roberto Barroso:

Do ponto de vista objetivo, a súmula vinculante enuncia uma determinada tese jurídica, cuja observância passa a ser obrigatória para a Administração e para os demais órgãos do Poder Judiciário. Essa tese deve corresponder fielmente à decisão ou às razões de decidir (*ratio decidendi*) dos julgados dos quais se originou a súmula, e não de eventuais argumentos laterais (*obiter dicta*) ou do entendimento livre do STF acerca de determinado tema. (BAROSSO, 2016, p.111).

Não obstante, Nelson Nery Júnior e Maria Rosa de Andrade Nery (2016), criticam este posicionamento, pois consideram que as súmulas são unicamente reveladoras da jurisprudência majoritária e reiterada de determinado tribunal, não podendo ser igualada ao precedente:

A súmula, todavia, não pode ser confundida com o precedente propriamente dito, aquele do *commom law*, como tem feito boa parte da doutrina e como faz o CPC (ao tratar das súmulas no capítulo que trata do precedente judicial, como se se tratassem de uma mesma coisa). (NERY, NERY, 2016, p. 1.958)

Os mesmos (2016), ainda afirmam que as súmulas têm como objetivo enfraquecer a doutrina e fazer com que o judiciário atribua o único sentido da lei.

Por derradeiro, consigna-se que as súmulas vinculantes gozam de maiores poderes que as demais, visto que além do poder judiciário vinculam os órgãos da administração pública e em caso de descumprimento são passíveis de reclamação.

3.1.2.1. Crítica à técnica de redação de enunciado sumulado.

O enunciado da súmula vinculante ou não vinculante deve corresponder a *ratio decidendi* do(s) julgado(s) que influenciaram na sua criação. É recomendável, portanto, que a redação da súmula se atenha também aos fatos do precedente. Nessa senda, versa Humberto Theodoro Jr.:

(...) a súmula, em regra identificará a *ratio decidendi*, que serviu de fundamento dos diversos casos que justificaram o enunciado representativo da jurisprudência sumulada. Como a causa de decidir envolve necessariamente questões de direito e de fato, também as súmulas haverão de retratar esses dois aspectos nos seus enunciados. (THEODORO, 2016, p. 788).

Nesse norte, prescreve o artigo 926, §2º do CPC (BRASIL, 2015): “§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Luiz Guilherme Marinoni (2016) critica o uso das súmulas sem sopesar contexto fático que lhe deu origem, ele aponta que (2016, p. 308): “Sem a busca da história ou, ainda melhor, do DNA – por assim dizer – das súmulas, jamais será possível tê-las como auxiliares do desenvolvimento do direito”.

Na mesma ordem de ideias, Fredie Didier Jr., Rafael de Oliveira e Paula Braga (2016) argumentam que a invocação do precedente pressupõe que sejam considerados os fatos em que foi construído, para que só se aplique às causas com a base fática similar. Contudo, o enunciado da súmula, em sua simplicidade, se afasta do contexto fático em que foi criado. Deste modo, a aplicação das súmulas não pode ignorar o imperativo de observância dos fatos subjacentes à causa, todavia, ocorre que isso corriqueiramente vem sendo ignorado pelos tribunais.

Considera-se necessário, igualmente, que a súmula seja redigida com termos precisos, sem conceitos indeterminados, ou margem de dúvidas quanto ao seu significado. Ora, se a edição da súmula busca, dentre outras coisas, conferir a interpretação ideal para determinada norma, não pode ela ser genérica e com amplo grau de abstração. Nesse sentido preleciona Fredie Didier Jr., Rafael de Oliveira e Paula Braga:

(...) produzida a partir do caso concreto, o texto da *ratio decidendi*, nos enunciados sumulados, não se pode ter algumas características que normalmente aparecem no direito legislado. Por exemplo: não há razão para que, na redação da *ratio decidendi*, se ponha termos de sentido vago. A vagueza na proposição normativa de jurisprudência é um contrassenso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do direito legislado, o enunciado da *ratio decidendi*, tal como se vem dizendo, deve ser formulado com termos de aceção precisa, tanto quanto possível, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 465).

Em vista disso, considerando a importante função desempenhada pelas súmulas vinculantes ou não vinculantes no processo civil brasileiro, a sua redação deve compreender os fatos que lhe deram origem, bem como a sua escrita deve ser precisa e desprovida de vagueza.

3.1.3 Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo.

Os acórdãos em incidente de assunção de competência, ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos também gozam de efeitos vinculantes. O efeito vinculante decorre da própria natureza do julgamento cuja função é legalmente a de estabelecer enunciado de tese que prevalecerá no julgamento de vários casos iguais ao paradigma. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 321): “trata-se de técnica processual destinada a criar uma solução para questão replicada em múltiplas ações pendentes”.

O incidente de assunção de competência tem previsão no artigo 947 do CPC (BRASIL, 2015), sendo cabível: “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”.

O incidente de assunção de competência, como todos os precedentes, busca evitar julgamentos conflitantes. De acordo com a doutrina de José Miguel Garcia Medina (2015) este incidente tem função semelhante à desempenhada pelo julgamento de casos repetitivos. Todavia este depende da existência da multiplicidade de processos. Enquanto, a assunção de competência é admitida quando, apesar do caso ter grande relevância social, a questão de direito não ou ainda não redundou na multiplicação de processos. Assim, depreende-se que este instituto tem função preventiva, pois se instaura antes de qualquer instabilidade na prestação da tutela jurisdicional.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos do artigo 976 do CPC (BRASIL, 2015), é cabível quando houver multiplicação de processos sobre a mesma questão de direito, seja ela material ou processual, concomitantemente com o risco à isonomia e à segurança jurídica dos jurisdicionados. Cuida-se de um instituto *sui generis*. De acordo com Medina (2015): amolda-se como incidente, não sendo recurso, nem ação; não serve diretamente ao interesse dos litigantes (embora também esses possam pedir a sua instauração), mas tem como escopo à

concretização da segurança jurídica, evitando instabilidade e proporcionando previsibilidade das decisões do judiciário.

Conforme prescreve o artigo 985 do CPC (BRASIL, 2015) o precedente será aplicado a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

No tocante aos recursos especial e extraordinário repetitivos, a tese assentada no julgamento do caso paradigma se aplicará, necessariamente, aos demais recursos que versem sobre idêntica controvérsia. Em que pese, fosse suficiente a previsão do artigo 927 (BRASIL, 2015) para tal julgado ter efeitos vinculantes, nas hipóteses acima listadas também há previsão específica nos artigos 947, §3, 987, §2 do CPC (BRASIL, 2015).

Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo tem em comum a missão de enfrentar as denominadas causas de massa. Partindo do dever de uniformização da jurisprudência, não se busca somente uma maior celeridade processual, mas também uma maior igualdade nas decisões. Nessa dimensão pontua Humberto Theodoro Júnior:

Todo esse conjunto normativo forma um sistema procedimental inspirado na economia processual, que objetiva, de imediato, o cumprimento da garantia constitucional de um processo de duração razoável e organizado de modo a acelerar o encontro da solução do litígio (CF, art. 5º, LXXVIII). A meta, entretanto, desse sistema vai muito além da mera celeridade processual, pois o que, sobretudo, se persegue é implantar o respeito à segurança jurídica e ao tratamento igualitário de todos perante a lei, tornando mais pronta e previsível a resolução dos conflitos jurídicos. (THEODORO, 2016, p. 791).

As ações de massa são um dos maiores problemas do judiciário moderno, pois do dia para noite se disseminam exponencialmente por todos os tribunais brasileiros. Destarte, para que os julgamentos sejam mais céleres e para que se evite julgamentos contraditórios, não é recomendável, como assinala Luiz Roberto Barroso (2016) o apego as formas artesanais de prestação da tutela jurisdicional, desta feita é favorável à justiça o uso desta espécie de precedente.

Outra inovação no campo processual foi a previsão de um microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, no que tange aos precedentes ora examinados, com previsão nos artigos 489, §1º, 984, §2, e 1038, §3º, todos do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Nestes incidentes, haverá uma ampliação do princípio do contraditório, com a possibilidade de realização de audiências públicas e participação de *amicus curiae*. No julgamento todos os argumentos contrários e favoráveis à questão de direito controvertida deverão de ser especificamente enfrentados. Acerca do tema, discorre Didier, Oliveira e Braga:

Nesses casos, há previsão de incidente processual para elaboração do precedente obrigatório (...) com natureza de processo objetivo (...). No bojo desses incidentes, todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida deverão de ser enfrentados. (...) Esses procedimentos formam um microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, cujas regras se completam reciprocamente. (...) Trata-se de uma peculiaridade brasileira. (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 466).

O microsistema de formação concentrada de precedentes é uma criação genuína do direito brasileiro, que tem o contraditório estendido e decisão dotada de grande carga argumentativa, com efeitos *erga omnes*. Logo, não há dúvida que este incidente colaborará para a asseguuração dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e duração razoável do processo.

3.1.4 Enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O artigo 927, III, do CPC (BRASIL, 2015) atribui aos enunciados das súmulas do STF e STJ, no âmbito das suas competências, força vinculante. Estas súmulas enquanto vigorava o CPC/73 (BRASIL, 1973) gozavam de efeitos meramente persuasivos. As súmulas têm importante tarefa no ordenamento jurídico brasileiro, pois revelam à luz do entendimento dos tribunais qual é a correta interpretação da norma, servindo como fundamento em julgados posteriores. Destarte, depreende-se que na novel legislação a diferença entre as súmulas vinculantes e não vinculantes é tênue, a única diferença é que aquela vincula além dos juízes e tribunais a

Administração Pública. A respeito da temática, assevera Fredie Didier, Paula Braga e Rafael de Oliveira:

Só que o dispositivo do art. 927 II, CPC, vai mais além. Também atribui força obrigatória a todos os enunciados de súmula do STF (em matéria constitucional) e do STJ (em matéria infraconstitucional). Logo, rigorosamente, todos eles passam a ser de observância obrigatória. Não são enunciados de “súmula vinculante”, mas se aproximam disso. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 465).

Medina (2015) ressalta que a lei está em patamar superior em relação às súmulas, mas no caso concreto, o texto legal – abstrato, impessoal e genérico – pode dar ensejo ao surgimento de várias interpretações. Assim as súmulas, que são produtos de reiteradas decisões dos tribunais, em decorrência de sua maior concretude, acabam solucionando o litígio.

De outro norte, da leitura da redação do enunciado sumular deve-se verificar a *ratio decidendi* do julgado, ou seja, as razões de fato e de direito que justificaram a edição da súmula. Nesse sentido é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

Não corresponde, a súmula, a uma reprodução global do precedente (i.e., do caso ou casos anteriores julgados). Nela se exprime o enunciado que uniforme e repetitivamente tem prevalecido na interpretação e aplicação pretoriana de determinada norma do ordenamento jurídico vigente. (...) a súmula, em regra identificará a *ratio decidendi*, que serviu de fundamento dos diversos casos que justificaram o enunciado representativo da jurisprudência sumulada. Como a causa de decidir envolve necessariamente questões de direito e de fato, também as súmulas deverão de retratar esses dois aspectos nos seus enunciados. (THEODORO, 2016, p. 771).

A importância das súmulas para o ordenamento jurídico brasileiro é tamanha, que o artigo 926, §1º, do CPC (BRASIL, 2015) ordena que os tribunais editem súmulas correspondentes jurisprudências dominantes (*vide* item 3.8 do presente estudo). Tal medida se justifica, como tentativa de uniformizar a jurisprudência.

Luiz Guilherme Marinoni critica a eficácia das súmulas, para ele (2016, p. 286): “As súmulas nunca conseguiram contribuir para unidade do direito”. Segundo o

processualistas (2016) elas foram concebidas a partir de uma visão superficial do sistema, tendo, na prática, sido uma lamentável e ineficaz tentativa de unificar a interpretação.

Na sequência o autor (2016) afirma que uma súmula não tem condições de refletir a racionalidade de uma argumentação típica de um precedente. Pode com alguma dificuldade, resumir a tese de direito sustentada numa decisão.

Em que pese o notável saber jurídico do doutrinador retromencionado, vislumbra-se que na nova sistemática do novo código de processo civil as súmulas terão papel destacado no intento da uniformização da jurisprudência, haja vista sua força vinculante. Além disso, a redação do enunciado sumular reflete a *ratio decidendi* da decisão, sendo utilizada como forma de facilitação do discurso. Se o enunciado da súmula não contempla todos os fundamentos essenciais do julgado, cabe simplesmente ao interprete ler o inteiro teor da decisão que ensejou a criação da súmula. Não se olvida a problemática tratada no item 3.1.2.1, no qual se critica a técnica de redação das sumulas, mas despreza-las constitui uma falha.

3.1.5 Orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Os precedentes oriundos de decisões do plenário ou do órgão especial possuem status de precedente vinculante. A vinculação, como destacam Didier, Braga e Oliveira (2015) deve ser interna, ou seja, dos membros e órgãos fracionários do tribunal, bem como externa, vinculando assim, os órgãos e juízes de instâncias inferiores.

Assim, se, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento de incidente de julgamento de demanda repetitiva, decidir pela não incidência de um tributo em algumas relações jurídicas tributárias, todas as suas turmas e câmaras e juízes de primeiro grau estão vinculadas ao entendimento sufragado no referido incidente.

Questão interessante, que s.m.j ainda não foi abordada pela doutrina e tribunais, é a seguinte: os juízes, nas causas de competência delegada do artigo 109, §3 da CF (BRASIL, 1988), estão obrigados a cumprir as decisões do plenário ou órgão especial dos tribunais dos quais não estão vinculados funcionalmente?

É cediço que os Juízes de Direito são órgãos da Justiça Estadual, do mesmo modo que nos termos do artigo 106, II, da CF (BRASIL, 1988), os Juízes Federais são órgãos da Justiça Federal. Estes vinculados aos quadros de Juízes dos Tribunais Regionais Federais e aqueles aos Tribunais de Justiça. Logo partindo destas premissas, poderia se pensar que os Juízes de Direito imbuídos da competência delegada do artigo 109, §3 da CF (BRASIL, 1988) não precisariam seguir as decisões do plenário ou órgão especial do TRF, pois não estão vinculados funcionalmente a este.

Todavia, vislumbra-se que esta posição não é a mais correta, uma vez que o tribunal competente para o recurso seria o Regional Federal, § 4º do artigo 109 da CF (BRASIL, 1988). Se o magistrado estadual no exercício da competência delegada, não seguir precedente vinculante sua sentença será considerada omissa, a vista do artigo 489, §1º, inciso VI, do CPC (BRASIL, 2015), podendo ser anulada pelo TRF, contrariando assim, todo espírito do novo Código de Processo Civil, que prega a celeridade e segurança jurídica na prestação jurisdicional. Destarte, com base no artigo 5º da Lei de Introdução a Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), bem como nos supramencionados princípios norteadores do CPC, tenho que os Juízes de Direito estão obrigados a seguir as decisões do plenário ou órgão especial do TRF, nas causas que se refere o §3º do artigo 109 da CF (BRASIL, 1988).

3.1.5.1. Decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade

O controle difuso, repressivo, também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, pode ser realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Nesta seara o controle de constitucionalidade ocorre de forma subjacente em relação a um caso concreto posto em juízo. Seus efeitos são, em regra, *inter partes* e *ex tunc*. De acordo com Pedro Lenza (2015, p. 318): “Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual”.

Caso o feito julgado em primeira instância com pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental seja objeto de recurso de apelação, o desembargador relator do recurso deverá, em regra, submeter a matéria ao pleno ou

órgão especial do tribunal natural, considerando o princípio da reserva de plenário positivado no artigo 97 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que dispõe que: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Neste caso, a decisão exarada pelo pleno ou órgão especial do tribunal de segundo grau vinculará o próprio tribunal e os juízes a ele subordinados, como visto no item anterior.

Tal procedimento é prescindível quando a matéria já foi analisada anteriormente pelo próprio tribunal ou pelo STF. Nesse sentido é a redação do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015): “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”.

Em sede de recurso extraordinário, na maioria das vezes, o feito vai ser distribuído a um ministro, vinculado a uma das turmas, que proferirá a decisão. Nesse sentido proclama o artigo 9º, inciso III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1980). Excepcionalmente, preenchidos os requisitos legais, a questão constitucional será encaminhada ao plenário do STF, conforme previsão dos artigos 11 e 22 do diploma legal retromencionado:

Art. 11. A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta:

I – quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento;

II – quando, não obstante decidida pelo Plenário, a questão de inconstitucionalidade, algum Ministro propuser o seu reexame;

III – quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na *Súmula*. (...).

Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.

Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:

a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário.

b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

Muito se discutiu na doutrina e no próprio STF sobre a temática do controle difuso *abstrativizado* ou teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo no controle difuso de constitucionalidade. De acordo com o artigo 178 do RISTF (BRASIL, 1980), declarada a inconstitucionalidade da norma pela maioria absoluta dos ministros, será efetivada a comunicação ao Senado Federal, para querendo, suspender a execução da norma reputada inconstitucional, por meio de resolução, nos termos do artigo 52, inciso X, da CF (BRASIL, 1988). Caso o Senado edite a mencionada resolução os efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade serão *erga omnes* e *ex nunc*.

A controvérsia cingia-se na questão de estar o Senado obrigado ou não a suspender a execução da norma declarada inconstitucional no controle difuso. De acordo com Pedro Lenza (2015), o Ministro Gilmar Mendes, vencido no julgamento da RCL 4.335, “sepultou”, de vez, a regra do art. 52, X (BRASIL, 1988), aproximando o controle difuso do controle concentrado, traduzindo importante perspectiva em termos de “abstrativização” do controle difuso e de consagração da tese da transcendência da *ratio decidendi*. Sendo assim, teria ocorrido uma mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF (BRASIL, 1988), de modo que sempre que STF declarasse inconstitucional uma norma no controle difuso, ela teria efeitos *erga omnes* cabendo ao Senado a simples tarefa de publicar o *decisum*.

O posicionamento mencionado não prevaleceu perante o STF, sob o argumento de violar o princípio da separação dos poderes, o que seria possível apenas com uma reforma constitucional. Nesse sentido esquematiza Pedro Lenza:

Embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5.o, LXXVIII — Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), afigura-se faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras constitucionais, para a sua implementação. Em outras palavras, o efeito *erga omnes* no controle difuso ainda depende de resolução do Senado Federal (ou de súmula vinculante do STF), que, por sua vez, não se transformou, deixe-se claro, em mero “menino de recado”.

Após essa singela apresentação dos efeitos das decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista os objetivos do presente estudo, calha analisar alguns aspectos relacionados aos precedentes judiciais. A nova ordem processual civil brasileira ao criar os precedentes obrigatórios encampou muitos dos princípios visados na teoria da transcendência dos motivos determinantes, como por exemplo, o da economia processual, celeridade processual, igualdade de decisões. O artigo 927, inciso V, do CPC (BRASIL, 2015) dispõe que os juízes e tribunais estão obrigados a observar as orientações do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados. Desta forma todos os juízes e tribunais brasileiros estão vinculados às decisões do plenário do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. Nesse sentido Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael de Oliveira afirmam (2015, p. 467): “Precedentes do: plenário do STF, sobre matéria constitucional, vinculam todos os tribunais e juízes brasileiros”.

Assim, a *ratio decendi* das decisões do STF no controle difuso têm efeitos vinculantes e *erga omnes*, semelhantes àqueles pretendidos pela teoria da abstrativização dos efeitos difusos. Assim explicam Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael de Oliveira:

Antes mesmo do advento do CPC-15, com a positivação desta nova regra, já defendíamos que, em função da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade, os precedentes oriundos do pleno do Supremo Tribunal Federal, em matéria de controle difuso de constitucionalidade, ainda que não submetidos ao procedimento de consolidação em súmula, teriam força vinculante em relação ao próprio STF e a todos os órgãos jurisdicionais de todo país. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 467).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2016) no tocante ao controle difuso não se outorga força de coisa julgada *erga omnes* à parte dispositiva do acórdão. O que se pretende é dar realce aos motivos determinantes ou à *ratio decidendi* da decisão, evitando-se assim a sua desconsideração pelos demais órgãos judiciários. O autor completa (2016, p. 299): “(...) admitir no atual estágio do direito brasileiro, controle difuso sem vinculação dos órgãos judiciários aos precedentes constitucionais constitui um equívoco imperdoável”.

Neste caso, não se almeja que a parte dispositiva tenha efeitos *erga omnes*, pois os efeitos obrigatórios decorrem da própria *ratio decidendi* do julgado. Configura-se um anacronismo os juízes e tribunais poderem aplicar uma norma declarada inconstitucional pelo STF, mesmo que seja no controle difuso. A respeito Luiz Guilherme Marinoni:

Os precedentes que se limitam a definir a orientação constitucionalmente adequada têm razão para ter eficácia vinculante exatamente porque a questão da constitucionalidade, nestas hipóteses, também é obviamente enfrentada incidentalmente, e, assim, além de não ser tocada pela coisa julgada material, é dilucidada na *ratio decidendi* ou nos motivos determinantes da decisão. (MARINONI, 2016, p. 299).

Diante disso, vislumbra-se que o CPC atribui efeitos vinculantes aos motivos determinantes das decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade. Com efeito, por uma via oblíqua, se alcançou efeitos semelhantes àqueles pretendidos pela teoria da transcendência dos motivos determinantes. Não se olvida que juridicamente a lei continuará vigente, pois somente com a resolução do Senado Federal ela perderá a sua eficácia.

Todavia, no caso concreto os magistrados terão de decidir de acordo com o posicionamento firmado pelo pleno do STF, uma vez que os efeitos destas decisões são vinculantes. Logo, as pessoas não podem se basear na lei tida por inconstitucional, porque não poderão reclamar seus direitos, com chance de êxito, no poder judiciário. Visto que, os motivos determinantes das decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade transcendem os interesses das partes do litígio, de acordo com o Novo Código de Processo Civil, pois afetam demandas ajuizadas no Judiciário, bem como as relações jurídicas que ocorrem no seio da coletividade.

3.1.6. Rol exemplificativo do artigo 927 do CPC

Apesar do artigo 927 (BRASIL, 2015) positivar várias espécies de precedentes, importa destacar que esses não são os únicos, uma vez que o rol do mencionado artigo tem caráter exemplificativo.

Didier, Braga e Oliveira (2015) destacam, que o rol o artigo 927 (BRASIL, 2015) é exemplificativo – *numero apertus* – pois apesar de não constar nas hipóteses legais, os precedentes estabelecidos nas súmulas de cada um dos tribunais, mesmo que de segundo grau, têm força obrigatória em relação ao mesmo e os juízes a eles vinculados, tendo em vista o dever de uniformidade da jurisprudência (*vide* item 3.8 do presente estudo) e forte no enunciado 169 do FPPC (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015) que preleciona: “Os enunciados do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seu próprio precedentes”.

Luiz Guilherme Marinoni, também giza que o rol do artigo 927 é exemplificativo: “Significa que a norma do art. 927 consiste apenas na lembrança de alguns precedentes, além das súmulas e controversas decisões tomadas em incidentes de natureza *erga omnes*, que deverão ser observados pelos juízes e tribunais”.

Assim, a partir de uma interpretação sistêmica do CPC, considerando o dever de uniformização da jurisprudência, evidencia-se que o rol do artigo 927 (BRASIL, 2015) é meramente exemplificativo.

3.1.6.1. Efeitos vinculantes dos recursos com repercussão geral reconhecida.

De acordo com o artigo 102, §3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), para que o recurso extraordinário seja admitido é imprescindível a demonstração da repercussão geral. O artigo 1.035 do Código de Processo Civil apresenta o conceito de repercussão geral (BRASIL, 2015): “será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

O parágrafo 3º do mencionado artigo, por seu turno, colaciona as hipóteses que presumidamente são reputadas como de repercussão geral (BRASIL, 2015):

§3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: (..) I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; (...) III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. (BRASIL, 2015).

A função da repercussão geral é filtrar os recursos que devem ser conhecidos pelo STF, a fim de que só cheguem os recursos que tenham o potencial de repercutir em um considerável número de processos ou relações jurídicas, é dizer: causas que efetivamente impactem na vida social. Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2016), o interesse das partes, ou a intenção de justiça, não autorizam por si só a abertura de uma terceira ou quarta instância recursal. O que está por detrás da repercussão é a concreção da unidade jurisprudencial.

Nessa esteira de ideias, se as causas julgadas pelo STF em sede de recurso extraordinário ultrapassam os interesses das partes litigantes é silogístico que esta decisão tem relevância para toda sociedade. Ademais, se uma das funções da repercussão geral é a unidade do direito, a medida que se impõe é o reconhecimento destes acórdãos como precedentes vinculantes. Luiz Guilherme Marinoni aborda esta questão:

Não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda assim, estas poderiam ser tratadas de maneiras diferentes pelos tribunais e juízes inferiores. A ausência de efeito vinculante constituiria mais uma afronta a Constituição Federal, desta vez à norma do art. 102, §3º, que deu ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de atribuir – à luz do instituto da repercussão geral – unidade ao direito mediante a afirmação da constituição. (MARINONI, 2016, p. 306).

Assim, considerando que o rol do artigo 927 (BRASIL, 2015), é exemplificativo vislumbra-se salutar para a integridade da jurisprudência e coerência das decisões judiciais a atribuição dos efeitos vinculantes à *ratio decidendi* dos feitos julgados pelo STF com o rotulo da repercussão geral. Ora, se a decisão ultrapassa os interesses das partes e é julgada pelo órgão de cúpula do judiciário brasileiro é evidente que elas devem ser aplicadas por todos os juízes e tribunais que compõe o Poder Judiciário Brasileiro.

3.2. FUNDAMENTOS DETERMINANTES - *RATIO DECIDENDI*

A *ratio decidendi* ou *holding*, para os norte americanos, é a parte substancial do precedente judicial, considerada o principal fundamento do julgado. Da *ratio decidendi* é que irradiam os efeitos vinculantes dos precedentes. Para Tucci (2004, p. 175): “Constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (...) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*.”

Para Medina (2015) a *ratio decidendi*, é formada pelos principais argumentos, sem os quais a decisão não teria o mesmo deslinde, ou seja os argumentos considerados imprescindíveis no *decisum*. *Ratio decidendi*, seria assim o núcleo essencial do precedente. Nesta senda, Didier, Sarno e Oliveira (2015) aludem que em sentido estrito o precedente pode ser definido como a própria *ratio decidendi*.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

Trata-se da parcela dos fundamentos que determina a conclusão ou resultado alcançado, ou, em outros termos, o dispositivo da decisão. Tal parcela, como é óbvio, exclui as razões expostas de passagem ou fundamentos endereçados à solução de questões que não são necessárias ou importantes ao alcance do resultado, que são chamados obter dicta. (MARINONI, 2016, p. 338).

O Código de Processo Civil utiliza como terminologia da *ratio decidendi* as expressões: “tese jurídica” ou “fundamentos determinantes”, vide artigos 927, §2º e 489, §1º (BRASIL, 2015) respectivamente.

O efeito vinculante do precedente decorre da sua *ratio decidendi*, que se caracteriza por ser a tese nuclear do julgado. Nas sentenças ou acórdãos pode haver uma diversidade de argumentos, mas nem todos compõem a *ratio decidendi*, pois os argumentos periféricos, ditos de passagem, não se revestem desta qualidade. Nesse norte, ensina Humberto Theodoro Júnior:

É preciso considerar que dentro de um julgado se desenvolvem vários tipos de raciocínio e argumento. Não são todavia, todos eles que se revestem da qualidade de precedente jurisprudencial passível de figurar em enunciado de súmula ou de assumir a categoria de jurisprudência dominante. Apenas a tese nuclear que conduziu à conclusão do decisório de acolhimento ou rejeição da pretensão deduzida em juízo, é que merece o tratamento de fundamento da decisão judicial. Os argumentos laterais que esclarecem e ilustram o raciocínio do julgador não se inserem no terreno da *ratio decidendi*. Configuraram apenas *obiter dicta*, e, nessa categoria, não merecem o tratamento de fundamento jurídico do julgado. (THEODORO, 2016, p. 794).

De outra banda, como menciona Medina (2015) o Código de Processo Civil arrolou como precedentes figuras bastante diferentes entre si. Entretanto, a *ratio decidendi* as une. A *ratio* evidencia-se como a parte do precedente que o julgador deve efetivamente observar ao proferir a sua decisão. No mesmo sentido ensina Marinoni:

A norma diz que os juízes e tribunais devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Mistura decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas, decisões tomadas em vias de solução de casos ou questões repetitivas e orientação do plenário ou do órgão especial, mas, surpreendentemente, nada diz sobre precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão. (MARINONI, 2016, p. 285).

Assim, a leitura mais correta do *caput* do artigo 927 do CPC (BRASIL, 2015) é a seguinte: Os juízes e os tribunais observarão as *ratio decidendi* das (...).

De acordo com Cruz e Tucci (TUCCI, 2004), não é órgão julgador que aponta expressamente qual é *ratio decidendi*. Mas sim o operador do direito, no caso concreto, que deverá extrair, interpretar e aplicar a *ratio decidendi*, oriunda do precedente de força vinculante.

Portanto, em regra a *ratio decidendi* está implícita no decisum. No entanto, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, objetivando facilitar a identificação da *ratio decidendi*, positiva peculiar mandamento em seu artigo 208, parágrafo único (BAHIA, 2008): “Constitui parte integrante do acórdão a respectiva ementa, na qual será indicada a *ratio decidendi* em que se fundou a decisão”.

Conforme doutrina de Tucci (2004), para encontrar a *ratio decidendi*, deve o intérprete utilizar a técnica da inversão ou teste de Wambaugh, o qual propõe imaginariamente uma inversão do núcleo decisório, e posteriormente se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, caso o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada a *ratio decidendi*. Esta teoria é apta para os casos em que há somente um argumento para extinguir o feito, havendo mais de um argumento que por si só possam justificar o comando judicial esta teoria revela-se falha.

O *holding* é extraído da íntegra da sentença ou acórdão. Com efeito, embora a *ratio decidendi* seja compreendida principalmente da fundamentação da sentença, não é recomendável que seja desconsiderada as partes do relatório e dispositivo. A respeito cita-se Didier, Sarno e Oliveira:

Em que pese a *ratio decidendi* se encontre na fundamentação da decisão, ela não corresponde integralmente (. . .). Na verdade, pode ser elaborada e extraída de uma leitura conjugada de tais elementos decisórios (relatório, fundamentação e dispositivo); importa saber: a) as circunstâncias fáticas relevantes relatadas; b) interpretação dada aos preceitos normativos; c) conclusão que se chega. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 447).

Contudo há situações que devem ser analisadas no momento da identificação da *ratio decidendi*, assim narram Didier, Braga e Oliveira (2015): (a) quando houver mais de uma *ratio decidendi*, todas elas são vinculantes; (b) quando em um julgamento em órgão colegiado, cada um dos julgadores tiver motivação diferente, mesmo que chegando em conclusões idênticas (julgamento por adesão do dispositivo) torna-se impossível identificar a *ratio decidendi*, posição divergente é de Tucci (2004), que ensina que neste caso é facultado ao intérprete a escolha de uma das posições (c) quando for difícil de identificar a *ratio decidendi* de uma decisão, por carência de fundamentação, não há que se falar em vinculação da *ratio decidendi*.

No que tange ao item “b” anteriormente abordado, Marinoni (2016) afirma que há *ratio* apenas quando o fundamento que determina o provimento ou não do recurso é acolhido pela maioria dos votos. Trata-se, sem sombra de dúvidas, da posição mais razoável, uma vez que são raros os casos que o pleno do STF decide de maneira

unânime, assim com base na teoria de Didier, Braga e Oliveira (2015) dificilmente ter-se-ia precedentes oriundos do STF. A tese de Tucci (2004), por sua vez, traria insegurança jurídica aos jurisdicionados, situação que não se amolda num sistema de respeito aos precedentes.

Marinoni (2016) aponta que decisões que resolvam preliminares de mérito também têm condições de oferecer uma *ratio decidendi*, caracterizando-se como precedentes a serem observados no futuro. Também, como assinala o autor não há motivos para excluir da classe de precedentes as decisões que tratam de questões resolvidas em favor da parte que, ao final, restou vencida.

Ressalta-se que nem todos os julgados de órgão colegiado terão uma *ratio decidendi*, uma vez que nos acórdãos pode haver a maioria em relação ao resultado, porém com fundamentos divergentes (MARINONI, 2016).

Apesar de ser possível a prolação de acórdão sem *ratio decidendi*, compete aos tribunais superiores buscar a uniformidade jurisprudencial que somente ocorrerá com a formação da *ratio*. Nesse sentido cita-se Luiz Guilherme Marinoni:

É razoável e correto ver as Supremas Cortes brasileiras, como Cortes que, a despeito de terem a função de desenvolver o direito mediante a elaboração de precedentes, não precisam necessariamente proferir decisões contenham rationes decidendi. Volte-se a explicar: não precisam, necessariamente, mas devem atuar de modo a formular, na medida do possível, decisões ancoradas em fundamentos compartilhados pela maioria do colegiado. (MARINONI, 2016, p. 297).

