

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO PROCESSO CIVIL

Fernando Gonçalves Goraieb

Os Precedentes Judiciais e sua aplicação frente ao novo CPC

Porto Alegre
2016

Fernando Gonçalves Goraieb

Os Precedentes Judiciais e sua aplicação frente ao novo CPC

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Rafael Abreu

Porto Alegre
2016

Dedico este trabalho a todos à minha família -
a todos os professores e funcionários do Curso de
Especialização em Processo Civil da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO

1 -INTRODUÇÃO.....	04
2 <i>Breve Resumo Histórico e sua Aplicação no Brasil -</i>	06
3 - <i>Os fundamentos da Alteração no sistema dos Precedentes e seus Aspectos Positivos e Negativos.....</i>	07
4 - PRECEDENTES.....	15
4.1 - Noções Gerais.....	14
4.2 - Força Obrigatória dos Precedentes.....	15
4. 2.1. Precedentes Obrigatório e Persuasivo.....	16
4.2.2 - Precedente Vertical e Horizontal.....	17
5 - OS PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 –	
5.1. Considerações Iniciais.....	18
5.2 Precedentes no Supremo Tribunal Federal.....	20
5.2.1 Decisão proferida no controle difuso.....	20
5.2.2 Decisão proferida em controle concentrado.....	20
5.2.3 Súmulas.....	21
6 Precedentes no Superior Tribunal de Justiça e a Eficácia horizontal e vertical.....	22
6.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas.....	23
7 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES	23
7. 1 - ELEMENTOS DO PRECEDENTE JUDICIAL,.....	25
7.1.1.A <i>ratio decidendi</i>	25
7.1.2. O <i>obiter dictum</i>	25
7.1.3 A teoria da transcendência dos motivos determinantes.....	26
7.1.4. <i>Distinguishing: a técnica da distinção</i>	26
8. REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES (OVERRULING).....	27
9 - EFEITOS DA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS.....	29
CONCLUSÃO.....	32

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa à análise do sistema dos precedentes previsto na Lei 13.105/15, a qual traduz o Código de Processo Civil que entrará em vigor no dia 16 de março de 2016, levantando tópicos basilares que permitam formar uma posição frente às alterações que irão recair sobre o ordenamento jurídico brasileiro. De um breve resumo histórico da aplicação dos precedentes é de todo indispensável examinar os fundamentos que ensejaram tais mudanças, as influências no estado democrático de direito e as consequências e reflexos no âmbito da prestação jurisdicional, com as posições adotadas pelos juristas pátrios, onde serão apontados os aspectos positivos e negativos.

Isso porque a temática da nova ordem dos precedentes judiciais no Brasil vem sendo amplamente debatida tanto pela doutrina quanto pelos operadores do direito em geral, devido às alterações significativas que serão instituídas quando da entrada em vigor da nova Lei Adjetiva, o que impõe questionar o quanto vai alterar o *modus operandi* dos profissionais.

Em que pese não ser possível enfrentar todos os aspectos importantes, é indispensável estabelecer premissas básicas, as quais estão indiscutivelmente ligadas ou relacionadas com a origem de nosso sistema jurídico, ou seja, do *civil law* (*direito romano-germânico*), o que equivale a dizer que, com a aproximação recente entre este sistema com o anglo-saxão, tivemos destaque para a força das decisões judiciais.

É bem verdade que a utilização de precedentes como norteadores das decisões vem ganhando cada vez mais espaço nos sistemas jurídicos que adotam a *civil law*. Isso decorre principalmente do papel que as Cortes Supremas vêm desempenhando frente às mudanças que o direito positivo não consegue acompanhar.

Além do mais, tais órgãos Jurisdicionais vêm adquirindo cada vez mais papel de influência na esfera política, reflexo inevitável frente à natureza das matérias que são levadas a julgamento. Por outro lado, também as decisões das Cortes Superiores sofrem interferências de natureza política, em face dos problemas sócioeconômicos que vêm assolando o País, fazendo-o mergulhar numa situação lastimável e preocupante, considerando-se os princípios constitucionais a que o Estado está submetido frente ao cidadão e seus direitos fundamentais.

Inegavelmente, no Brasil não foi sem resistência que se passou a tratar da

vinculação dos juízes a julgamentos pretéritos, até mesmo quando provenientes de órgãos hierarquicamente superiores. Todavia, foram introduzidas aos poucos técnicas que foram superando tal resistência, através de súmula vinculante, súmula impeditiva de recursos, repercussão geral de questões constitucionais, recursos repetitivos, julgamento monocrático pelos relatores, etc. Como vemos, já existem as chamadas uniformizações horizontais e verticais¹, do que cuidaremos oportunamente.

Afirma-se que a adoção dessa forma de sistema jurídico influencia e fortalece o Estado e a sociedade como um todo, em suas mais amplas esferas, pois abrangentes os reflexos que produzem. Então, trata-se de questão de suma importância que irá trazer diversas modificações ao ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, a aplicação dos precedentes judiciais de forma vinculante, na forma como ampliada, poderá ou não exercer influência na liberdade de julgar do magistrado, violando ou não o princípio do livre convencimento motivado, bem como a garantia de independência da magistratura?

É bem verdade que houve grande repercussão e diversas consequências no trato das questões processuais relacionadas ao tema, levando juristas ao aprofundamento de diversos aspectos que se tornaram tormentosos, o que certamente ainda vai persistir, em que pese o esforço efetuado para tornar justificáveis as vinculações aos precedentes.

Tais discussões doutrinárias é que movimentam o presente trabalho, para que se tenha uma visão ampla do que constituem tais vinculações dentro do Poder Judiciário, à vista da complexidade decorrente de uma leitura do texto da lei adjetiva modificada, com reflexos, inclusive, na força vinculante, sua extensão e momento em que passa a ter obrigatoriedade de observância, e quais os efeitos gerados em relação a manifestações jurisdicionais no tempo.