Portanto, como já retratado a *ratio decidendi* é o *condicio sine qua non* para a formação do precedente. Configura-se a viga mestra do sistema precedentalista, porque é dela que irradiam os efeitos vinculantes dos precedentes.

3.3. ARGUMENTOS DITOS DE PASSAGEM - *OBITER DICTUM*

O *obiter dictum* é um argumento jurídico, que não se configura como tese nuclear da decisão, trata-se de algo dito de passagem, com status de argumento acessório, prescindível, na construção da motivação e do raciocínio exposto na

decisão. De maneira nenhuma o *obiter dictum* pode gerar efeitos vinculantes em relação a casos futuros, podendo tão somente servir como elemento de persuasão. Nesse sentido explica Tucci (2004, p. 177): “o *obiter dictum*, assim considerando, não presta para ser invocado como precedente vinculante, em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão”.

No mesmo sentido é a lição de Fredie Didier, Paula Braga e Rafael de Oliveira:

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 444).

O *obiter dicta* se apresenta de diversas formas como: argumentos que não são necessários para se chegar ao resultado estampado na parte dispositiva da decisão, passagens que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes arguiu. Nesse norte, Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 168): “Algumas questões são indiscutivelmente desnecessárias ao alcance da decisão e, assim, são certamente *obiter dicta*”.

Objetivando elucidar o tema, colaciona-se o REsp 954.859 (BRASIL, 2007), relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, que versava sobre a interpretação do artigo 475-J do CPC/73 (BRASIL, 1973), no que concerne na desnecessidade de intimação do condenado para a incidência da multa de 10% diante da falta de pagamento espontâneo no prazo de 15 dias, no referido julgado o entendimento fixado pelo STJ foi de que: “Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la.”

No corpo do voto do Ministro relator foi consignado que o bom patrono deveria prevenir o seu cliente, para que, antes da intimação formal, se prepare financeiramente para arcar com os custos da condenação, nesse sentido asseverou (BRASIL, 2007) o relator que se o causídico, por desleixo, omite-se em informar seu constituinte e o expõe a multa, ele deve responder por tal prejuízo.

Nesta ordem de ideias, Marinoni (2016) observa que a Corte não estava tratando da responsabilidade do advogado, mas somente da necessidade de intimação do condenado para a incidência de multa. Desta forma, o trecho retromencionado, que trata de uma eventual condenação do advogado irresponsável - certo ou não – é um verdadeiro *obiter dictum*, pois é um argumento desnecessário para se chegar a decisão do recurso especial.

Assim, apesar de os conceitos de *obiter dictum* e *ratio decedendi* sejam atrelados, sendo difícil conceituar um sem citar o outro, na prática mostra-se extremamente importante definir o qual é fundamento determinante do julgado e qual é um argumento dito de passagem, a fim de que seja possível balizar os efeitos do precedente vinculante.

3.4. PRECEDENTE OBRIGATÓRIO NAS DECISÕES JUDICIAIS

O artigo 93, inciso IX da Constituição Federal (BRASIL, 1988) preceitua que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Na verdade, a necessidade da devida fundamentação nas decisões trata-se de uma consequência da garantia constitucional do devido processo legal, prevista no artigo 5º, inciso LV, da CF (BRASIL, 1988).

Em consonância com os ensinamentos de Marinoni (2016) a fundamentação além de servir às partes litigantes, importa a todos os jurisdicionados, interessados na legitimidade das decisões judiciais, especialmente daquelas que têm maior repercussão perante a sociedade. Desta forma, uma fundamentação racional indica a imparcialidade do juiz, bem como lhe confere legitimação ao exercício do poder jurisdicional.

A nova legislação do Código de Processual Civil reforçou os preceitos estatuídos pelo legislador constituinte com a redação do artigo 489 do CPC (BRASIL, 2015), que positiva, um rol de exemplificativo de hipóteses em que as sentenças ou decisões interlocutórias não serão consideradas fundamentadas, a respeito cito:

§ 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. (BRASIL, 2015).

Da exegese do artigo supracitado depreende-se que é defeso ao magistrado o simples registro de acórdão de tribunais como razão de decidir, prática corriqueira na égide do CPC/73. No atual contexto jurídico, compete ao Magistrado demonstrar que o precedente vinculante se amolda ao caso posto em juízo, evitando-se assim, a mera replicação do acórdão, sem uma análise crítica. Adverte Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 339) que: “(...) do mesmo modo que o juiz não pode aplicar uma lei sem situá-la no contexto do caso, não pode invocar um precedente sem demonstrar que regula a questão de direito posta no caso”.

Na mesma ordem de ideias, José Rogério Cruz e Tucci (2004) giza que para ser aplicado o precedente com eficácia vinculante, ele deve passar pelo método de confronto chamado *distinguishing* (*vide* item 3.6 do presente estudo), além disso, deve ser registrada a absoluta pertinência do caso em juízo com a *ratio decidendi* do caso paradigma.

O artigo 489 do CPC (BRASIL, 2015) se mostra imprescindível para um ordenamento jurídico que busca a uniformização da jurisprudência e o respeito aos precedentes. A base de um sistema precedentalista é correta fundamentação dos julgados, sobre tema destaca José Miguel Garcia Medina:

(...) um modelo precedentalista, depende, sobretudo, da mudança de atitude dos juízes, não no sentido de se dever obediência ao precedente, mas, especialmente, no sentido de se produzir julgados modelares, que sirvam de referência, que gerem confiança no cidadão. Esse é o ponto de partida. (MEDINA, 2015, p. 1.242).

Na mesma linha de raciocínio, Didier, Braga e Oliveira (2015), ensinam que o magistrado ao proferir uma sentença cria duas normas uma individual e outra geral. A norma geral se exterioriza por meio da tese jurídica adotada no caso – *ratio decidendi*, construída, mediante argumentação indutiva, produto da subsunção das normas Constitucionais ou infraconstitucionais ao caso, podendo servir como diretriz para um julgamento futuro. Além disso, configura-se, como, uma função metaprocessual, ou seja, serve como modelo de conduta para outras pessoas que não compõem os polos da demanda.

A norma individual, por sua vez, constitui-se precipuamente da parte dispositiva do comando sentencial, que cria uma espécie de lei, com efeitos unicamente entre as partes litigantes. José Rogério Cruz e Tucci, frisa que (2004, p. 25): “O judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros”.

Caso invocado por algumas das partes o precedente obrigatório e o magistrado sentenciante se furtar de versar acerca do mesmo, a decisão considerar-se-á carente de fundamentação, nos termos do artigo 489, §1º, inciso VI do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), podendo ser desconstituída em eventual recurso de apelação. Assim, assevera Elpídio Donizette (2016, p. 698): “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.”

Todavia a mera transcrição de súmula ou ementa de julgado é insuficiente para que a decisão seja considerada fundamentada. Deve o magistrado, como observam Didier, Braga e Oliveira (2015), analisar, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, contrapondo as circunstâncias fáticas e jurídicas, afim de verificar se o *holding* adotado no precedente é adequado para o caso em julgamento.

Situação diversa é quando as partes não suscitam o precedente vinculante, porém o juiz entende que este é aplicável à demanda, assim o feito deverá ser baixado em diligência, para dar vistas às partes para que estas se manifestem acerca da matéria, forte no artigo 927, §1º do CPC (BRASIL, 2015), que preleciona: “Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”. Trata-se da vedação à decisão surpresa.

De acordo com o citado artigo 489, §1º, inciso VI, do CPC (BRASIL, 2015), a não aplicação de precedente ocorre unicamente em duas hipóteses: a) demonstração que não há relação entre o precedente vinculante e o caso em concreto; b) demonstração que o precedente está superado. Nesse sentido é o enunciado nº 306 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis:

Enunciado nº 306: O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.(FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015).

Ronald Dworkin, ao criar a alegoria do emblemático Juiz Hercules, traz importante contribuição sobre a importância do respeito aos precedentes:

Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamei de Hercules. Eu suponho que Hercules seja um juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juiz. (DWORKIN, 2010, p. 165).

Não se olvida que o Juiz Hercules de Dworkin seja “oriundo” de uma tradição do *common law*, contudo, tendo em vista o espírito do Novo Código de Processo Civil, vislumbra-se que a citada passagem cabe também ao ordenamento jurídico brasileiro, mormente na importância de se observar os precedentes no momento do julgamento das lides. Desta forma, não deve o julgador a cada nova decisão, aplicar determinada norma como se não houvesse um histórico de como ela deve ser interpretada.

3.5. PRECEDENTES PERSUASIVOS

Os precedentes persuasivos no ordenamento jurídico brasileiro são aqueles despidos de qualquer valor legal, logo nenhum juízo ou tribunal está obrigado a observá-los. Tucci (2004, 13), destaca que: “apresenta-se assim, com uma particular carga de persuasão pelo simples fato de constituir indício de uma solução racional e socialmente adequada”. Alexandre Freitas Camara aponta que:

(...) os precedentes não vinculantes são meramente argumentativos, e não podem ser ignorados pelos órgãos jurisdicionais, os quais, porém, podem decidir de modo distinto, desde que isto se faça através de um pronunciamento judicial em que se encontre uma fundamentação específica para justificar a não aplicação do precedente. (CÂMARA, 2016, p. 435).

Ocorre que a despeito da falta de efeitos legais, os precedentes persuasivos, por ser a maioria dos julgados e abarcarem uma infinidade de situações, são largamente utilizados na prática forense tanto pelas partes, quanto pelos magistrados, especialmente os precedentes do tribunal que será competente para analisar eventual recurso. A razão para tudo isso é singela, ora se um tribunal tem um determinado entendimento sobre uma matéria é verossímil que nos casos análogos a decisão será idêntica. Nesse sentido, Cruz e Tucci leciona:

Realmente, entendemos também que os precedentes judiciais constituem valioso subsídio que auxilia a hermenêutica de casos concretos, embora careçam de força vinculante. (...) Ademais, cabe aos Magistrados outorgar aos precedentes dos tribunais superiores revestidos da marca de definitividade o valor e a influência aptos a orientar os órgãos inferiores e não desrespeitar, a função nomofilática àqueles atribuídos pela Constituição Federal. (TUCCI, 2004, p. 277).

Destarte, considerando as particularidades do caso concreto e buscando que em eventual recurso de apelação a tese sustentada seja observada, os precedentes judiciais persuasivos se mostram com bastante utilidade para os operadores do direito. Além disso, tais precedentes fundamentam e fomentam a criação dos precedentes vinculantes.

3.6. DISTINÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE – *DISTINGUISHING*

Os precedentes podem deixar de ser aplicados quando a questão posta em debate é distinta do paradigma, por carência de semelhança fática ou pelas peculiaridades do caso concreto. Nesse sentido é a redação do artigo 489, §1º, VI do CPC (BRASIL, 2015) que prevê que a sentença não será considerada fundamentada quando: “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”.

A respeito lecionam Fredie Didier Jr, Rafael de Oliveira e Paula Braga:

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente. (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 491).

No *common law*, José Miguel Garcia Medina (2015) aduz que denomina-se *distinguishing* a recusa de um juiz ou tribunal em aplicar precedente a um caso por considerar ele distinto o bastante, a tal ponto de que a aplicação do precedente geraria uma injustiça, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

Na mesma esteira de pensamentos, José Rogério Cruz e Tucci (2004) assevera que o ato de aplicação de um precedente judicial, vale-se do método de confronto, denominado *distinguishing*, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma.

Fredie Didier Jr.; Paula Braga e Rafael de Oliveira (2015), ainda, afirmam que quando o magistrado constatar a distinção pode: ou não aplicar o precedente vinculante, partindo de uma interpretação restritiva, obviamente com a devida fundamentação; ou pode estender ao caso a mesma solução conferida na *ratio*

decidendi vinculante, por entender que apesar das circunstâncias, esta tese jurídica é apropriada.

Em consonância com o exposto, Luiz Guilherme Marinoni (2016), também admite a extensão ou limitação do alcance do precedente. Segundo o autor, a técnica de distinção, não acarreta instabilidade ao direito, mas lhe garante maior maleabilidade capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda é eficaz para tratar das situações que contemplou desde a sua origem.

Cumprido ressaltar que a diferença fática nos casos nem sempre é suficiente para tornar o precedente obrigatório inaplicável. Com efeito, somente fatos essencialmente relevantes tornam os casos passíveis de distinção, cabendo ao magistrado esclarecer a diferença com a devida fundamentação. Nessa senda, advoga Luiz Guilherme Marinoni:

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. Cabe-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. (...) A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente. (MARINONI, 2016, p. 231).

Não obstante, giza-se que o fato de o precedente não ser aplicado, em razão da distinção, não significa que o precedente deve ser revogado, porém, tão somente inaplicável ao caso telado. De acordo com Marinoni (2016) o *distinguishing* atinge uma finalidade distinta daquela visada pelo *overruling* – revogação (*vide* item 3.7 do presente estudo), haja vista que o primeiro não nega o respeito e a correção do precedente, mas requer sua acomodação diante de um novo conjunto de fatos. O *overruling*, ao contrário, pois em vista da evolução do direito ou de novas tecnologias ou de um novo quadro de valores sociais, constata que o precedente não tem mais condições de ser mantido.

3.7. REVOGAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE – *OVERRULING*

Em um ordenamento jurídico que prega o respeito aos precedentes requer-se que a orientação firmada em determinado precedente permaneça estável. Entretanto, podem ocorrer circunstâncias que demandem a superação ou modificação deste. Giza-se que a superação de precedente deve ser tratada de uma maneira excepcional, com efeito, é vedado aos tribunais a mudança de entendimento de forma aleatória e despida das formalidades legais. Nas palavras de Medina (2015, p. 1.251): “(...) vai uma enorme diferença entre a mudança (de precedente), que é frequentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial que é descalabro e tormento”. Nesse sentido o mesmo sublinha:

Não há mais como conceber um sistema de precedentes que não permita a alteração do entendimento que os formou. Por outro lado, um sistema jurídico que adota o sistema de precedentes precisa estabelecer regras e limites para a alteração dos entendimentos dos tribunais, sob pena de negligenciar a proteção dos próprios princípios que ele visa garantir e proteger ao instituir o regime de precedentes. (MEDINA, 2015, p. 1.249).

Em que pese, o sistema precedentalista exista para garantir a segurança jurídica, dentre outros princípios, não se pode olvidar que a sociedade está em constante mudança, além disso, a criação legislativa e doutrinária também se transforma com rapidez, impondo assim, em determinados casos, a mudança de entendimento sedimentado de um tribunal.

Fredie Didier Jr., Rafael de Oliveira e Paula Braga (2015, p. 494), conceituam *overruling* como: “(...) a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente. O próprio Tribunal pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando *overruling*”.

Para José Miguel Garcia Medina:

O *overruling* é medida que acarreta o afastamento de uma regra estabelecida anteriormente. Isso ocorre quando um tribunal resolve de modo diferente um problema jurídico antes solucionável por um precedente

estabelecido anteriormente, recorrendo a novos fundamentos que conduzem a resultado diverso. (MEDINA, 2015, p. 1.251).

As principais causas para a revogação do precedente são a mudança dos valores sociais, a evolução do direito, presença de regra inexecutável no precedente e o avanço tecnológico. A respeito cita-se Luiz Guilherme Marinoni:

A transformação da concepção moral, política e de experiência é determinante da revogação de um precedente. A alteração da concepção geral moral, assim como as novas proposições políticas, pertinentes à evolução do Estado, certamente podem abrir margem à revogação de precedentes. Do mesmo modo, incluída entre as proposições de experiência, as proposições relacionadas à evolução da tecnologia facilmente podem fazer ver a necessidade de *overruling*. (MARINONI, 2016, p. 258).

Outra causa recorrente de superação de precedente é a modificação e revogação da lei que o precedente se baseou. Esse é o entendimento fixado no enunciado nº 322 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CÍVIS, 2015): “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou na alteração econômica, política e cultural ou social referente matéria decidida”.

Também enseja a revogação do precedente obrigatório o caso de superveniência de lei nova incompatível com ele, nesse sentido é o enunciado nº 324 do FPPC:

Lei nova incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto. (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CÍVIS, 2015).

De outra banda, segundo Fredie Didier Jr., Rafael de Oliveira e Paula Braga (2015) no Brasil a superação de precedentes somente pode se dar de forma

expressa. A revogação implícita ou tácita aconteceria quando uma orientação é adota em confronto com a posição anterior sem a devida menção da superação do paradigma, contudo, esta hipótese é inadmitida no Brasil, forte no artigo 927, §4 do CPC (BRASIL, 2015), que impõe a fundamentação adequada e específica para a superação de orientações jurisprudenciais sedimentadas.