Não se pretende aqui dissecar a extensa gama de temas jurídicos que dizem com os julgamentos nas Cortes Superiores, apenas dar noções rápidas sobre a aplicação e a superação de seus precedentes, bem como seu alcance para que se possa concluir a análise das implicações que a reforma processual estabeleceu, bem como sua real contribuição para que os princípios constitucionais relacionados ao processo, aos direitos e garantias previstos na Carta Política sejam respeitados.

¹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Civis no Brasil**. São Paulo 2013. Editora Saraiva. p. 141/142.

Isso porque, como dito em trabalho anterior, as consequências far-se-ão sentir na prestação jurisdicional e no desenvolvimento das atividades dos operadores do Direito, que cada vez mais clamam pela efetividade da Magna Carta no trato do processo como meio apto a garantir não só o seu cumprimento, mas também da legislação infraconstitucional, a bem de assegurar o verdadeiro direito de ação e o exercício do contraditório e da ampla defesa, como corolários para obter do Poder Judiciário para composição dos litígios.

Estes são os tópicos que se pretende enfrentar, a bem de alcançar a conclusão do trabalho dirigido aos Precedentes Judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

2 - BREVE RESUMO HISTÓRICO E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

Convém frisar que até o final da segunda Guerra mundial inexistia a figura dos precedentes no ordenamento jurídico no Brasil. Predominava O sistema da *civil law* (romano-germânico), sistema positivista, como dito anteriormente. Somente depois os juristas passaram, gradativamente, a valorizar os precedentes como importantes elementos na formação do convencimento dos juízes na análise do caso concreto. É certo que o Código de Processo Civil de 1973 seguiu a tradicional doutrina brasileira da época, substituindo o CPC de 1939, mas este foi alterado na década de 1950 para introduzir a modificação versando sobre a “uniformização de jurisprudência”.

O Supremo Tribunal Federal, passou a pronunciar-se sobre determinada matéria levada a julgamento de forma reiterada através de Súmulas, isso na década de 1960. O mesmo aconteceu com os demais Tribunais Superiores.

Posteriormente, com a edição do Código de Processo Civil de 1973, inseriu-se o Capítulo I, do Título IX (arts. 476 a 479 do CPC), tratando da Uniformização da Jurisprudência como apta a criar a padronização horizontal de entendimento.

Com a Constituição Federal de 1988, começaram as reformas da Lei Adjetiva, procurando afastar os óbices à celeridade e à eficiência da prestação jurisdicional, com a inserção de princípios constitucionais, tais como, da igualdade formal (art.5º, caput) e o da justificação das decisões judiciais (art.93, IX), os quais foram imprescindíveis para estabelecer a coerência e continuidade na prestação jurisdicional.

Mas, até então, os precedentes judiciais não possuíam caráter vinculante, até porque com a Emenda Constitucional n.3, de 1993, foi criada a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) com efeito vinculante, que depois foi ampliado para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) pela Lei 9.868/99. Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, surgiu o enunciado sumular vinculante, o qual foi regulamentado pela Lei n. 11.417/2006, que ampliou o alcance a todas as matérias constitucionais, ainda que não sujeitas ao controle de constitucionalidade.

Após, o efeito vinculante passou a existir também com os Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, por força da Lei 11.672/2008.

Como vemos, o novo CPC tratou de dar andamento à valorização dos precedentes, criando institutos, entre eles o incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDE) e o mecanismo do recurso repetitivo, inclusive para o STF. Por outro lado, existe a vinculação vertical que está devidamente estabelecida e que traduz uma preocupação para as instâncias inferiores.

Sabemos que todas as alterações antes referidas decorreram da necessidade de solucionar problemas gerados pela abertura das portas do Judiciário, com o aumento significativo do número de ações ajuizadas e a demora na prestação jurisdicional, mas é preciso repensar determinados fatores e fazer uma releitura da Constituição para saber se o que foi estabelecido atingirá os fins pretendidos.

3- OS FUNDAMENTOS DA ALTERAÇÃO NO SISTEMA DOS PRECEDENTES E SEUS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

Existem determinados princípios invocados por aqueles que justificam o sistema dos precedentes obrigatórios, limitado este trabalho aos mais destacados.

Para bem delinear os fundamentos que buscam sustentar a necessidade de observância obrigatória dos precedentes jurisprudenciais, é indispensável buscar na Doutrina as posições adotadas, a fim de estabelecer as premissas e enfrentá-los.

Num primeiro momento, a bem de não pecar por omissão, é conveniente tratar das formas de uniformização, para que daí seja possível uma análise subsequente.

Dos ensinamentos de Asfor Rocha, podemos definir que a uniformidade jurisprudencial existe tanto na direção vertical como na horizontal, sendo a primeira

decorrente da organização hierárquica do Poder Judiciário, em instâncias, e pela qual os órgãos jurisdicionais inferiores podem ter suas decisões revisadas pelos superiores, o que constitui um dos motivos que impõem a uniformidade jurisprudencial na esfera vertical. A segunda, por sua vez, dependente que é da primeira, deve ser buscada pelos tribunais de igual hierarquia, ainda que sem efeitos vinculantes, porque de nada vale buscar aplicação da jurisprudência de tribunais hierarquicamente iguais se o entendimento não se embasa nos tribunais superiores, que interpretam de forma distinta a mesma regra jurídica².

Diz Amílcar Araujo Carneiro Júnior, renomado jurista, que qualquer sistema jurídico apresenta vantagens e desvantagens, virtudes e defeitos, tanto assim que já existem temperamentos na prática dos sistemas *Civil Law* e *Common Law*, ou seja: operativamente fechado, mantendo sua unidade e cognitivamente aberto, submetendo-se a constantes revisões estruturais, tendo em vista as diferenças constitutivas entre ambos, cabendo aos operadores do Direito a tarefa de aperfeiçoar o mecanismo, fazendo com que as vantagens superem as desvantagens.