Não obstante, deve se destacar que a regra estabelecida no Código de Processo é inaplicável no caso das súmulas vinculantes, por existir regra especial para o seu processo de revisão e cancelamento, estabelecido no artigo 103-A da CF (BRASIL, 1988) e Lei nº 11.417/2006 (BRASIL, 2006), que prelecionam que o processo de cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerá de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

Ora, como versam Didier, Oliveira e Braga (2016), a súmula vinculante, como qualquer outro precedente, não tem a pretensão de viger eternamente. Assim, é possível que o STF proceda o *overruling* do seu enunciado sumular.

Os doutrinadores (2015), ainda explicam que o *decisum* que determinar a superação do precedente exige uma carga de motivação maior, tanto dos litigantes quanto do julgador, mostrando-se imprescindível a apresentação de argumentos não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente. Nesse norte também é a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Para revogar precedente ou dar nova regulação ao caso, é preciso demonstrar que as antigas razões não mais podem prevalecer. O colegiado, para revogar um precedente tem pesado ônus argumentativo. Não basta que demonstre que suas razões são boas; cabe-lhe evidenciar que as antigas razões não podem subsistir em face das suas novas razões. (MARINONI, 2016, p. 358).

Nesta ordem de ideias, para a superação do precedente é necessária fundamentação adequada e específica, observando os princípios da proteção da confiança e isonomia, conforme previsão no §4º do artigo 927, do CPC:

§ 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. (BRASIL, 2015).

Essa necessidade de um maior esforço argumentativo decorre do fato que os precedentes vinculantes orientam condutas das pessoas e notadamente de empresários, podendo a sua revogação causar grande impacto social.

O legislador ordinário atento a repercussão que o precedente vinculantes poderá gerar nas relações jurídicas da sociedade, ampliou o princípio do contraditório (*vide* item 4.2.5 do presente estudo) admitindo, no caso de *overruling* a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos e entidades no processo como amigos da corte. Assim é a redação do artigo 927, §2, do Código de Processo Civil:

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. (BRASIL, 2015).

Em que pese o texto legal supracitado se refira somente ao *overruling* do enunciado da súmula, da jurisprudência pacificada e do precedente oriundo do julgamento de casos repetitivos, Fredie Didier, Rafael de Oliveira e Paula Sarno (2015) entendem que tal dispositivo é aplicável a todos os precedentes obrigatórios.

A superação do precedente vinculante de regra ocorre de maneira difusa como versam Fredie Didier Jr., Rafael de Oliveira e Paula Braga (2015). Com efeito, independente da natureza do processo e das partes da demanda é possível a revisão de um entendimento jurisprudencial sedimentado.

Porém, em consonância com os mencionados doutrinadores (2015), o *overruling* pode se dar de modo concentrado, em um procedimento autônomo, nos casos de pedido de revisão de súmula vinculante e pedido de revisão de tese firmada em resolução de demanda repetitiva. Deve-se observar que em ambos os casos há um estrito rol de legitimados, neste caso são a Defensoria Pública e Ministério Público,

forte no artigo 986 e 977, inciso III do CPC (BRASIL, 2015). Naquele caso são legitimadas as autoridades estabelecidas no artigo 3º da Lei nº 11.417/06 (BRASIL, 2006):

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - o Procurador-Geral da República;
V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VI - o Defensor Público-Geral da União;
VII - partido político com representação no Congresso Nacional;
VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. (BRASIL, 2006).

Por fim, Luiz Guilherme Marinoni (2016), giza que a competência para revogação do precedente é do tribunal que o criou.

Destarte, visto o cerne da superação de entendimento jurisprudencial sedimentado é fundamental analisar os seus efeitos.

3.7.1. Efeitos do *overruling* no ordenamento jurídico brasileiro

O precedente judicial é fonte do direito e mesmo que seja uma fonte indireta, acaba influenciando na tomada de decisões e nas relações jurídicas dos jurisdicionados. Diante disso, em situações especiais, com o escopo de salvaguardar os princípios da segurança jurídica, da confiança, o poder judiciário pode modular os efeitos do *overruling*. Nesse sentido é a redação do art. 927, §2º do CPC:

§ 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. (BRASIL, 2015).

Preliminarmente, como ensinam Fredie Didier jr.; Rafael de Oliveira e Paula Braga (2015) deve ser aplicada uma interpretação extensiva a expressão “jurisprudência dominante” para que a possibilidade de modulação dos efeitos da alteração de precedente seja estendida a todos precedentes vinculantes.

Conforme as lições de Fredie Didier jr.; Rafael de Oliveira e Paula Braga (2015), em regra, o efeito da decisão que revoga um precedente obrigatório é *ex tunc*. Todavia, eles reconhecem que em casos excepcionais é necessário atribuir efeitos prospectivos aos precedentes, como por exemplo, nos casos de revogação de precedente longo.

Em sentido contrário, o Fórum Permanente dos Processualistas Civis discutiu a temática e concluiu que de regra os efeitos da modificação de precedente são *ex nunc*. A respeito cita-se o enunciado nº 55 (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015): “Pelos pressupostos do §3º o art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”.

Independente de ser regra ou exceção é certo que para a modulação dos efeitos do *overruling* o julgador deve se pautar no princípio da razoabilidade para decidir e fundamentar devidamente a sua decisão.

A modulação dos efeitos da superação de um precedente objetiva assegurar segurança jurídica aos particulares, de modo a permitir que a sociedade se ajuste ao novo entendimento fixado Poder Judiciário. Nesse norte, assevera José Miguel Garcia Medina:

Com isso, para garantir a segurança e a estabilidade das relações jurídicas no seio da sociedade, por vezes os tribunais devem atribuir efeitos prospectivos às suas decisões, de modo a permitir que a sociedade possa se ajustar às novas regras sem prejuízo de qualquer ordem (MEDINA, 2015, p. 1.252).

No mesmo pensar Fredie Didier jr.; Rafael de Oliveira e Paula Braga;

Se a alteração jurisprudencial puder afetar a estabilidade das relações jurídicas formadas e construídas sob a égide de um velho posicionamento (princípio da segurança jurídica), é perfeitamente possível que o tribunal adote para o caso concreto, bem assim para aqueles pendentes de julgamento que se relacionem a fatos pretéritos, o entendimento já consolidado, anunciando, porém para as situações vindouras a mudança paradigmática. Tudo no intuito de respeitar as legítimas expectativas que o posicionamento reiterado do tribunal haja incutido no espírito dos jurisdicionados. (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 502).

A modulação dos efeitos no *overruling* decorre da segurança jurídica e interesse social. Assim, para ilustrar a temática tratada, se hipoteticamente, um tribunal superior entende, desde longa data, que em determinada atividade empresária não incide Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN), configura-se natural que os empresários do ramo não contam no seu planejamento com esse gasto para o futuro. Desta forma, caso o entendimento venha ser modificado pela incidência de ISSQN, deve ser observado na modulação dos efeitos os princípios da anterioridade anual e nonagessimal, para que a segurança jurídica seja mantida. Nesse sentido cita-se Alexandre Freitas Câmara:

Pense-se, por exemplo, no caso de haver firme jurisprudência no sentido de que determinada atividade empresarial não se sujeita ao pagamento de imposto sobre serviços. Isto, evidentemente, gera na sociedade – especialmente naqueles que desenvolvem tal atividade empresarial – a segurança de que não estarão sujeitos ao pagamento do imposto. Ora, uma mudança de entendimento jurisprudencial acerca do ponto implica, a rigor, a previsão de uma nova hipótese de incidência tributária. Sendo certo que a incidência de uma nova hipótese de incidência tributária deve respeitar princípios constitucionais como o da anterioridade tributária (art. 150, III, a, da Constituição da República), deve-se considerar que a modificação de entendimento jurisprudencial acerca da incidência do tributo deve se dar com a expressa afirmação, pelo STF ou pelo STJ, de que a nova interpretação (e, pois, a nova norma) só se aplicará a casos futuros, ocorridos após a decisão que se tenha afastado da jurisprudência anteriormente firmada. (CÂMARA, 2016, p. 426).

Para Marioni (2015) somente se deve outorgar efeitos prospectivos na revogação do precedente, quando este gozava de “confiança justificada” no

momento de sua revogação. Caracteriza-se a “confiança justificada” quando o precedente não era questionado pela doutrina majoritária e pelos outros tribunais do país. Isso faz com que a sociedade “confie” e observe o precedente para pautar as suas relações jurídicas. Desta forma a sua superação torna-se inesperada e prejudicial para a parte que se baseou no precedente para tomar sua decisão. Nesse sentido, afirma Marinoni:

As razões da decisão revogadora, por evidenciarem falta de congruência social, perda de consistência sistêmica ou mesmo equivoco do precedente revogado, expressam o direito que deve passar a regular a vida social. Assim, só há sentido em aplicar precedente revogado, ou cujas razões não mais convencem, quando algo se estabeleceu no passado a partir de justa confiança no precedente. Tendo em vista que o precedente é revogado para se estabelecer norma jurídica mais apropriada, a perpetuação da sua eficácia só tem racionalidade em nome da segurança jurídica. (MARINONI, 2016, p. 361).

Na sequência o citado doutrinador conceitua “confiança justificada”:

Quando o precedente deixa de ter congruência social, ancoragem na concepção geral do direito ou se mostra equivocado, e daí decorrem críticas doutrinárias e distinções inconsistentes na própria Corte, a sua revogação não constitui surpresa injusta. Não confiança justificada num precedente “desgastado”. (MARINONI, 2016, p. 360).

Essa teoria explanada por Luiz Guilherme Marinoni se aproxima com a técnica preparatória para a revogação de precedente denominada *signaling* – sinalização. Através desta, o tribunal reconhece a fragilidade do precedente e sinaliza que provavelmente irá modifica-lo, fazendo assim, com que ele seja insuficiente para servir de base para a confiança dos jurisdicionados. Assim, esclarece Marinoni:

Nesta hipótese, o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, mas, em virtude da segurança jurídica, deixa de revoga-lo, preferindo apontar para sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação. (...) Não obstante, também sabe a corte que a revogação do precedente, diante das particularidades da situação, estará colocando em risco a segurança

jurídica, mediante a negação da previsibilidade então outorgada a comunidade. Mantém o precedente unicamente em virtude da segurança jurídica, da previsibilidade dada aos jurisdicionados e da confiança que o Estado deve tutelar, ainda que não se duvide que a sua manutenção está em desacordo com o ideal de direito prevalente à época. (MARINONI, 2016, p.236).

No mesmo sentido é o enunciado 320 do Fórum permanente dos processualistas civis (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015): “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com eventual superação ou a criação de exceções ao precedentes para casos futuros”

Destarte, mediante a técnica da sinalização, o tribunal “avisa” aos jurisdicionados e os operadores do direito, que aquele entendimento está em vias de modificação. Desta forma, futuramente as partes não podem se valer daquele precedente para justificar a legalidade de suas condutas.

Por fim, é pertinente lembrar que o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, 1999), que regula o processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade e o artigo 11 da Lei nº 9.882/1999 (BRASIL, 1999), que dispõem sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, já admitiam que o Supremo Tribunal Federal concedesse efeitos prospectivos no acórdão que resolvesse estas ações. Nesse passo, é *condicio sine qua non* que estejam presentes razões de segurança jurídica e interesse social para que sejam atribuídos os efeitos prospectivos.

3.7.2. Antecipação do *overruling*

Pode acontecer que os juízes de instâncias inferiores notando possível alteração de jurisprudência dos tribunais superiores, passam a antecipar a provável mudança de entendimento, sem que o tribunal competente para revogação diga expressamente da mudança, é o que se chama de antecipação do *overruling*:

Há o *anticipatory overruling*, espécie de não aplicação preventiva, por órgãos inferiores, do precedente firmado por Corte superior, nos casos em

que esta última, embora sem dizê-lo expressamente, indica uma alteração no seu posicionamento quanto a precedente outrora firmado. (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 506).

Cumprido mencionar, que não há uma revogação do precedente, propriamente dita, até pela falta de competência para tanto, mas uma não aplicação, em decorrência de uma provável superação do precedente pelo órgão competente.

José Rogério Cruz e Tucci (2004) refere que o *antecipatory overruling* foi introduzido nos tribunais norte-americanos e consiste na revogação preventiva do precedente, pelas cortes inferiores, sob o fundamento que o precedente não constitui *good law*, como já teria sido reconhecido implicitamente pelo tribunal *ad quem*.

No ordenamento jurídico brasileiro se um tribunal de segundo grau verificar o desgaste de determinado precedente, pode deixar de aplicá-lo, porém terá um grande ônus argumentativo para demonstrar que o entendimento atual dos Tribunais Superiores não reflete no precedente obrigatório. Nesta ordem de ideias cita-se Luiz Guilherme Marinoni:

Se um Tribunal de Justiça ou Regional Federal, considerando os argumentos das partes e, especialmente, o que se passa nas Cortes Supremas em relação ao precedente aplicável, percebe o seu desgaste e, desse modo, o enfraquecimento da sua autoridade, cabe-lhe deixar de adotá-lo. Para tanto, porém, terá de superar o seu ônus argumentar e demonstrar que o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, em razão de posicionamentos concretos, não mais está de acordo com o precedente e, assim, está prestes a revogá-lo. (MARINONI, 2016, p. 268)

Medina (2015) observa que este tipo de decisão deve ser proferida cuidadosamente, pois do contrário pode causar grave insegurança jurídica. Marinoni (2015), por sua vez, afirma que: “não só a não adoção do precedente, mas também a sua aplicação, torna muito mais provável admissibilidade do recurso extraordinário ou especial, o que abre a oportunidade de se corrigir eventual injustiça”.

Por exemplo, vislumbra-se s.m.j que seja caso de *antecipatory overruling*, quando se discute no pleno STF a revogação de um precedente obrigatório, em sede de

recurso extraordinário, artigo 927, inciso V, do CPC (BRASIL, 2015). Suponha-se, que após dez ministros votarem a favor da mudança de entendimento, o último ministro decide pedir vista do processo para exarar seu voto. Neste caso, é razoável que os juízes e desembargadores, antes mesmo do voto-vista do último Ministro, deixem de aplicar o precedente que muito provavelmente será modificado, a fim de assegurar o mínimo de justiça nas suas decisões. Embora o prazo máximo para a prolação do voto-vista seja de no máximo 30 dias de acordo com o RISTF (1980), não há nenhuma sanção no caso de cumprimento, de modo não é nada incomum que se demore até um ano para que o voto seja proferido.

Diante do exposto, evidencia-se que no caso da antecipação do *overruling*, o precedente permanece hígido, contudo considerando novas posições dos tribunais superiores estes podem deixar de serem aplicados no caso concreto pelos tribunais inferiores a partir de um juízo de previsibilidade que indica uma futura revogação do precedente.

3.8. RECLAMAÇÃO – INSTRUMENTO COERCITIVO DE RESPEITO AOS PRECEDENTES

A reclamação de acordo com os artigos 102, I, “I”, e 105, I, “f”, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) é de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e pode ter por finalidade a preservação de sua competência ou a garantia da autoridade de suas decisões.

Discutia-se na doutrina e na jurisprudência se a reclamação poderia ser prevista nas Constituições ou leis estaduais para ser julgada no âmbito dos Tribunais de segundo grau de jurisdição. Após algumas vacilações, o STF entendeu que a adoção da reclamação pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. Não obstante o artigo 988 do CPC deu novas feições a este instituto, a respeito cita-se:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
I - preservar a competência do tribunal;

- II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
 - III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 - IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência
- § 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. (...). (BRASIL, 2015)

Com o advento da novel legislação processual civil, foi ampliado o cabimento da reclamação, que passa a poder ser ajuizada em qualquer Tribunal brasileiro, que tiver a sua competência ou autoridade de decisões violadas. Desta forma, a divergência acerca da temática, ao menos em tese, está encerrada. Nessa senda Humberto Theodoro Jr. discorre:

O novo CPC, na esteira do entendimento do STJ e do STF, ampliou, agora por lei processual federal, a possibilidade de interposição da reclamação para “qualquer tribunal”, atribuindo o seu julgamento “ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir” (art. 988, § 1º). (THEODORO, 2016, p 925).

Nesta esteira de ideias, José Miguel Garcia Medina (2015) advoga que a reclamação tem natureza jurídica de ação, de competência originária dos tribunais, cabível para: preservar a competência, garantir a autoridade das decisões de qualquer tribunal, bem como a observância de precedentes oriundos de casos repetitivos ou de incidente de assunção de competência. No caso do STF, é cabível para as decisões salvaguardar os acórdãos proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes.