Eis os fundamentos que a Doutrina aponta:

– **PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Segundo os que defendem que o mesmo caso concreto, submetido por jurisdicionados diferentes, não pode receber diferentes decisões, a vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade³, porque a isonomia não deve representar tratamento igualitário na medida das desigualdades, pois não se fala mais em isonomia perante a lei, mas frente ao Direito.

Na esfera dos Direitos Fundamentais, o princípio da igualdade é formal (art. 5º CF), mas a igualdade na aplicação do Direito continua a ser uma das dimensões básicas do Estado de Direito, ou seja, igualdade material, correspondente ao ideal de justiça, enquanto reconhecimento de identidades. A igualdade deixou de ter um conteúdo negativo (isonomia), impedindo que as pessoas sejam tratadas perante a lei de forma desigual, mas também deve-se considerar o seu conteúdo positivo, o

² LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Obra citada**. p 141/143.

³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**, In: Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 129, jun.2009.

chamado direito à diferença. Seria a igualdade com respeito à diversidade⁴.

Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI⁵:

“Uma das consequências do desenvolvimento da teoria da interpretação é a indeterminabilidade, menor ou maior, dos resultados extraíveis dos textos legais. Decorre daí a conclusão de que, num sistema em que todos os juízes interpretam as leis e controlam a sua constitucionalidade, cabe às Cortes Supremas a função de definir o sentido da lei, assim como a sua validade. Depois do pronunciamento da Corte Suprema, por consequência lógica, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo a própria Corte Suprema, poderá resolver caso ou decidir em desatenção ao precedente firmado. Só assim deixará de estar presente a insegurança em relação à aplicação do direito, permitindo-se a prática consciente de uma conduta com ele de acordo e a prévia aceitação da responsabilidade inerente à sua não observância.

A previsibilidade, a igualdade e outras consequências, no entanto, derivam da unidade do direito, ou seja, da instituição de um precedente dotado de autoridade. O precedente revela algo que é autônomo diante da lei, que dela não é mera consequência lógica. Fundamentos que explicam o sentido outorgado ao texto da lei, a declaração da sua validade ou invalidade, ou ainda a admissão da validade de determinada interpretação em detrimento de outra, certamente constituem algo que se insere numa ordem jurídica de maior amplitude, integrada pelas leis e pelos precedentes judiciais.

Para TIAGO ASFOR ROCHA LIMA, em que pese as ressalvas contidas, entende que:

“A isonomia de tratamento dos jurisdicionados talvez seja, juntamente com a segurança jurídica, o princípio/garantia constitucional mais comumente invocado quando se fala de uma política/doutrina de precedentes”⁶.

Como vemos, um dos fundamentos ou justificativa para a aplicação dos precedentes é a isonomia perante o Direito.

a) **PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Seguindo os embasamentos que marcam a conveniência da observância obrigatória dos precedentes, a segurança jurídica desponta como algo inerente ao

⁴ CARNEIRO Júnior, Amílcar Araújo. **A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais**, In: Gazeta Jurídica, v. 3, p. 330/331, 2012.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética Dos Precedentes**, Revista dos Tribunais, p.102.

⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. Obra citada. p. 145, 2013.

art. 5º, XXXVI, CF, mas no sentido de assegurar o presente e o futuro, para que o homem pautar seu comportamento e conduta, razão pela qual quanto mais uniformizada a jurisprudência, mais se fortalece a segurança jurídica⁷.

Tiago Asfor Rocha Lima coloca a segurança jurídica como uma forma de previsibilidade das decisões ou direito de não ser surpreendido por mudança jurisprudencial, que é prejudicial a todos, ou seja, ao bom profissional do Direito, ao cidadão comum e ao Judiciário, que despertará descrença e suspeitas de tratamento anti-isonômico em desfavor dos desafortunados⁸.

MARINONI, por sua vez, defende que:

“quando o direito é destituído de clareza e a administração da justiça produz resultados insuscetíveis de calculabilidade, o cidadão fica sem qualquer segurança ou garantia de que não será alcançado por uma surpresa injusta. A multiplicidade de entendimentos judiciais a respeito de uma questão de direito minimiza a segurança que deve presidir as relações entre o particular e o Estado, dificultando contratos e investimentos”⁹.

– PRINCÍPIO DA PREVISIBILIDADE

Prossegue o Mestre, depois de enquadrar o princípio da segurança jurídica dentro da limitação do Poder do Estado, dizendo que outro fator a ser considerado é a “Previsibilidade”, considerando-a essencial ao Estado de Direito, porque esta deixa de ter importância quando se sabe que um texto legal pode ter uma pluralidade de significados, razão pela qual que para a previsibilidade não resta alternativa a não ser a unidade do direito, derivada do exercício da função das Cortes Supremas. Assim, além de evitar surpresas, a previsibilidade permite ter confiança nos direitos¹⁰.

Amílcar Araújo Carneiro Júnior também enfrenta tal aspecto, assegurando que uma doutrina de precedentes indica que os juízes e tribunais podem seguir a mesma regra jurídica estabelecida em casos anteriores, semelhantes ao atual, porque, atingido um grau de previsibilidade excelente, na mesma proporção se sedimentará a confiança no sistema, sendo lógico que existe uma permanente

⁷ LIMA, Tiago Asfor Rocha, obra citada, p. 164/165.

⁸ LIMA, Tiago Asfor Rocha, obra citada, p. 164/165.

⁹ MARINONI, Obra citada, p. 108.

¹⁰ MARINONI, obra citada, p. 108/110

tensão entre a segurança jurídica como lastro em precedentes em sentido amplo e a interpretação judicial da Constituição da República e da Lei Federal. Por isso, necessário que a jurisprudência seja renovada e evolua de acordo com as novas realidades socioeconômicas e culturais.

– PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A Constituição Federal tratou de cuidar do acesso real à justiça, não de forma tardia, a partir da Emenda Constitucional 45, no art. 5º, LXXVIII, ou seja, para que o processo leve o tempo necessário, considerada a complexidade da causa, segundo os anseios do cidadão e da sociedade.

A partir daí pode-se concluir que o uso dos precedentes judiciais constitui um meio para dar efetividade a tal regra, segundo lições de Amilcar Araújo Carneiro Júnior¹¹, que invoca MARINONI para tal afirmação.

Prossegue ele dizendo que:

“Diante do quadro atual, o Judiciário não pode se manter numa posição passiva ou excessivamente neutra na crença de que assim a garantia do juiz imparcial seja observada. Para que os Direitos Fundamentais sejam respeitados, é necessário [...] avançar sobre um conceito de justiça mais amplo que a mera regência jurisdicional pela batura legalista (Oliveira, 2008, p. 92)”

Como vemos, os doutrinadores encontram argumentos suficientes no que pertine aos princípios delineados – em que pese outros poderem ser apontados – para demonstrar os aspectos positivos da obrigatoriedade de observância dos precedentes na prestação jurisdicional.

Assim delineados os itens relativamente aos fundamentos que levam a doutrina pátria a considerar a vinculação aos precedentes judiciais uma necessidade para assegurar a prestação jurisdicional, é possível apontar, por outro lado, alguns aspectos negativos ou críticas que merecem destaque.

Podemos invocar aqui alguns tópicos suscitados por CRISTIANA HAMDAR RIBEIRO¹², que se resumem no seguinte:

¹¹ CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo obra citada, p. 316/317

¹² RIBEIRO, Cristiana Hamdar. A lei dos Recursos Repetitivos e os Princípios do Direito Processual Civil Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Processual, Vol.5

a) Mitigação do princípio do Devido Processo Legal, dando-se prevalência do princípio da Celeridade processual, porque não possui mais valia que os demais princípios, pois ele nem mesmo constitui o verdadeiro propósito da Lei, vez que esta é mais uma tentativa desesperada de diminuir a quantidade de processos em trâmite;

b) Infringência aos Princípios do Livre Convencimento do Juiz, ou da Persuasão Racional do Juiz e do Duplo Grau de Jurisdição, uma vez que não é possível esquecer que há uma verdadeira vinculação de decisões, o que somente foi permitido ao STF de forma direta, com fundamento na Constituição;

c) Violação ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição, como consequência da infração do princípio do Livre Convencimento, pois os magistrados alocados nas Câmaras ou Turmas Julgadoras, aplicarão a decisão proferida na causa piloto, seja em juízo de retratação, seja propriamente ao julgar o processo, ainda que não concordem com as razões expressas naquele julgamento,

d) Transgressão ao Princípio da Recorribilidade das Decisões e da afronta ao Direito de Acesso à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, frente à criação de um filtro recursal para os recursos repetitivos, o que impedirá o conhecimento destes;

Geruza Ribeiro do Espírito Santo¹³, ao tratar sobre os aspectos negativos da vinculação dos precedentes, destaca as seguintes questões:

a) Obstáculo à Inovação do Direito, pois a obrigatoriedade da vinculação aos precedentes poderá tolher a criatividade judicial, imobilizando a jurisprudência, o que impede a evolução do Direito no decorrer do tempo, tornando-o inadequado às novas realidades sociais;

b) Violação da autonomia Judicial, uma vez que obrigar o juiz a decidir de acordo com um precedente violaria a sua independência de julgar.

Em que pese ter apontado tais pontos negativos, tratou a autora de tentar mitigar os efeitos negativos, dando como inevitável e necessária à observância obrigatória dos precedentes judiciais.

¹³ SANTO, Geruza Ribeiro do Espírito, A Vinculação dos precedentes Judiciais no Direito Brasileiro e a Autonomia Judicial. www.conteúdo.jurídico.com.br/

De uma forma desafiadora, Amilcar Araújo Carneiro Júnior¹⁴ coloca algumas considerações que devem ser aqui delineadas, porque consegue justificar, de uma forma ou de outra, as possíveis transgressões constitucionais.

Inicialmente, aponta a rigidez ou o engessamento do sistema como uma preocupação, que levaria à paralisação da evolução jurisprudencial, mas sugere que existem mecanismos que podem superar tal problema.

Aponta, outrossim, que a complexidade da doutrina dos precedentes e distinções ilógicas traduz que o uso exagerado de critérios distintivos pode levar à crença de que todas as questões colocadas diante do magistrado são complexas e diferentes das anteriormente julgadas, mesmo que as diferenças sejam sutis, mas que numa cultura que já absorveu a doutrina do *stare decisis* na prática, os juízes não utilizam os critérios distintivos com frequência, muito menos a revogação dos precedentes.

Por outro lado, aponta para a violação da independência dos juízes, que fica neutralizada na medida em que a regra é seguir os precedentes, mas os juízes podem deixar de aplicá-los, aplicando o Direito que lhes pareça mais plausível ao caso concreto, porque a coerência da ordem jurídica e a sua unidade no que tange às decisões judiciais são imprescindíveis ao Estado de Direito e à defesa dos Direitos Fundamentais.

No que pertine a violação à teoria da tripartição dos Poderes, salienta que há uma visão tradicional de que a determinação da vontade abstrata cabe ao legislador e, ao juiz, a revelação da vontade concreta quando controvertida entre as partes, mas que há uma flexibilização da separação dos poderes, comportando um temperamento, aceitando-se precedentes judiciais obrigatórios com a projeção ultra partes/erga omnes, postura esta que se liberta de um rígido esquema de subsunção de conflitos individuais para alcançar um espectro maior, estabelecendo normas que transcendem o indivíduo.

Como vemos, os pontos positivos e os pontos negativos que envolvem a discussão sobre a observância dos precedentes judiciais no Brasil, prestam-se para maiores divagações jurídicas e pesquisa aprofundada, cabendo aqui, pela natureza do trabalho, apenas a análise superficial que bem demonstra a complexidade da matéria.

¹⁴ CARNEIRO Júnior, Amilcar Araújo. **A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais. Obra citada. p. 304/314**

4 - Precedentes:

4.1. Noções Gerais

Segundo Marinoni, que se vale de outras opiniões que cita, um precedente, na medida em que deriva de fonte dotada de autoridade e interfere sobre a vida dos outros, deve ser respeitado por quem o produziu e por quem está obrigado a decidir caso similar. De outro lado, aquele que se coloca em condições similares as do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa¹⁵

Assim, o precedente constitui um poder e representa respeito ao passado, porque os cidadãos têm o direito de acreditar na racionalidade e na estabilidade das decisões, e o Judiciário deve preocupar-se com a uniformidade de suas decisões, pois não há poder que possa isentar-se de responsabilidade por suas decisões¹⁶.

Por outro lado, o precedente representa uma tutela de confiança, pois os que baseiam suas relações nas decisões do Judiciário ficam autorizados a balizar comportamentos e negócios jurídicos de acordo com a interpretação que prevalece nos tribunais, sendo a ausência de uniformidade nas manifestações judiciais a negação de coerência do direito jurisprudencial¹⁷.

Como vemos, o precedente passou a ser adotado no Brasil como uma necessidade, tomando perfil originado de um amontoado de técnicas instituídas, desde o instrumento para abreviar o processo no primeiro grau de jurisdição, com base em precedente do juízo (art. 285-A, do CPC, item 4.2.1), até decisão de caráter vinculante para a inteira jurisdição nacional (art. 103-A, da CF/88), passando por súmula impeditiva de recursos (tem 4.2.4), julgamento unificado de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (itens 4.2.5 e 4.2.6) e eficácia geral no controle concentrado de constitucionalidade (item 4.2.7)¹⁸.

¹⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 86.

¹⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 87.

¹⁷LIMA JUNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 313/315.

¹⁸LIMA JUNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.p.321.

Assim, é possível determinar o caráter do precedente como manifestação de Órgão Estatal, como um dever, e direito do cidadão como um direito, visando à correta aplicação da lei, de forma coerente e uniforme, para garantir a segurança jurídica inerente ao sistema que está implantado no País, por força da Carta Política.

4.2 - Força Obrigatória dos Precedentes:

Indispensável, de pronto, estabelecer a diferença entre precedente e jurisprudência, para que não se peque por omissão. O primeiro representa uma decisão oriunda de um caso particular e a segunda, por sua vez, constitui uma pluralidade de decisões que resolveram diversos casos concretos¹⁹.

Como nosso ordenamento jurídico possui raízes romano-germânicas, não é possível concluir que a jurisprudência é a principal fonte de direitos, exercendo função criativa, porque tal característica é própria do Direito anglo-saxão. Aliás, o grande divisor de águas entre os sistemas do *common law* e do *civil law* é justamente este.

Todavia, como existe um número excessivo de processos na Justiça Brasileira, é certo que a jurisprudência exerce um papel relevante, por possuir função inovadora e uniformizadora, emprestando importante atividade interpretativa atualizadora das normas positivadas, garantindo, assim, a adaptação do texto normativo a uma realidade, o que permite às instâncias ordinárias aplicá-la para minimizar a interposição de recursos e abreviar a duração dos processos. Isso, é óbvio, depende da influência que os precedentes jurisprudenciais exercerão sobre os futuros casos, atuando como paradigma, sem vincular a atuação dos juízes, mas orientando e demonstrando qual é o entendimento majoritário e reiterado sobre determinado aspecto legal²⁰.

Assim, a jurisprudência atua na prestação jurisdicional como um paradigma, sem força de obrigatoriedade, mas dando os sinais no sentido de que o entendimento dominante é aquele que resulta do julgamento de diversos processos,

¹⁹ CARNEIRO Júnior, Amilcar Araújo. **A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais**, In: Gazeta Jurídica, v. 3, p. 142.

²⁰ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo 2013. Editora Saraiva. p. 91/93.

sobre a mesma matéria.

Já a força obrigatória dos precedentes deriva da sistematização judiciária, como necessária forma de atender-se aos princípios constitucionais que se impõem como indispensáveis na declaração do direito de forma célere e uniforme, frente ao grande número de processos que tramitam em nossos tribunais.

Amilcar, invocando Alvim (p.327), transcreveu trecho que pode ser resumido na afirmação de que a certeza do direito constitui uma das funções na dinâmica judiciária, mediante o estabelecimento da maior previsibilidade possível, através de decisões coincidentes sobre os mesmos temas, ou seja, estabilidade na orientação dos tribunais.

Atentando-se para o que Marinoni²¹ expressa a respeito é de todo pertinente transcrever o que interessa no ponto:

“Tudo isso significa que, não obstante a evolução da teoria da interpretação e a possibilidade da compreensão teórica da real função das Cortes Supremas, ainda é necessário outorgar-lhes o seu devido lugar, conferindo-lhes organização e estrutura capazes de lhes permitir o exercício de suas funções num direito marcado pela disputa interpretativa e pela imprescindibilidade da otimização da estabilidade e da previsibilidade”.

Assim, é certo que os precedentes, tal como estão estruturados no Código de Processo Civil de 2015, constituem-se em mecanismos que devem pautar os julgamentos, visando à célere resolução dos litígios, constituindo inovação processual que se presta a grandes discussões doutrinárias, frente aos desdobramentos que se descortinam, quando colocados princípios constitucionais em confronto com o texto legal, o que já foi demonstrado no trabalho anteriormente efetuado sobre o tema, ao qual nos reportamos para evitar inútil repetição.