Alexandre Freitas Câmara (2016) aduz que é desnecessária a previsão do artigo 988, inciso II, *in fine*, pois as decisões proferidas pelo STF gozam de eficácia erga omnes. O mencionado autor também reputa como dispensável o mandamento do inciso IV, do diploma legal antes referido, tendo em vista que esta hipótese nitidamente se insere na hipótese prevista no inciso II do art. 988, já que a reclamação terá o objetivo de preservar a autoridade da decisão do tribunal.

O manejo da reclamação pode ocorrer quando um precedente deveria ser aplicado, mas o julgador deixar de segui-lo; ou quando considerando as circunstâncias fáticas do caso concreto o precedente seria inaplicável, porém mesmo assim o julgador o invoca. Nesse sentido giza Alexandre Freitas Câmara:

Dito de outro modo, desrespeita-se a eficácia vinculante de um enunciado de súmula vinculante ou de um precedente vinculante tanto nos casos em que não sejam eles aplicados quando deveriam sê-lo, como naqueles casos em que eles não deveriam ser aplicados mas o são. (CÂMARA, 2016, p. 426)

De outra banda, depreende-se que a reclamação pode ser ajuizada em face de determinada decisão judicial, desde que: não transitada em julgado, forte no artigo 988, §5, inciso I do CPC (BRASIL, 2015) e esgotadas todas as vias recursais ordinárias, vide artigo 988, §5º, inciso II, (BRASIL, 2015). Igualmente, é cabível reclamação contra ato da administração pública, haja vista que a afronta ao precedente além de ferir os interesses individuais postos em juízo, prejudica todo o ordenamento jurídico, vez que contamina o sentimento de segurança jurídica da população em geral. Nessa dimensão explica Humberto Theodoro Jr.:

Podendo o manejo da reclamação se voltar contra atos tanto da administração como do judiciário (CF, art. 103-A, § 3º), sua maior serventia se dá no combate à insubordinação do Poder Público contra a autoridade dos atos do Poder Judiciário, praticados na esfera dos tribunais. Dentro do sistema de valorização dos precedentes judiciais, a reclamação vai além da defesa de decisões individuais, e se presta também para assegurar a força vinculante da jurisprudência, nos casos em que o Código a reconhece (súmulas vinculantes do STF, incidente de demandas repetitivas e de assunção de competência, ações de controle de constitucionalidade etc.).

Em face do exposto, denota-se que a reclamação positivada no artigo 988 se tornou um meio coercitivo para a aplicação dos precedentes por parte dos juízes e tribunais, pois se o desrespeito ao efeito vinculante dos precedentes for infundado e reiterado, pode se caracterizar violação aos deveres funcionais da magistratura, ensejando responsabilização administrativa. Deste modo, o legislador ordinário

entendeu que não bastava criar um sistema de respeito aos precedentes sem a necessária “sanção” ao magistrado insurgente. Medida que se mostra razoável, a fim de garantir especialmente os princípios da igualdade e da segurança jurídica, considerando o expressivo número de julgados conflitantes no país.

3.9. DO DEVER DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DE PUBLICIDADE DOS PRECEDENTES

3.9.1 Do Dever de Uniformização da Jurisprudência

O legislador ordinário ao editar o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) dispensou grande atenção à coerência, estabilidade e integridade da jurisprudência, uma vez que são os alicerces de um Judiciário genuinamente justo, nesse passo, positiva o artigo 926, *caput*, do CPC (BRASIL, 2015): “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O dever de estabilidade da jurisprudência indica que seja coibida a prolação de decisões aleatórias e arbitrárias que contrariam posições anteriormente consolidadas pelos tribunais. No mesmo norte, explica Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 429): “não pode um órgão jurisdicional decidir uma matéria a cujo respeito exista jurisprudência constante simplesmente ignorando essa linha decisória, promovendo uma flutuação de entendimentos que contraria a exigência de segurança jurídica”.

Para garantir a integridade da jurisprudência é dever do julgador considerar o histórico de decisões do tribunal que está inserido ou dos tribunais superiores. Nesse norte Alexandre Freitas Camara (2016, p. 433): “Resulta, pois, do dever de integridade a exigência de que os juízes e tribunais, ao decidir, levem em consideração tudo quanto já se decidiu anteriormente sobre a mesma matéria”.

Nesta esteira de ideias, para que se cumpra o dever de coerência, cabe aos tribunais observar os seus próprios julgados, ressalvado os casos de distinção (*vide* item 3.6 do presente estudo) e superação (*vide* item 3.7 do presente estudo) de

precedentes. Esse também é o teor do enunciado 455 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015): “Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação”.

A coerência impõe o dever de *autorreferência*, é dizer, o dever do julgador dialogar com os precedentes anteriores, para segui-los, supera-los ou distingui-los. Ronald Dworkin (2003 apud DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015) aduz que a construção jurisprudencial do direito é um romance em cadeia: cada julgador escreve um capítulo, mas não pode deixar de dialogar com o capítulo anterior. No mesmo sentido é o enunciado 454 do FPPC (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015): “Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência)”

Destarte, visto os conceitos do dever de integridade, coerência e estabilidade da jurisprudência vislumbra-se que a soma destes valores tem como produto o alcance da igualdade material nas decisões judiciais e a proteção do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido exara Alexandre Freitas Câmara:

A ideia central de um ordenamento jurídico íntegro e coerente é a concretização da isonomia substancial, impedindo-se deste modo decisões construídas de forma solipsista pelo juiz, a partir de seus próprios e pessoais valores (decidindo conforme sua consciência). A decisão deve ser construída – em contraditório, sempre – a partir do que anteriormente já se decidiu a respeito daquela mesma matéria (integridade), de forma a assegurar que em casos análogos se apliquem os mesmos princípios (coerência). Só assim se terá observado de forma plena a exigência, constante do *caput* do art. 926, de que a jurisprudência, além de estável, seja íntegra e coerente. (CÂMARA, 2016, p. 435).

A propósito, quando uma matéria encontra-se sedimentada em um tribunal é recomendada, a edição de enunciados de súmula sobre o correspondente posicionamento. Assim, dispõe o artigo 927, §1, do CPC (BRASIL, 2015): “§1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os

tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior (2016), sempre que se estabeleça alguma divergência interna, deverão ser acionados os mecanismos legais e regimentais destinados a promover a uniformização jurisprudencial. Fixando-se um entendimento, as opiniões minoritárias abster-se-ão de insistir nos entendimentos contrários, enquanto não sobrevier fato novo relevante para justificar a reabertura do debate. Mesmo que seja consignada no acórdão a ressalva de entendimento contrário do julgador, não há contradição na decisão, com espeque no enunciado 172 do FPPC (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015), conforme já citada no item 3 do presente estudo.

3.9.2. Do Dever de Publicidade dos Precedentes

Considerando a significativa valoração atribuída pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro aos precedentes, é necessário expandir o Princípio da Publicidade dos atos judiciais, uma vez que o precedente obrigatório é fonte indireta do direito e acaba refletindo nas relações jurídicas privadas. Assim lecionam Fredie Didier jr., Rafael Oliveira e Paula Braga (2015, p. 475): “Não basta garantir que as decisões judiciais (e demais atos do processo) sejam públicas. É necessário que se reconheça que essas decisões são fonte de precedente com força jurídica, para que se lhe dê uma publicidade adequada”.

Nessa medida, o art. 927, §5º do CPC (BRASIL, 2015) prevê que: “§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. O objeto desta norma é facilitar a pesquisa e a compreensão da jurisprudência pelos jurisdicionados e operadores do direito.

Contudo, a divulgação dos acórdãos na *internet* é prática bastante difundida pelos tribunais brasileiros, mesmo durante a égide do CPC/73 (BRASIL, 1973). No âmbito do STJ e do STF desde longa data era possível filtrar os informativos de jurisprudência por ramo do direito. Cabe, então, nestes casos aos tribunais de segundo grau se adaptarem a essa nova regra.

Diante disso, vislumbra-se que o legislador não trouxe grandes novidades práticas com a edição do parágrafo 5º do Art. 927 (BRASIL, 2015), tendo somente regulamentado o costume disponibilização dos acórdãos que já estava incrustado na maioria dos tribunais brasileiros. Resta, assim, a sua organização de acordo com as matérias da questão jurídica decidida no âmbito dos tribunais de segundo grau.

4. OS EFEITOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1. CIVIL LAW VS. COMMON LAW À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Conforme já visto neste estudo, a tradição do *civil law* adota predominantemente a lei como fonte do direito; enquanto na tradição do *common law* o sistema de respeito aos precedentes prevalece. Entretanto, Cruz e Tucci, desde 2004 já vislumbrava uma aproximação dos sistemas:

(...) considerando o valor, *in abstracto*, dos precedentes judiciais, a influência destes é deveras similar em ambos os sistemas: de fato, enquanto naqueles países que seguem o modelo da *common law*, a força vinculante dos anteriores julgados tem-se tornado mais flexível, nos ordenamentos codificados é incontestável a difusa e constante tendência de os juízes aterem-se aos precedentes na fundamentação da *ratio decidendi*. (TUCCI, 2004, p. 26).

O ordenamento jurídico brasileiro desde longa data é adepto da tradição do *civil law*. A partir de 2016, ano que encerrou a *vacatio legis* do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), os precedentes judiciais adquiriram força vinculante. A vista disso passou-se a se questionar que o ordenamento jurídico brasileiro estaria se transformando do *civil law* para *common law*.

Entretanto, apesar da novel legislação valorar significativamente os precedentes judiciais, segundo a doutrina majoritária, é errôneo afirmar que o Brasil abandonou a tradição romanística, porque nesta também existe precedente, mas com valoração inferior a da lei. O *stare decisis* (sistema que impõe efeitos obrigatórios aos precedentes), não é característica exclusiva do *common law*. Nesse sentido explica José Miguel Garcia Medina:

Embora não faça sentido a ideia de se tentar “transformar” o direito brasileiro em common law, nada impede que mecanismos estimulem os juízes a se orientarem por precedentes já firmados sejam, em sistemas como o brasileiro, criados pela lei. Evidentemente, o precedente não pode valer mais que a lei. (MEDINA, 2015, p. 1242).

No mesmo sentido Alexandre Freitas Câmara:

A técnica de decidir a partir de precedentes, empregando-os como princípios argumentativos, é uma das bases dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, ligados à tradição jurídica do common law. Isto não significa, porém, que o ordenamento jurídico brasileiro, historicamente vinculado à tradição jurídica romano-germânica (conhecida como civil law), tenha “migrado” para o common law. Muito ao contrário, o que se tem no Brasil é a construção de um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes adaptado às características de um ordenamento de civil law. (...) Decidir com base em precedentes é uma forma de assegurar o respeito a uma série de princípios constitucionais formadores do modelo constitucional de processo brasileiro. (CÂMARA, 2016, p. 427)

Ademais, nos países adeptos a tradição de precedentes, a valoração decorre da interpretação, aplicação e vinculação destes em casos futuros. No Brasil, por sua vez, a vinculação e valoração é prévia, em virtude de lei – Artigo 927 do CPC. Nesse sentido assevera Alexandre Freitas Câmara:

Isto exige uma consideração especial: nos sistemas jurídicos vinculados à tradição de common law, quem diz que uma decisão judicial é precedente é o juiz do caso seguinte. Explique-se melhor: quando, em um ordenamento jurídico ligado à tradição anglo-saxônica, um tribunal julga uma causa, não se sabe se aquela decisão será ou não, no futuro, tida por precedente. Apenas quando, posteriormente, surge um segundo caso cujas circunstâncias são análogas às do caso anterior é que o órgão jurisdicional a quem incumba a função de julgar este segundo caso afirmará que aquela primeira decisão é um precedente. No direito processual civil brasileiro a situação é diferente. É que a lei já estipula, com antecedência, quais são as decisões judiciais que terão eficácia de precedente vinculante. (CÂMARA, 2016, p. 426).

Humberto Theodoro Júnior (2016), afirma que a nova ordem processual civil brasileira inspira-se nas tradições do common law, contudo não se limita a uma

simples versão do instituto anglo-saxônico, pois respeita as peculiaridades e construção histórica do direito brasileiro.

Na mesma linha de raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni (2016) ensina que houve uma aproximação entre as tradições do *civil law* e do *common law*, porque embora os precedentes sejam base deste sistema, é equivocado imaginar que o *stare decisis* existe porque o juiz do *common law* cria o direito. De outra banda, tradição *civil law*, ancorada nas razões da revolução francesa, foi se transformando com o passar do tempo. A força da Constituição e a atuação judicial em casos de normas abertas fizeram surgir um juiz que não foi desejado pelo *civil law*. De outra banda o autor (2016) giza que no atual estágio do direito estadunidense, os *cases* frequentemente têm respaldo em normas infraconstitucionais, princípios constitucionais e do direito, o que revela que o *common law* também está se aproximando do *civil law*.

Nada obstante, Fredie Didier Jr. (2015) sustenta que o direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado, ou seja, busca, indistintamente, inspiração nos mais variados ordenamentos jurídicos estrangeiros, sem preconceitos jurídicos. Para ele, o direito brasileiro carrega características muito peculiares, como por exemplo: a presença de um direito constitucional de inspiração estadunidense e em contrapartida um vasto conjunto de normas infraconstitucionais, características de países da tradição romano-germânica; há o controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* estadunidense) e o concentrado (modelo austríaco); por fim é dotado de múltiplas codificações (*civil law*) e simultaneamente adora um sistema de precedentes obrigatórios (*common law*).

Em razão disso, o doutrinador reputa que o Brasil não é adepto do *common law* e nem do *civil law*, a respeito cita-se:

Enfim, para bem compreender o direito processual civil brasileiro contemporâneo não se pode ignorar essa circunstância: é preciso romper com o “dogma da ascendência genética”, não comprovado empiricamente, segundo o qual o direito brasileiro se filia a essa ou àquela tradição jurídica. (DIDIER; 2015; p. 60).

Destarte, o que se pode considerar que é houve uma aproximação do sistema *common law*, ou adoção de alguns princípios que lhe são próprios, como por exemplo a *ratio decidendi*, *obiter dictum*, o *overruling* e etc., mas jamais uma mutação de tradição.

4.2. PRECEDENTES JUDICIAIS COMO MEIO DE ASSEGURAR A EFETIVIDADE DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS.

A nova política de respeito aos precedentes instituída pelo novo Código de Processo Civil indubitavelmente acaba refletindo na concretização de princípios constitucionais, dentre eles o da segurança jurídica, isonomia, duração razoável do processo e economia processual, dentre outros. Acerca disso, assevera José Miguel Garcia Medina:

(...) a adoção de um regime de respeito aos precedentes judiciais justifica-se por diversas razões. Ele traz segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, desestímulo a litigância excessiva, confiança, igualdade perante a jurisdição, coerência, respeito à hierarquia, imparcialidade, favorecimento de acordos, economia processual (de processos e de despesas) e maior eficiência. (MEDINA, 2015, p. 1.241).

No mesmo sentido Humberto Theodoro Júnior:

É dessa forma que a contribuição normativa da jurisprudência – harmonizando os enunciados abstratos da lei com as contingências dos quadros fáticos sobre os quais tem de incidir –, será realmente útil para o aprimoramento da aplicação do direito positivo, em clima de garantia do respeito aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia. Até mesmo a garantia de um processo de duração razoável e orientado pela maior celeridade na obtenção da solução do litígio (CF, art. 5º, LXXVIII) resta favorecida quando a firmeza dos precedentes jurisprudenciais permite às partes antever, de plano, o destino certo e previsível da causa. (THEODORO, 2016, p. 795).

Diante disso, mostra-se relevante a análise pormenorizada dos principais princípios constitucionais que ganharam uma nova roupagem no ordenamento jurídico civil brasileiro.

4.2.1. Princípio da Segurança Jurídica

O artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal (BRASIL, 1988) assegura que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Como destacam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015), embora não contemplado expressamente, é evidente a existência de direito fundamental a segurança jurídica em nossa ordem constitucional. O princípio da segurança jurídica é inerente ao Estado de Direito.

O princípio em exame mostra-se substancial para que o jurisdicionado possa escolher o comportamento mais correto nas suas relações jurídicas, sendo que quando tiver seu direito desrespeitado poderá se valer do Poder Judiciário com a certeza que seu direito será resguardado. Nesse sentido giza Luiz Guilherme Marinoni:

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplica-lo farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e têm o dever de aplica-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades. (MARINONI, 2016, p. 96).

Para que seja alcançada a segurança jurídica na prestação jurisdicional a medida impositiva é a observância dos precedentes judiciais. Seria desnecessária a previsão infraconstitucional, vez que o respeito aos precedentes decorre do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido gizam Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

Em uma perspectiva geral, de bem pouco adianta um processo seguro se não houver segurança pelo processo, isto é, segurança no resultado da prestação jurisdicional. E, por essa razão, imprescindível ao Estado Constitucional o respeito ao precedente judicial. A segurança jurídica, a igualdade e a necessidade de coerência da ordem jurídica impõem respeito aos precedentes judiciais. Vale dizer: a Constituição impõe respeito aos precedentes. A tarefa do legislador infraconstitucional, portanto, não está em determinar a vinculação aos precedentes judiciais, já que essa vinculação advém da própria Constituição, mas sim em prever técnicas processuais idôneas para reconhecimento e aplicação dos precedentes judiciais em juízo. A obrigação do Poder Judiciário de seguir precedentes é oriunda da Constituição. Trata-se de imposição do Estado Constitucional. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 786).

Apesar da referida previsão constitucional que garante a segurança jurídica no processo, o legislador ordinário precisou criar medidas legais para obrigar os julgadores a observar ao menos determinados precedentes – os vinculantes, com o escopo de garantir minimamente a previsibilidade na atuação do Estado-Juiz. De acordo com José Miguel Garcia Medina (2015, p.1.51): “a opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera pelo seu natural anseio de segurança”. Esse também é o entendimento de Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael de Oliveira:

O respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo; a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 470).

Como ressalta Luiz Guilherme Marinoni (2016), ainda que a previsibilidade dos precedentes seja correspondente às decisões judiciais, ela garante a confiabilidade do cidadão nos seus próprios direitos. Um sistema incapaz de garantir a previsibilidade não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania.

Ademais, a tradição anglo-saxônica devido ao respeito aos precedentes e a previsibilidade das suas decisões judiciais confere maior segurança a jurídica a população do que a tradição romano-germânica. Deste modo, os advogados do

common law podem aconselhar com segurança seus clientes, porque podem se valer dos precedentes, os advogados que militam no *civil law*, por seu turno, em regra devem advertir seus representados que de dependendo do juízo ou tribunal distribuído sua ação terá um desfecho favorável. Esse é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

Sublinha-se que o *common law*, que certamente confere maior segurança jurídica do que o *civil law*, não se relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com a previsibilidade de aconselhar o jurisdicionado, porque pode se valer dos precedentes, ao contrário aquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada a seu favor ou não. (MARINONI, 2016, p. 98).

Embora o Brasil adote a tradição do *civil law*, com o advento da nova ordem processual civil, notadamente o sistema de respeito aos precedentes, vislumbra-se, em abstrato, que o quadro acima retratado será expurgado do direito a fim de assegurar a segurança jurídica da sociedade. Nesse sentido Luiz Guilherme Marinoni assevera:

Num sistema que respeita precedentes a orientação jurídica se trona efetivamente factível. Os advogados têm como cumprir o seu papel, que deixa de ser o de simplesmente arriscar – ainda que com custosa e convincente argumentação – a obtenção de uma decisão que, entre as várias que podem ser dadas, favoreça o seu cliente. Nesta dimensão, os advogados podem dar aos seus clientes uma previsibilidade acerca de uma dada situação jurídica ou de um possível litígio. (MARINONI, 2016, p.132).

Ademais, quando foi instituído o princípio da separação dos poderes, com base nos ideários do iluminista Montesquieu (*vide* item 2.4.2.3 do presente estudo), se previa uma maior segurança jurídica no sistema *civil law*, haja vista que os juízes seriam meros aplicadores da norma, desprovidos de qualquer poder discricionário. Ocorre que na prática o sistema de precedentes se tornou muito mais confiável em relação ao codificado, uma vez que a previsibilidade das decisões não depende da norma que se funda a ação, mas da interpretação judicial. A respeito Luiz Guilherme

Marinoni (2016, p. 99): “Ora, se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada a decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato”.

4.2.2. Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, devido a sua importância, está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e em diversos outros dispositivos do texto constitucional. No âmbito processual o artigo 139, inciso I do CPC (BRASIL, 2015) prevê que o magistrado deve: “assegurar às partes igualdade de tratamento”.

É necessário assinalar que mesmo no campo processual, obviamente que com parcimônia, prevalece a máxima de que os iguais devem ser tratados de maneira igual e os diferentes de maneira diferente. Nessa dimensão, Luiz Guilherme Marinoni (2016) afirma que deve ser resguardada a igualdade de acesso à jurisdição àqueles que possuem dificuldades econômicas e cita como exemplo os Juizados Especiais, no qual é dispensado o pagamento de custas e a participação de advogado no primeiro grau de jurisdição. Trata-se, portanto, da igualdade no seu enfoque material no direito formal.

Segundo Marinoni (2016) o Poder Judiciário brasileiro se submetia apenas à igualdade processual, deixando de observar o princípio da igualdade na lavratura de sentenças e acórdãos, momento mais importante da sua atuação, exatamente quando tem de realizar o principal papel que lhe foi imposto.

O princípio da igualdade ou isonomia estabelece não somente a paridade de armas entre os litigantes ou igualdade no acesso a jurisdição, mas concomitantemente veda o casuísmo nas decisões judicial. Afinal o procedimento pode ter sido alicerçado nos princípios constitucionais do processo e mesmo assim resultar numa decisão teratológica. Deste modo os processos que guardarem as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, devem ter o idêntico provimento jurisdicional, sob pena de afronta ao princípio em exame. Nessa ordem de ideias se enquadra a necessidade de respeito aos precedentes vinculantes, conforme discorrem Marinoni, Mitidiero e Ingo Sarlet:

O processo tem de se estruturar com técnicas capazes de promover a igualdade de todos perante a ordem jurídica. Embora esse não seja um problema ligado propriamente a igualdade no processo, certamente constitui assunto de direito processual a necessidade de promoção da igualdade pelo processo. Daí a igualdade pelo processo – que é a igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo – determinar a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios, com a previsão de seus institutos básicos pelo legislador infraconstitucional processual (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*), sem o que, paradoxalmente, focamos na igualdade no meio, mas não na igualdade no fim, atitude cuja correção lógica pode ser sem dúvida seriamente questionada. Só há sentido em nos preocuparmos com a igualdade no processo se nos preocuparmos igualmente com a igualdade pelo processo – o meio serve ao fim e ambos devem ser pensados na perspectiva da igualdade. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 756).

Por mais que a ciência jurídica não seja uma matéria exata, é inimaginável que em um Estado de Direito, casos iguais tenham decisões opostas. No tocante a essa temática, cita-se Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael de Oliveira:

A igualdade, não pode limitar-se, no âmbito do exercício da função jurisdicional, ao tratamento isonômico das partes, com a garantia de participação em igualdade de armas, ou à igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de acesso a determinados procedimentos e técnicas processuais; é necessário pensar também no princípio isonômico visto sob o viés da igualdade perante as decisões judiciais (...) Não se pode admitir como isonômica a postura de um órgão do Estado, que diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra situação concreta, em tudo semelhante à primeira, chega a solução distinta. Daí a importância de os tribunais promoverem a uniformização da sua jurisprudência, de forma a zelar também pela estabilidade, integridade e coerência, tal como impõe o art. 926. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 468).

José Rogério Cruz e Tucci, no mesmo norte leciona:

(...) a jurisprudência consolidada garante a igualdade dos cidadãos perante a distribuição da justiça, porque situações assemelhadas são tratadas o mesmíssimo modo, e a democracia participativa exige a paridade de trato entre os membros da comunhão social. O tratamento desigual pelos tribunais é forte indício de injustiça em pelo menos um dos casos. Tão-somente justificadas razões peculiares autorizam o desvio dos precedentes judiciais. (TUCCI, 2004, p. 296).

No mesmo sentido, Marinoni (2016) refere que quando se pensa em igualdade perante as decisões judiciais depara-se com o problema da interpretação judicial da norma. É notório que a lei precisa da interpretação do magistrado para ser aplicada, especialmente porque muitas vezes seu texto é formado por cláusulas abertas. Todavia, a sentença é fruto de um sistema judicial e não da vontade singular do magistrado, assim denota-se, por exemplo, que não há racionalidade na decisão que atribui à lei federal interpretação distinta da que foi conferida pelo Superior Tribunal de Justiça, tribunal constitucionalmente competente para esta função.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro ser composto por vários atores e fases recursais, o poder Judiciário é uno, de modo que as suas decisões devem guardar congruência entre si, a fim de que o Princípio da Isonomia não seja ultrajado. Nessa senda, advoga Luís Roberto Barroso:

Apesar da pluralidade de instâncias decisórias, o poder político exercido pelo Estado é essencialmente uno, e não se deve aceitar como plenamente natural que ele produza manifestações incompatíveis entre si. No caso das decisões judiciais, torna-se ainda mais importante que haja a maior uniformidade possível, na medida em que elas constituem atos de aplicação do Direito, e não opções discricionárias. (BARROSO, 2016, p. 107).

Diante disso, percebe-se que os precedentes vinculantes na órbita do direito processual civil objetivam conferir máxima eficácia ao princípio da igualdade e salvaguardar a unidade jurisprudencial. Deste modo a expressão “cada cabeça uma sentença”, muito utilizada para justificar a falta de coerência dos julgados, não coaduna com o sistema de respeito aos precedentes tampouco com os Princípios do Estado de Direito, devendo ser afastada da prática jurídica brasileira.

4.2.3. Princípio da Duração Razoável do Processo

O legislador constituinte derivado reformador, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/04 (BRASIL, 2004), conhecida como reforma do Poder

Judiciário, introduziu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que positiva o Princípio da Duração Razoável do Processo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. No mesmo sentido, prescreve o artigo 8º, inciso I da Convenção Americana de Direitos Humanos - que goza de status supralegal, mas infraconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro:

1 - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)

É cediço que o principal objetivo do processo e do próprio direito é alcançar a quimera da pacificação dos conflitos. Nessa medida, assinala-se que a excessiva morosidade na prestação jurisdicional, pode ocasionar a perda do direito ou a inutilidade do provimento. Costuma-se dizer que justiça lenta é justiça negada.

Não se olvida, como destacam Marinoni, Mitidiero e Ingo Scarlet (2015), que a ideia de processo, por si só, afasta de plano a instantaneidade das decisões e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual. A necessidade do contraditório, produção de provas, recursos, apesar de causar demora aos feitos constituem uma imposição do Estado de Direito. O que a Constituição determina é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar.

Conforme apontam Marinoni, Mitidiero e Ingo Scarlet (2015) a efetivação desse princípio depende da ação conjunta dos três poderes. Ao legislativo cabe criar meios que viabilizem a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável, como por exemplo, a imposição de penas por litigância de má-fé que reprimam condutas abusivas das partes. Ao executivo compete dispor um maior número de juízes, servidores e tecnologia ao Judiciário. E por fim, ao poder judiciário cabe incentivar a conciliação e modos hábeis de extinção de conflitos, bem como a condução do processo de modo a prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável.

Os precedentes vinculantes instituídos pelo artigo 927 do CPC (BRASIL, 2015) pavimentam o caminho para a efetivação do direito à duração razoável do processo. Desta forma, se os juízes e tribunais estão obrigados a julgar determinado caso de acordo com o entendimento dos tribunais superiores, os recursos somente serão aceitos somente em casos excepcionais, logo, o processo será mais célere. Nesse sentido Luiz Guilherme Marinoni:

O respeito aos precedentes constitui excelente resposta à necessidade de dar efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo, privilegiando autor, réu e os cidadãos em geral. Se os tribunais estão obrigados a decidir de acordo com as Cortes Supremas, sendo o recurso admissível apenas em hipótese excepcionalíssimas, a parte não tem de necessariamente chegar à Corte Suprema para fazer valer o seu direito, deixando de ser prejudicada pela demora e também de consumir o tempo e o trabalho da administração da justiça. (MARINONI, 2016, p. 137).

Acerca do tema, cita-se Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael de Oliveira:

A par dessa sólida jurisprudência, que muito contribuirá para a solução mais rápida dos processos, o NCPC instituiu mecanismos de enfrentamento das causas repetitivas, cuja função é não só simplificar e agilizar o julgamento em bloco das ações e recursos seriados, mas também participar, de modo efetivo, do programa de minimização do grave problema dos julgamentos contraditórios. (...) Todo esse conjunto normativo forma um sistema procedimental inspirado na economia processual, que objetiva, de imediato, o cumprimento da garantia constitucional de um processo de duração razoável e organizado de modo a acelerar o encontro da solução do litígio (CF, art. 5º, LXXVIII). A meta, entretanto, desse sistema vai muito além da mera celeridade processual, pois o que, sobretudo, se persegue é implantar o respeito à segurança jurídica e ao tratamento igualitário de todos perante a lei, tornando mais pronta e previsível a resolução dos conflitos jurídicos. 926. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 771).

Nessa senda, configura-se útil o instituto dos precedentes judiciais, haja vista que com um sistema jurisprudencial íntegro é natural o desestímulo no número processos novos e recursos. Não é necessária nenhuma pesquisa aprofundada para se perceber que grandes partes das demandas em tramitação, independente da jurisdição, versam sobre as mesmas temáticas. Assim, com um sistema de

precedentes o princípio da duração razoável da duração do processo tende a se efetivar.

4.2.3.1. Desestímulo ao excesso de litigiosidade

Como visto anteriormente, configura-se natural que os processos judiciais levem um determinado tempo para se resolverem. Contudo, essa demora é fonte e angústias e de prejuízo econômico das partes. Desta forma, o sistema de precedentes inibe a propositura lides temerárias.

A parte que se acha lesada, quando tem conhecimento que o entendimento sedimentado dos tribunais não lhe é favorável, não irá ajuizar uma ação, que desde já sabe que não prosperará, na qual terá de arcar com pagamento de custas processuais, emolumentos e honorários advocatícios. Nessa dimensão, cita-se Luiz Guilherme Marinoni:

A parte que se julga prejudicada, quando tem conhecimento de que o Judiciário não ampara a sua pretensão, certamente não tem razão para gastar tempo e dinheiro em busca de uma tutela jurisdicional que, de antemão, sabe que lhe será desfavorável. (MARINONI, 2016, p. 135).

Em um sistema que não valoriza as decisões judiciais anteriores, a parte, mesmo sabendo dos ônus processuais, fica nutrida de esperança de poder sagrar-se vencedora ao final da demanda e, assim, se arrisca ajuizando a ação. Luiz Guilherme Marinoni (2016), se valendo de uma magistral metáfora, explica que, nesses casos o autor da ação é obrigado a pensar com a lógica de um apostador, transformando o distribuidor judicial em espécie de roleta, cujo último ato determinará a sorte da demanda.

Entretanto, ocorre que, nestas hipóteses a casa lotérica (Estado) acaba arcando com a maior parte dos prejuízos, uma vez que as lides temerárias abarrotam um judiciário que demora para julgar (demora patológica) e não tem condições de dar a devida atenção a cada causa. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

Na verdade o custo dessa loteria é mais alto para o Estado. Ao não corresponder à expectativa de confiança do cidadão, o judiciário fica obrigado a arcar com os custos das várias demandas que se aventuram à “sorte judicial”. Diante desse acúmulo despropositado de serviço, a administração da justiça gera mais despesas, torna-se burocrática, lenta e, sobretudo, destituída de capacidade de conferir adequada atenção aos conflitos. (MARINONI, 2016, p. 134).

Acrescenta-se, ainda, que a maioria das partes litigam sob o pálio da assistência judiciária gratuita, logo quem efetivamente paga a conta, na maioria das vezes, é o Estado.

No mesmo norte, assinala-se que o sistema de precedentes favorece o acordo judicial ou extrajudicial entre as partes, pois cada uma sabe a sua real chance de vitória. Nessa senda, versa Luiz Guilherme Marinoni:

Naturalmente, a parte cuja pretensão está de acordo com o precedente tem vantagem sobre a outra, já que em seu desfavor operam apenas a demora e as custas do processo. Não obstante, a parte que sabe que provavelmente terá decisão contrária sentir-se-á propensa a evitar o litígio, oferecendo vantagens que sejam capazes de desestimular o seu oponente a propor a ação. (...) Quer isso precisamente dizer que a previsibilidade acomoda a situação de conflito, desestimulando ambas as partes a litigar. (MARINONI, 2016, p. 135).