Feitos tais registros, é indispensável enfrentar as formas de exteriorização dos precedentes, frente à sua carga de obrigatoriedade, do que cuidaremos a seguir:

4. 2.1. Precedentes Obrigatório e Persuasivo

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética Dos Precedentes**, Revista dos Tribunais, p. 66.

O precedente pode ter formas variadas de eficácia, segundo Amilcar Araujo Carneiro Júnior²², a saber:

a) precedente com eficácia normativa, quando estabelece comando que deve ser seguido em casos análogos, representando uma norma aplicável com generalidade a todos os demais casos idênticos:

b) precedente com eficácia impositiva intermediária, quando não se pode caracterizar como normativo, nem como persuasivo, o que se denomina de “jurisprudência dominante” sobre determinada matéria. Não se trata de precedente de observância obrigatória, nem possui efeito vinculante, presente na hipótese do art. 557 do Código de Processo Civil.

c) precedente com eficácia meramente persuasiva, ou seja, julgado anterior invocado para persuadir o magistrado a formar sua convicção conforme, regra do *Civil Law*.

Como vemos, tal distinção é fundamental para que se compreenda a força e alcance de um precedente considerados os efeitos que lhe são próprios.

Segundo Marinoni²³, só há garantia de respeito aos precedentes quando existe o correspondente dever judicial de respeito. Por sua vez, o precedente, quando persuasivo, constitui um argumento da parte, e, por isso mesmo, não pode ser adotado ou rejeitado sem a devida fundamentação, sendo que sua desconsideração é tão grave quanto o descaso em relação à prova, devendo gerar nulidade da decisão. Isso quer dizer que o juiz pode rejeitá-lo, mas com fundamentos para justificar tal conduta.

4.2.2 - Precedente Vertical e Horizontal

Aqui também se adota a doutrina de Marinoni²⁴, (p. 94) para sintetizar a eficácia do precedente, considerada a hierarquia imposta na Constituição Federal em relação ao Poder Judiciário.

Diz o renomado Mestre que os precedentes com força obrigatória

²² CARNEIRO Júnior, Amilcar Araújo. **A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais**, In: Gazeta Jurídica, v. 3, p. 148/149.

²³ MARINONI, Obra citada, p. 88.

²⁴ MARINONI, Obra citada, p. 94.

naturalmente incidem sobre os tribunais e juízes que lhes são inferiores. É o que chama de eficácia vertical dos precedentes. Porém, quando se fala da vinculação da própria Corte aos seus precedentes, ocorre a chamada eficácia horizontal dos precedentes.

Assevera, outrossim, que a mesma lógica que impõe o respeito aos precedentes obrigatórios pelos órgãos judiciais inferiores, exige que os órgãos de um mesmo tribunal respeitem as suas decisões, pois seria impossível pensar em coerência da ordem jurídica, em igualdade perante o Judiciário e em segurança jurídica, caso os órgãos do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, pudessem negar, livremente, as suas próprias decisões ou as decisões da própria Corte.

Assim delineada a obrigatoriedade de observância dos precedentes, resta a certeza de que tal distinção é de fundamental importância para que se obtenha coerência, segurança e uniformidade de decisões, segundo a escala hierarquia contida na Constituição, como acima referido.

5 - OS PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 –

5.1. Considerações Iniciais

Para uma análise inicial, devemos partir da leitura do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, para que seja possível sintetizar as manifestações jurisdicionais que devem ser observadas por juízes e tribunais.

Segundo Marinoni, basta estar atento às normas constitucionais que atribuem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional para concluir que os precedentes das Cortes Supremas devem ser observados.

Tal conclusão faz o referido autor afirmar que o art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo, ou seja, trata de mera lembrança de alguns precedentes.

Assim posta à questão, não é possível aqui fazer um estudo mais aprofundado a respeito, mas cabe sim analisar as decisões dos tribunais superiores que constituem precedentes a serem observados, tanto vertical como horizontalmente.

5.2 Precedentes no Supremo Tribunal Federal

Sabemos que a Corte Suprema possui a missão de dirimir as questões constitucionais, mediante os mecanismos que lhe são atribuídos.

Temos, pois, os precedentes que se originam de suas decisões e que podem ser enfrentados a seguir, de forma sucinta e objetiva, a fim de facilitar a compreensão do tema proposto.

5.2.1 Decisão proferida no controle difuso

A eficácia vinculante das decisões proferidas em recurso extraordinário, como se trata de interpretação da Carta Política, deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais e juízos nos casos futuros, porque a força da Constituição está ligada à autoridade dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Por isso, Não importa se as decisões são proferidas em controle concentrado ou difuso²⁵.

Aqui cabe referir a questão da eficácia vinculante da decisão acerca da repercussão geral, ou seja, o art. 1.035, § 5º, do CPC de 2015, traduz que, reconhecida a repercussão geral, o relator no STF determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no País e que versem sobre a mesma questão; negada tal repercussão, no tribunal de origem será negado seguimento aos recursos sobrestados na origem. Quando reconhecida a repercussão, fica reservado à Corte Suprema o poder de dizer a última e definitiva palavra e, quando a repercussão é negada, a questão fica nas mãos dos tribunais²⁶.

5.2.2 Decisão proferida em controle concentrado

As decisões proferidas no controle concentrado possuem força vinculante,

²⁵ MARINONI, Obra citada, p. 298/299.

²⁶ MARINONI, Obra citada, p. 307/308.

pois a sua autoridade dela depende, considerados os motivos determinantes.

Segundo Marinoni, é na medida em que se admite esta eficácia vinculante que a decisão, até então vista apenas como produtora de coisa julgada *erga omnes* – e, assim, como definidora de ser a norma expressamente invocada na ação direta é ou não inconstitucional -, passa a também ter qualidade de precedente constitucional.

Prossegue o mencionado autor dizendo que, 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 material e passa a ter relevância no delineamento da *ratio decidendi* ou dos motivos para a segura definição dos limites em que os demais tribunais estão obrigados perante o precedente constitucional²⁷.