Além disso, o uso dos recursos será reduzido, diminuindo o número de processos em tramite no judiciário. Ora, quando a sentença é prolatada com base em um precedente judicial obrigatório, a parte derrotada, em tese, sabe que esta decisão permanecerá inalterada em grau recursal. Dessa forma, seria insano interpor eventual recurso de apelação. Ademais, por outra banda, caso os juízes ou tribunais deixem de seguir os precedentes o jurisdicionado que se comportou de acordo com a jurisprudência sedimentada sofre prejuízo de grande monta, pois será compelido a recorrer apenas para fazer valer o precedente obrigatório que sabia, desde o início, que iria definir a demanda. Nessa diapasão sublinha Luiz Guilherme Marinoni:

Quando os tribunais não estão obrigados a respeitar os precedentes das Cortes Supremas, a parte que tem razão perante a Corte pode ser obrigada a recorrer apenas para fazer valer a orientação que se sabia, desde o início, que iria definir o litígio. Nesse caso, como é óbvio, além de agravar, desnecessariamente, a carga de trabalho do judiciário – em total descaso com a eficiência e economia da administração pública -, prejudicam irracionalmente ambas as partes. Mais claramente a que se comportou de acordo com a orientação da Corte Suprema e nela depositou a confiança (...). (MARINONI, 2016, p. 136).

Em face do exposto, verifica-se que um sistema de precedentes diminui o número de demandas judiciais e consequentes recursos, facilitando o acordo entre os litigantes. Diante disso, com um número menor de processos, o judiciário produzirá demandas com maior qualidade e resolverá as lides em menor tempo.

4.2.4. Princípio da legalidade

O artigo 8º do atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) ordena ao Juiz que no momento de aplicar o direito observe o Princípio da Legalidade. No entanto, a legalidade não advém somente das leis, mas de todo o ordenamento jurídico, haja vista que as leis não são a única fonte do direito. Nesse sentido lecionam Fredie Didier Jr.; Paula Braga e Rafael de Oliveira:

A referência à “legalidade” é metonímica: observar a dimensão material do princípio da legalidade é decidir em conformidade com o direito, como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é uma de suas fontes. O dever de integridade, decorrente do art. 926 do CPC, é, sobretudo, o dever de decidir em conformidade com o direito. 926. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 467).

Destarte, ao aplicar o princípio da legalidade de que manda o artigo 8º do CPC (BRASIL, 2015) o Juiz não deve se basear apenas na lei como fonte do direito, mas em todo o ordenamento jurídico, notadamente nos precedentes vinculantes.

4.2.5 Princípio do Contraditório

A introdução dos precedentes vinculantes implica também numa ampliação do Princípio do Contraditório. No capítulo destinado ao precedente vinculante nas decisões judiciais verificou-se que o desembargador ou ministro ao proferir um a decisão produz duas normas jurídicas, uma com efeitos *inter partes*, em decorrência da parte dispositiva do julgado; e outra de caráter geral, pois o julgado pode servir de modelo para outras lides com semelhança fática.

Diante disso, partindo do pressuposto que os julgados devem ser modulares para serem usados de normas gerais para casos futuros, a sociedade possui o direito de participar da construção e eventual reforma do referido precedente. Acerca do tema, desta Nelson Nery Júnior e Rosa Nery:

Com o poder vinculante da jurisprudência, a segurança jurídica ganha um novo parâmetro de avaliação; não se pode, pois proceder qualquer alteração de entendimento já pacificado, sem ampla discussão e participação da sociedade (...) (tanto é assim que se admite a participação de pessoas, órgãos e entidades no processo, bem como a realização de audiências públicas). (Nery; Nery, 2016, p. 1968).

Atento a essa mesma problemática, Didier, Braga e Oliveira (2015) referem as principais mudanças estatuídas no CPC: a) ampliação das possibilidades de intervenção do amigo da corte (arts. 138, 927, §2º, 983, 1.038, I e II, do CPC(BRASIL, 2015)); b) possibilidade do amigo da corte recorrer das decisões que julgar incidente de resolução de demandas repetitivas.

Pelo exposto, verifica-se que o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), ampliou as hipótese de participação do *amicus curiae*, principalmente nas demandas com potencial vinculante, assim por conseguinte o princípio do contraditório teve seu âmbito de incidência multiplicado.

4.2.6. Princípio da Eficiência na Administração Pública

O princípio da eficiência na Administração pública está previsto artigo 37 da Constituição Federal que dispõe (BRASIL, 1988): “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”. O referido princípio propõem um menor custo econômico e uma maior produtividade e qualidade no serviço público. Nesse aspecto pontua José dos Santos Carvalho Filho:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização (...). (CARVALHO, 2015, p. 31).

Como retratado nos itens anteriores, o respeito aos precedentes inibe a propositura de novas demandas, favorece o acordo entre as partes e torna, em muitos casos, desnecessária a interposição de recursos. Tais fatores diminuem os custos de manutenção do judiciário, aumentam a qualidade dos provimentos jurisdicionais e sem dúvida o judiciário torna-se mais eficiente. A respeito Luiz Guilherme Marinoni:

A pendência de processos que já deveriam ter sido encerrados desnecessariamente envolve juízes, funcionários e a própria estrutura do sistema, como prédios, equipamentos, material etc., o que não apenas torna o acesso a justiça mais caro, como especialmente obriga o Estado a exercer função que, apesar de indispensável, poderia ter os seus custos mais bem otimizados, dando-lhe a possibilidade de mais eficientemente distribuir os seus gastos, carreando-os para outras funções relevantes. (MARINONI, 2016, p. 139).

Dessa forma, além dos precedentes diminuir o tempo para a conclusão do litígio eles reduzem os custos da Administração com a máquina judiciária. Nesse

norte arremata Tucci (2004, p. 298): “o precedente vinculante constitui um instrumento essencial para fortalecer a certeza do direito e, simultaneamente, contribuir para a redução dos custos da distribuição da justiça”.

Destarte, o respeito aos precedentes constitui elemento garantidor do Princípio da Eficiência no Poder Judiciário.

4.3. PROBLEMAS MERAMENTE APARENTES DOS PRECEDENTES VINCULANTES

4.3.1. Violação ao princípio da separação dos poderes

Partindo de premissas infundadas, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (2016), sustentam a inconstitucionalidade dos precedentes vinculantes. Alegam os referidos autores que o Judiciário ao produzir esta espécie de precedente estaria usurpando prerrogativas do Poder Legislativo, haja vista que estaria criando um novo Direito. Deste modo, somente a Constituição poderia criar esse instituto. A respeito cita-se:

O objeto almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto (...). Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve o problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com o atropelo do *due processo of law*. Mudanças são necessárias, mas devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia quer conceder. (NERY; NERY, 2016, p. 1963).

A posição isolada dos doutrinadores citados carece de suporte jurídico, primeiramente porque o sistema de respeito aos precedentes não contraria a Constituição, mas lhe confere força, efetividade, aplicabilidade. Como abordado no item 4.2. do presente estudo, os precedentes judiciais conferem concretude à várias garantias fundamentais previstas no bojo da Constituição, como por exemplo os princípios da duração razoável do processo, segurança jurídica, igualdade.

Segundo, os precedentes vinculantes não criam direito, eles apenas unificam, definem determinada interpretação a ser seguida por outros tribunais. Ora, num país como o Brasil, no qual são os textos legais são produzidos não raramente de forma atécnica e/ou com termos polissêmicos, configura-se natural que no momento da aplicação da lei o interprete se depare com mais de uma possibilidade de decisão. Diante disso, os precedentes obrigatórios possuem a missão de uniformizar a jurisprudência e não criar direito (*vide* item 2.3 do presente estudo).

Luiz Guilherme Marinoni (2016) alerta que o precedente não tem natureza legislativa porque ele somente tem eficácia obrigatória sobre os juízes e tribunais hierarquicamente subordinados àquele tribunal que o tenha emitido, e não aos tribunais de outras ordens, tampouco a comunidade em geral.

Ademais, para se produzir os precedentes vinculantes o julgador deve se pautar na Constituição e leis, considerando que o princípio da legalidade previsto no art. 5, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) é fundamental para um Estado Democrático de Direito. Marinoni (2016) estabelece que os precedentes do *civil law* se situam em um nível *intralegal*, vez que a lei é tipicamente uma prescrição original.

Destarte, mesmo que a nova sistemática processual civil brasileira tenha atribuído grande relevância aos precedentes do artigo 927 do CPC (BRASIL, 2015), a lei continua sendo a fonte primária do direito. Acerca do exposto, ensina Humberto Theodoro Júnior:

Sem dúvida, o vigente sistema processual brasileiro elevou a jurisprudência à categoria de fonte de direito. Não cabe, *data venia*, atribuir-lhe, em caráter absoluto, a qualificação de fonte primária, em total equiparação à lei. É que continua sendo, no Estado de Direito, fundamental o princípio da legalidade que consagra a primazia da lei, entre os direitos do homem, como freio ao autoritarismo do Poder Público (CF, art. 5º, II). Embora seja certo que a jurisprudência pode atingir em seus julgados, e em determinadas circunstâncias, força vinculativa *erga omnes*, seus precedentes só podem ser construídos a partir da lei ou do direito positivo *lato sensu*. Jamais poderão eles funcionar como mecanismo de revogação da lei ou de abstração de sua existência. É sempre a partir da aplicação da lei que, dentro de quadros fáticos concretos, pode surgir o precedente com autoridade geral, de sorte que na sua origem estará sempre alguma regra ou princípio ditado pela lei ou pelo sistema adotado pelo direito positivo. A atividade jurisdicional criativa é limitada à otimização da lei, e não ao seu afastamento ou desprezo. (...) Em suma, sendo a lei no Estado de Direito a fonte realmente primária e suprema do direito, a jurisprudência só pode ser vista como fonte também

do direito, enquanto interpretar e aplicar a lei e os princípios que a informam. E será, portanto, dentro dessa perspectiva que se estabelecerão os precedentes e as súmulas dos tribunais, como fontes complementares do direito. (THEODORO, 2015, p.).

No mesmo norte, Luiz Guilherme Marinoni (2016) rebate qualquer dúvida sobre a constitucionalidade dos precedentes obrigatórios: “O questionamento da força obrigatória das decisões judiciais, diante do princípio da separação dos poderes, constitui gritante falta de consciência jurídica ou ingenuidade enfadonha e inescusável”. O referido autor (2016) ressalta que muito mais do que fixar uma interpretação vinculante da lei, tem o Poder Judiciário a competência para, a partir da Constituição Federal, negar a lei, alterá-la. Pode o Judiciário, inclusive, após provocação por meio de Mandado de Injunção (art. 5º, inciso LXXI da Constituição Federal (BRASIL 1988) ou Ação de Constitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º da CF (BRASIL, 1988), conceder um direito nos casos omissão legislativa que impliquem na inviabilização do exercício de direito fundamental.

Assim, pode-se concluir que o artigo 927 do CPC (BRASIL, 2015) é compatível materialmente com a Constituição brasileira, pois os precedentes não inovam o direito, mas o interpretam e definem os limites da norma. Até porque têm como objetivo maior dar efetividade a direitos e garantias constitucionais.

4.3.2. Violação ao Princípio da Independência Funcional do Magistrado

O artigo 1º do Código de Ética da Magistratura (BRASIL, 2008) estatui, dentre outros, o princípio da independência funcional. O artigo 2º do referido diploma legal (BRASIL, 2008) preceitua que o: “Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos”. O artigo 4º (BRASIL, 2008), no mesmo tocar, preceitua que o juiz deve ser: “eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais”.

Em razão das normas acima citadas, pode-se pensar que os precedentes vinculantes estariam infringindo o princípio da independência funcional dos magistrados. Não obstante, primeiramente, partindo de uma análise simplista, giza-

se que o juiz deve seguir as leis, logo, se a lei manda observar os precedentes, com base no artigo 927 do CPC (BRASIL, 2015) é isso que deve ser feito. Elpídio Donizette (2015) aduz que ontologicamente não a diferença entre a aplicação da norma e do precedente, a não ser pelo fato de que, em regra, esse goza de maior especificidade.

O juiz deve decidir para o jurisdicionado, por isso pouco importa se o juiz tem posicionamento pessoal divergente das cortes superiores, deve ele prezar pela coerência, segurança e igualdade da ordem jurídica. A jurisdição é una, os juízes, por sua vez, são representantes do Estado incumbidos de ajudar na prestação jurisdicional. Ao se proferir uma sentença em contraste com o ordenamento jurídico estará se constituindo um desserviço ao Poder Judiciário, pois afronta o princípio da duração razoável do processo considerando que em eventual recurso a decisão será reformada. Nesse sentido assinala Marinoni:

É preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdente, se digladiam. (MARINONI, 2016, p. 149).

Como destaca Luiz Guilherme Marinoni (2016), para que o sistema possa realmente funcionar cada magistrado deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário realmente possa se desincumbir de suas obrigações perante os jurisdicionados, prestando a tutela jurisdicional de forma isonômica e coerente como se exige em um Estado de Direito. No mesmo passo, versa José Miguel Garcia Medina:

O que se percebe é a confusão entre hierarquia e independência judicial, confundindo-se a aquela com insubordinação e com desnecessidade de respeito as decisões anteriores. (...) Ora, se estabilidade e previsibilidade decorrem, naturalmente, da ideia de que vivemos em um Estado de Direito, não há como se fugir desta consequência: os precedentes judiciais devem, sim, ser respeitados, pelos próprios órgãos judiciais que o conceberam e pelos que a eles encontram-se vinculados. (MEDINA, 2015, p. 1.241).

Em casos iguais, na matéria de fato e de direito, a decisão deve ser idêntica, sob pena de violação ao próprio espírito do Estado de Direito. O juiz deve-se considerar como uma peça no ordenamento jurídico brasileiro, devendo observar os precedentes obrigatórios para garantir o mínimo de previsibilidade das decisões judiciais e evitar o descrédito da população em relação ao poder judiciário. Portanto não há que se falar em afronta ao princípio da independência funcional do magistrado.

4.3.3. Engessamento da Jurisprudência

Em uma análise superficial poderia se pensar que os precedentes vinculantes teriam o condão de estagnar a evolução do direito e sua doutrina, haja vista que juízes e tribunais refutariam qualquer tese contrária a um precedente vinculante. Todavia, como aponta Luiz Guilherme Marinoni (2016), nem no common law os precedentes gozam de imutabilidade.

Dependendo do caso e do contexto é inexorável a revogação ou a não aplicação do precedente a fim de que seja assegurada a justiça na decisão judicial (*vide* item 3.6 e 3.7 do presente estudo). Entretanto, é evidente que em um ordenamento jurídico lastreado no sistema de respeito aos precedentes, a revogação ou alteração destes deve ser a exceção.

Medina (2015) destaca que para garantir o desenvolvimento do direito, nos Estados Unidos se estabeleceu três hipóteses para revogação de precedentes: a) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente; b) quando a regra prescrita no precedente se torna inexecutável; c) quando o raciocínio subjacente ao precedente está em desacordo com o valores sociais atualmente compartilhados na sociedade. Segundo o doutrinador (2015) está implícito em cada uma desses itens o raciocínio de que se o caso que originou o precedente fosse julgado no presente, o julgamento seria outro.

Nesta ordem de ideias, verifica-se que para ser revogado um precedente será imprescindível fortes e convincentes argumentos da inviabilidade da sua aplicação

face a mutação da realidade ou do estágio da doutrina. A respeito pontua Luiz Guilherme Marinoni:

Em outras palavras: a ausência de precedentes com força obrigatória torna impossível a coerência das decisões judiciais – e assim, do direito –, mas a evolução da doutrina pode demonstrar que o precedente, cuja força dava coerência capaz de espelhar o novo ou, em outros termos, um horizonte redefinido. (MARINONI, 2016, p. 142).

Destarte, constata-se que para que o ordenamento jurídico mantenha-se íntegro e coerente, faz-se necessário um processo mais dificultoso para a revogação de precedente, pois do contrário os efeitos dos precedentes vinculantes restariam inócuos. Mas, de outra banda, este processo mais rígido de alteração de precedente não implica na sua perpetuidade, uma vez que em decorrência da alteração do contexto social, ou da evolução do direito o precedente pode ser superado, é o que se chama de *overruling* estudado no item 3.7 do presente estudo.

5. CONCLUSÃO

Em consonância com o exarado no presente estudo, vislumbra-se que os precedentes obrigatórios trouxeram vários efeitos ao ordenamento jurídico brasileiro. A vinculação dos juízes em relação a julgados dos tribunais foi uma grande inovação na ordem processual civil brasileira.

O primeiro efeito foi a necessidade de adoção de conceitos até então estranhos para a maioria dos operadores do direito brasileiros, para que os precedentes obrigatórios sejam corretamente aplicados, quais sejam a *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguish*, *overruling*.

Esta importação de conceitos, sem dúvida nenhuma acabou aproximando o *civil law* brasileiro ao *common law*. Contudo apesar das inovações é incorreto afirmar que o Brasil deixou a tradição romanística de lado.