Desta forma, no controle concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal, forma-se decisão com força vinculante, precedente a ser seguido, cujo descumprimento comporta o uso do instituto da reclamação.

5.2.3 Súmulas

As súmulas eram normas gerais e abstratas, lançadas com base em precedentes e relacionadas aos casos que foram decididos, portanto, deveriam estar atreladas à realidade do direito de determinado momento histórico. Todavia, segundo Marinoni²⁸, as súmulas não foram compreendidas como o retrato do direito de um momento histórico nem como normas suscetíveis de adaptação. Ignorou-se não só o passado do direito, como também a potencialidade da aplicação das súmulas aos casos judiciais emergentes. Como consequência, os tribunais quase não lhes deram importância, sendo que muitas súmulas simplesmente se tornaram obsoletas em virtude de seu texto, visto sem qualquer ligação com os casos concretos, ter deixado de corresponder ao que, em abstrato, passou-se a entender como correto, tanto que o STF, recentemente, posicionou-se em sentido oposto ao de suas súmulas.

²⁷ MARINONI, Obra citada, p.304/305.

²⁸ MARINONI, Obra citada, p. 310.

Surgiu então, com a Emenda Constitucional 45/2004, a súmula vinculante, que segundo o mesmo autor, não se distingue ontologicamente da anterior, pois o ordenamento jurídico não precisa dizer que as súmulas do STF têm eficácia vinculante, porque enunciam entendimento derivado de um conjunto de precedentes da Corte. Desta forma, as antigas súmulas, quando reavivadas em decisões atuais, tornam-se vinculantes. A única diferença entre as súmulas tradicionais e as súmulas vinculantes, de acordo com o art. 103-A, caput, da CF/1988, está no fato de apenas a súmula vinculante se dirigir aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta e abrir oportunidade à reclamação contra atos administrativos e decisões judiciais, tal como registrado por Marinoni²⁹.

6- Precedentes no Superior Tribunal de Justiça e a Eficácia horizontal e vertical

Quando existem decisões no âmbito do STJ, ao julgar questões inerentes a leis federais, é certo que constituem precedentes, desde que se observe o âmbito de seu alcance.

Tal peculiaridade é demasiada preocupante, se considerarmos as peculiaridades que se fazem sentir, como apontado por Marinoni³⁰, o que merece transcrição, a bem de não comprometer a compreensão do tema:

“Na verdade, problema existe em relação à eficácia horizontal das decisões no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, diante do número de ministros que lhe dão composição e da circunstância de que estes não se reúnem, em Plenário, para julgar recursos especiais.”

De qualquer forma, se não é raro duas Turmas divergirem acerca de determinada questão federal, aí cabem embargos de divergência. Entretanto, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, para adquirirem eficácia vertical obrigatória, obviamente não necessitam ser discutidos mediante embargos de divergência. Os precedentes das Turmas têm eficácia vertical obrigatória ou vinculante, embora não tenham igual eficácia no sentido horizontal. Uma Turma não está obrigada a respeitar precedente firmado pela outra.

²⁹ MARINONI, Obra citada, p.311/312.

³⁰ MARINONI, Obra citada, p. 317.

Mas, as Turmas não podem simplesmente negar as decisões das Secções ou da Corte Especial.

Tais senões, sem margem de dúvida, comprometem a sistemática que vem sendo utilizada de forma aleatória e totalmente divorciada do que se possa considerar prestação jurisdicional coerente, ao colocar-se como obrigatória a vinculação a decisões conflitantes e variáveis, como vem acontecendo no âmbito do STJ.

6.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas

O incidente de resolução de demandas repetitivas é uma técnica processual que cria solução para questão posta em múltiplas ações pendentes de julgamento. Isso quer dizer, a decisão unicamente resolve casos idênticos.

Segundo o art. 985, I, do CPC/2015, a decisão aplica-se em todos os processos pendentes de julgamento, que tratem da mesma questão de direito infraconstitucional.

Tratando-se de tópico que comporta dimensionamento que não cabe neste estudo reduzido, é importante salientar que muitas são as discussões sobre tal sistemática de julgamento, em face dos problemas que foram levantados, frente a aspectos constitucionais, o que não cabe aqui enfrentar. Mas, fica a ressalva quanto a diversos apontamentos feitos pela doutrina pátria a respeito e que servem para justificar as conclusões que serão declinadas.

7 – APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Não mais necessário fazer aqui distinção entre os sistemas *civil law* e *commom law*, apenas referir que os precedentes obrigatórios, tanto no direito inglês como no norte-americano, possuem como ponto de partida o fortalecimento do Poder Judiciário para assegurar o princípio da igualdade de todos perante a lei, bem como dar estabilidade ao ordenamento jurídico. O que se pode resumir, seguindo a boa doutrina é que “a regra de direito ou norma jurídica da Inglaterra e dos Estados Unidos, em que vige o sistema da *common law*, é muito mais específica e elaborada

que a da França, Alemanha, Itália e Brasil, integrantes do *civil law*.”³¹ (Claudio, p.19).

Segundo o mesmo autor, o Brasil adotou o modelo da *civil law*, recebido por herança da colonização portuguesa, ou seja, sistema jurídico de tradição romana (p. 100).

Já foi feita anteriormente a distinção entre precedente e jurisprudência, afirmando-se que esta atua como um paradigma, sem força de obrigatoriedade, e aquele possui força obrigatória, derivada da sistematização judiciária, como mecanismo que deve pautar julgamentos posteriores.