Nesta ordem de ideias, para que os precedentes fossem efetivamente seguidos, o legislador ordinário ampliou o rol de cabimento da reclamação. De modo que sempre que algum precedente obrigatório for contrariado será cabível, se preenchidos os requisitos legais, a reclamação.

Os efeitos mais importantes do precedente vinculante é a concretização de direitos constitucionais tais como o princípio da segurança jurídica, da igualdade, da duração razoável do processo, da legalidade, do contraditório e da eficiência na administração pública. Somente com um ordenamento jurídico íntegro e coerente é capaz de garantir o mínimo de segurança jurídica e igualdade nas decisões judiciais. Uma ordem jurídica em que casos iguais são julgados de modos diferente não é compatível com o Estado de Direito.

Conforme exposto no corrente estudo, verificou-se que os precedentes judiciais são inerentes ao direito. A sua existência tem dois pontos de partida distintos um na Roma Antiga e outro no Reino Unido. Na tradição *civil law*, na Roma Antiga, apesar de não ser a fonte primária do direito, os precedentes eram usados como forma de colmatar as lacunas no ordenamento jurídico. Na idade média, caracterizada pela grande ascensão da Igreja Católica percebe-se o ganho de importância do

precedente judicial e o ressurgimento de aspectos básicos do direito romano, em decorrência dos estudos dos glosadores.

Na aurora da Idade Moderna os precedentes foram expelidos do ordenamento jurídico, em razão do rígido sistema de separação de poderes estabelecido por Montesquieu, todavia não se demorou muito para notar-se que os precedentes são importantes, tanto para preencher lacunas das leis, quanto para serem usados como fundamento persuasivo para julgamentos futuros.

Na tradição do *common law*, desde os primórdios, no Reino Unido os precedentes gozam do status de fonte direta do direito. Ocorre que somente após 1861, que lhe foram atribuídos poderes vinculativos. Nos Estados Unidos da América, devido a sua forma de colonização, apesar de ter uma gama de codificações seu direito, a tradição adotada é a do *common law*, pois os precedentes são a fonte primária do direito.

No Brasil, durante a égide do Código de Processo Civil de 1973, os precedentes tinham, em regra, força meramente persuasiva. Entretanto, seria incorreto afirmar, que estes eram despidos de eficácia. Primeiro, porque eram largamente utilizados pelos operadores do direito. Segundo, em algumas oportunidades, o legislador tentou atribuir maiores efeitos aos precedentes, como por exemplo, no incidente de uniformização de jurisprudência, nos casos de sentenças liminares. Ainda, o legislador constituinte derivado reformador, com escopo de dar celeridade às causas submetidas ao judiciário, criou o instituto das súmulas vinculantes. Tais súmulas foram a fonte de inspiração dos precedentes obrigatórios.

Apesar de o legislador criar meios que estimulassem a uniformidade da jurisprudência, notou-se que estes eram insuficientes para garantir o mínimo de segurança jurídica aos jurisdicionados. Era comum casos idênticos serem julgados de maneira antagônica por um mesmo tribunal. Todavia, é silogístico que esta disparidade nas decisões judiciais configura uma afronta ao Estado de Direito.

De outra banda, conceitua-se precedente judicial como uma única decisão judicial que pode ter a sua *ratio decidendi* utilizada em outros casos que tenham semelhança fática e/ou jurídica. Cumpre ressaltar os conceitos de precedente judicial e jurisprudência são distintos, porque esta se trata de um conjunto de decisões reiteradas num mesmo sentido por parte de juízos e tribunais e aquele se refere a apenas uma decisão como poderes de influenciar casos vindouros.

Evidenciou-se que a teoria que reputa o precedente como potencial criador do direito se amolda nos países de tradição anglo-saxônica, mas não em países de tradição romanística. Nestes Estados, devido ao sistema de freios e contrapesos, cabe ao legislativo criar o direito, de modo que a teoria do precedente declarativo se sobressai. Contudo, isso não afasta a possibilidade do magistrado dar uma nova interpretação ao velho direito, valendo-se, por exemplo, de princípios constitucionais. O que é vedada é a criação de um novo direito a partir do “nada”.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, foi instituído no artigo 927, um rol exemplificativo de precedentes obrigatórios. Assim, quando em um caso concreto o magistrado se deparar com hipóteses do referido artigo, não pode deixar de aplicar o precedente. Caso deixe de aplicar a decisão vai ser considerada como se não houvesse fundamentação, podendo ser anulada em grau recursal. Se por ventura, as partes deixarem de invocar precedente vinculante, cabe ao juiz oportunizar que as partes se manifestem sobre o mesmo.

São precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Considerando que o rol do artigo 927 é um rol exemplificativo de precedentes vinculantes, conclui-se que os recursos extraordinários, conhecidos e julgados pelo STF, que necessariamente devem ter repercussão geral, também gozam de efeitos obrigatórios, visto que o interesse do julgado é de toda a sociedade e não somente dos litigantes.

Da *ratio decidendi* é que irradiam os efeitos vinculantes dos precedentes. A *ratio decidendi*, é a viga mestra do sistema de respeito aos precedentes. É parte substancial do precedente judicial, considerada o fundamento determinante do julgado. Em que pese, a maior parte da *ratio decidendi* seja vista na parte da fundamentação do julgado, não se olvida que as partes do relatório e dispositivo também a compõem.

O *obiter dictum*, por seu turno é um argumento jurídico, que não se configura como tese nuclear da decisão, trata-se de algo dito de passagem, com status de argumento acessório, periférico, prescindível, na construção da motivação e do raciocínio exposto na decisão. De maneira nenhuma o *obiter dictum* pode gerar efeitos vinculantes em relação a casos futuros, podendo tão somente servir como elemento de persuasão.

Os precedentes podem deixar de ser aplicados quando a questão posta em debate é distinta do paradigma, por carência de semelhança fática ou pelas peculiaridades do caso concreto. Trata-se da aplicação do técnica de distinção, na qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma. Quando o magistrado entender que seja o caso de distinção pode: ou não aplicar o precedente vinculante, partindo de uma interpretação restritiva, obviamente com a devida fundamentação; ou pode estender ao caso a mesma solução conferida na *ratio decidendi* vinculante, por entender que apesar das circunstâncias, esta tese jurídica é apropriada.

Em que pese, o sistema precedentalista exista para garantir a segurança jurídica, dentre outros princípios, não se pode olvidar que a sociedade está em constante mudança, além disso, a criação legislativa e doutrinária também se transforma com rapidez, impondo assim, em determinados casos, a mudança de entendimento sedimentado de um tribunal. Assim, em determinadas situações o tribunal que criou o precedente pode revoga-lo. As principais causas para a revogação do precedente são a mudança dos valores sociais, a evolução do direito, presença de regra inexecutável no precedente e o avanço tecnológico.

Os efeitos da revogação de um precedente em regra são retroativos. Mas, dependendo do precedente a ser revogado e da confiança nele depositada pela população, bem como considerando a segurança jurídica e o interesse social pode o tribunal competente atribuir efeitos prospectivos ao acórdão revogado.

A reclamação que tinha hipóteses de incidência restrita, agora é cabível em face de qualquer decisão que contrariar precedente vinculante. Assim, ela se tornou um meio coercitivo para a aplicação dos precedentes por parte dos juízes e tribunais, pois se o desrespeito ao efeito vinculante dos precedentes for infundado e reiterado, pode se caracterizar violação aos deveres funcionais da magistratura, ensejando responsabilização administrativa. Deste modo, o legislador ordinário entendeu que

não bastava criar um sistema de respeito aos precedentes sem a necessária “sanção” ao magistrado insurgente. Medida que se mostra razoável, a fim de garantir especialmente os princípios da igualdade e da segurança jurídica, considerando o expressivo número de julgados conflitantes no país

A partir de 2016, ano que encerrou a *vacatio legis* do Novo Código de Processo Civil, os precedentes judiciais adquiriram força vinculante. Entretanto para esmerada aplicação deste sistema é necessária a aplicação de institutos que são originariamente da tradição anglo-saxônica, como por exemplo: a *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguish*, *overruling*. A vista disso passou-se a se questionar que o ordenamento jurídico brasileiro estaria se transformando do *civil law* para *common law*. Entretanto, apesar da novel legislação valorar significativamente os precedentes judiciais é errôneo afirmar que o Brasil abandonou a tradição romanística, porque nestes casos também existe precedente, mas com valoração inferior a da lei. O que se pode considerar é houve uma aproximação do sistema *common law*, ou adoção de alguns princípios que lhe são próprios, mas jamais uma transformação.

A nova política de respeito aos precedentes instituída pelo novo Código de Processo Civil indubitavelmente tem efeitos na concretização de princípios constitucionais, dentre eles o da segurança jurídica, isonomia, duração razoável do processo e economia processual, dentre outros.

O princípio constitucional da segurança jurídica ganha maior eficácia com os precedentes obrigatórios, pois estes conduzem o jurisdicionado a uma situação que ele possa escolher o comportamento mais correto nas suas relações jurídicas, sendo que quando tiver seu direito desrespeitado poderá se valer do Poder Judiciário com a certeza que seu direito será resguardado. Além do mais, com os precedentes vinculantes os advogados brasileiros poderão orientar seguramente seus clientes. Deste modo, para se garantir a segurança jurídica o sistema de respeito aos precedentes é imprescindível.

O princípio da igualdade ou isonomia estabelece não somente a paridade de armas entre os litigantes ou igualdade no acesso a jurisdição, mas concomitantemente veda o casuísmo nas decisões judicial. De modo que os processos que guardarem as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, devem ter o idêntico provimento jurisdicional, o contrário seria uma afronta ao próprio Estado de Direito. Mesmo que o direito não seja um ciência exata é um anacronismo decisões

opostas, em matérias fáticas e jurídicas idênticas. Ora de nada vale a paridade de armas, se no momento processual mais importante, que é a sentença ou acórdão, o princípio da igualdade é ferido.

Os precedentes vinculantes na órbita do direito processual civil objetivam conferir máxima eficácia ao princípio da igualdade e salvaguardar a unidade jurisprudencial. Deste modo a expressão “cada cabeça uma sentença”, muito utilizada para justificar a falta de coerência dos julgados, não coaduna com o sistema de respeito aos precedentes tampouco com os Princípios do Estado de Direito, devendo ser afastada da prática jurídica brasileira.

Para real efetivação do Princípio da Duração Razoável do Processo configura-se útil o instituto dos precedentes judiciais, haja vista que com um sistema jurisprudencial íntegro é natural que diminuam o número de processos. Não é necessária nenhuma pesquisa aprofundada para se perceber que grandes partes das demandas em tramitação, independente da jurisdição, versam sobre as mesmas temáticas. Assim, com um sistema de precedentes o princípio da duração razoável da duração do processo tende a se efetivar.

A observância dos precedentes causa uma previsibilidade nas relações jurídicas, de modo que resulta em um desestímulo a postulação de lides temerárias. Ainda, pauta as condutas dos jurisdicionados.

De outro norte, percebe-se que os precedentes obrigatórios não afrontam o princípio da separação dos poderes, haja vista que estes conferem concretude à várias garantias fundamentais previstas no bojo da Constituição, como por exemplo os princípios da duração razoável do processo, segurança jurídica, igualdade.

Ademais, os precedentes vinculantes não criam direito, eles apenas unificam, definem determinada interpretação a ser seguida por outros tribunais. Ora, num país como o Brasil, no qual são os textos legais são produzidos não raramente de forma atécnica e/ou com termos polissêmicos, configura-se natural que no momento da aplicação da lei o interprete se depare com mais de uma possibilidade de decisão. Diante disso, os precedentes obrigatórios possuem a missão de uniformizar a jurisprudência e não criar direito.

Também não há violação ao princípio da independência funcional dos juízes, tendo em vista que estes devem decidir para o jurisdicionado, por isso pouco importa se o juiz tem posicionamento pessoal divergente das cortes superiores, deve

ele prezar pela coerência, segurança e igualdade da ordem jurídica. A jurisdição é uma, os juízes, por sua vez, são representantes do Estado incumbidos de ajudar na prestação jurisdicional. Ao se proferir uma sentença em contraste com o ordenamento jurídico estará se constituindo um desserviço ao Poder Judiciário.

Em casos iguais, na matéria de fato e de direito, a decisão deve ser idêntica, sob pena de violação ao próprio espírito do Estado de Direito. O juiz deve-se considerar como uma peça no ordenamento jurídico brasileiro, devendo observar os precedentes obrigatórios para garantir o mínimo de previsibilidade das decisões judiciais e evitar o descrédito da população em relação ao poder judiciário. Portanto não há que se falar em afronta ao princípio da independência funcional do magistrado.

Constata-se, igualmente que é equivocado afirmar que o sistema de precedentes cause uma fossilização do direito. Embora, para que o ordenamento jurídico mantenha-se íntegro e coerente, faz-se necessário um processo mais dificultoso para a revogação de precedente, pois do contrário os efeitos dos precedentes vinculantes restariam inócuos. De outra banda, este processo mais rígido de alteração de precedente não implica na perpetuidade do precedente, uma vez que em decorrência da alteração do contexto social, ou da evolução do direito o precedente pode ser superado.

REFERÊNCIAS

ALVIM, A. et al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Paris:1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em 3 de agosto de 2016.

BAHIA. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia de 4 de setembro de 2008**. Salvador, BA: Tribunal de Justiça da Bahia, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle De Constitucionalidade No Direito Brasileiro: Exposição Sistemática Da Doutrina E Análise Crítica Da Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Lei nº 9.882/1999 de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 23 set. de 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil (2002). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 set. de 2016.

BRASIL. Código de Ética da Magistratura Nacional de 6 de agosto de 2008. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 de ago. 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf>. Acesso em: 23 de set. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. **Código de Processo Civil (1973)**. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 12 jan. 1974. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 23 set. de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil (2015). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 de set. de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº. 25**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 30 de dez. 2004. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc25.htm>. Acesso em: 23 de set. de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de set.1942. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 23 de set. de 2016.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 de nov.1999. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 23 de set. de 2016.

BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1º de dezembro de 1980. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 2 de dez. 1980. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 23 de set. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 954.859, RS. Recorrente: Companhia Estadual De Distribuição De Energia. Recorrido: José Francisco Nunes Moreira e outros. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 16 de agosto de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 27 ago. 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8908366/recurso-especial-resp-954859-rs-2007-0119225-2>>. Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, RJ. Impetrante: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 10.604, DF. Reclamante: Joaquim Roriz. Reclamado: Tribunal Superior Tribunal. Relator: Ministro: Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 08 de setembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=161024>>. Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987, DF. Reclamante: Governador do Distrito Federal. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Relator: Ministro: Maurício Correa. Brasília, DF, 01 de outubro de 2003. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 maio 2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2977597/reclamacao-rcl-1987-df>>. Acesso em: 23 set. 2016.

CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. **Dos precedentes judiciais às súmulas vinculantes**: análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado. 2013. 25-26f. Dissertação (Pós Graduação em direito) – Faculdade de Direito, UFBA, Salvador, 2013. Disponível em:<

<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/11395/1/DOS%20PRECEDENTES%20JUDICIAIS%20%C3%80S%20S%C3%9AMULAS%20VINCULANTES%20-%20AN%C3%81LISE%20D.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Filho José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER, Júnior Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento**. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER, Júnior Fredie.; BRAGA, Paula Sarno.; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DONIZETTE, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Análise Comparativa entre o Novo CPC e o CPC/73**. São Paulo: Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do Fórum Permanente dos Processualistas Civis**. Vitória, n. V, maio 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 38. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NERY, Júnior Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Costa Rica: São José, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 2 Abr. 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSSI, Júlio Cesar. **Precedente a brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

THEODORO, Júnior Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal – vol. III**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GLOSSÁRIO

Distinguishing: Recusa de um juiz ou tribunal em aplicar precedente a um caso por considerar ele distinto o bastante, a tal ponto de que a aplicação do precedente geraria uma injustiça, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto;

Overruling: Técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente;

Signaling: Técnica em que o tribunal reconhece a fragilidade do precedente e sinaliza que provavelmente irá modifica-lo, fazendo assim, com que ele seja insuficiente para servir de base para a confiança dos jurisdicionados;

Obiter dicta: Argumento jurídico, que não se configura como tese nuclear da decisão, trata-se de algo dito de passagem, com status de argumento acessório, prescindível, na construção da motivação e do raciocínio exposto na decisão;

Ratio decidendi: Núcleo essencial do precedente, formada pelos principais argumentos do julgado, sem os quais a decisão não teria o mesmo deslinde, ou seja, os argumentos considerados imprescindíveis no *decisum*.