Partindo daí, é possível afirmar que as conclusões a que chegou Thiago Asfor Rocha Lima³² devem ser transcritas, a fim de demonstrar o necessário aproveitamento dos regimes antes mencionados, reciprocamente, a bem de ser alcançada a segurança jurídica e a efetividade do processo, dando à atividade jurisdicional o devido alcance, considerada a força dos precedentes:

“Não é difícil notar que a função dos precedentes judiciais nos ordenamentos filiados ao common law e da atividade jurisprudencial nos sistemas ligados ao civil law é relativamente distinta, até mesmo em virtude das próprias raízes e características centenárias de cada família do Direito. Ainda assim, como dito alhures, já uma tendência de aproximação de tais sistemas, com o emprego, cada vez mais, de técnicas originalmente estranhas à formação histórica de cada um.

A crescente força do Direito jurisprudencial nos países vinculados ao civil law, assim como o fortalecimento do Direito legislado principalmente na Inglaterra, demonstram esse intercâmbio de ideias e instrumentos que hodiernamente se instauraram nos mais diferentes regime jurídicos.

Trata-se,. Portanto, de um caminho9 sem volta. A pretensão de resgate às raízes históricas de um sistema e a busca de seu isolamento, afastando técnicas jurídicas bem-sucedidas noutras nações, parecem agredir valores básicos perseguidos pelo jurisdicionado com boas intenções, notadamente a segurança jurídica e a efetividade do processo.

A prudência recomenda o estudo aprofundado das práticas de um sistema que tem se consolidado no outro, a fim de delas extrair tudo aquilo que de fato puder ser aproveitado no outro regime, sem que com isso se

³¹ Lima Júnior, Cláudio Ricardo Silva. Precedentes judiciais no processo civil brasileiro: aproximação entre civil law e common law e aplicabilidade do stare decisis. Rio de Janeiro. Luman Juris, 2015, p. 19.

³² LIMA, Tiago Asfor Rocha. Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil. São Paulo. Ed. Saraiva. 2013, p. 114.

comprometam os pilares que o sustentam e que pudessem torna-lo incoerente”.

Vencidos tais aspectos que introduzem o estudo da aplicação e superação dos precedentes, temos como ponto de partida o exame das técnicas a serem empregadas.

7. 1 - ELEMENTOS DO PRECEDENTE JUDICIAL,

7.1.1. *A ratio decidendi*

A *ratio decidendi* constitui o elemento fundamental do precedente, ou seja, as razões de decidir, logo, para verificar e compreender o precedente, não é suficiente ver o que consta do dispositivo, pois é indispensável examinar o conteúdo das razões de decidir.

Extrai-se das lições de Bruno Cavalcanti Angelin Mendes³³, (que invoca Marinoni, o qual trata dos métodos capazes de levar a uma definição de *ratio decidendi* que esteja de pronto assimilável na essência da própria decisão judicial, ainda que de tormentosa significação:

“...sob o manto do princípio da igualdade, se impõe a tarefa de cotejar uma mesma solução a casos análogos, assim entendidos após o molde de fatos semelhantes, cuja análise necessita das razões inseridas em decisão tomada em caso anterior. Nessa perspectiva, o método fático, a partir do qual se extraem as razões para a decisão, seria imperioso para a concepção racional do precedente, ou, ainda, do correto amoldamento do caso em julgamento ao caso dito precedente”.

7.1.2. *O obiter dictum*

³³ Mendes, Bruno Cavalcanti Angelin. Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica. 2ª edição. Curitiba: \juruá, 2016 . pgs. 102/104.

O mesmo autor antes citado trata deste elemento, chamando a atenção para sua tangencialidade em relação à formação da *ratio decidendi*³⁴. Tratando sinteticamente o assunto, diz que para o *common law*, importava constatar qual a parte da decisão configuraria as razões efetivas de decidir, particularidade esta que não se verifica no *civil law*, pois os efeitos da sentença importam às partes, o que quer dizer, sopesando o imperativo de segurança jurídica, o realce recai sobre o dispositivo ao qual se aplica a coisa julgada (p. 105).

Para fazer a distinção necessária entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum*, Tiago Asfor Rocha afirma que “os fundamentos jurídicos de uma decisão compreendem tanto as conhecidas razões de decidir (*ratio decidendi*) como os elementos que servem de reforço argumentativo (*obiter dictum*), mas que não possuem o condão de sustentar o resultado da atividade cognitiva do magistrado. Disso claramente se excluem os fundamentos de fato da decisão, visto que somente as razões de direito podem ser consideradas para fins de fundamentação do *decisum*” (p. 170/171).

7.1.3 A teoria da transcendência dos motivos determinantes

Como lembra Bruno Cavalcanti, quanto a este tópico, é oportuno frisar que o próprio Supremo Tribunal Federal ainda não definiu nem pacificou o entendimento a respeito de aplicar-se a teoria dos motivos determinantes. Ora entende impossível, ora julga possível atribuir efeito vinculante não só à parte dispositiva, mas sobretudo, aos fundamentos, enquanto *ratio decidendi*, na decisão da Corte constitucional nas hipóteses de ação direta de inconstitucionalidade, a fim de que tanto o Poder Judiciário quanto a Administração a observem em casos futuros.³⁵

Conclui o renomado autor que, “enquanto se aguarda uma posição definitiva do STF, a literatura jurídica se debruça sobre o tema, de forma a dar corpo à teoria da transcendência dos motivos da decisão, com base em preceitos de segurança jurídica, celeridade, previsibilidade, isonomia, dentre outros.”³⁶

7.1.4. Distinguishing: a técnica da distinção

³⁴ Mendes, Bruno Cavalcanti Angelin. Obra citada, p 104.

³⁵ Mendes, Bruno Cavalcanti Angelin. Obra citada, p 107/110.

³⁶ Mendes, Bruno Cavalcanti Angelin. Obra citada, p. 110.

A técnica da distinção constitui um dos elementos utilizados no *common law*, já com aplicação em outros sistemas. Para que seja aplicada a *ratio decidendi* de um caso já julgado, imperioso comparar o caso que a originou com o caso sob julgamento³⁷.

Marinoni³⁸, considera indispensável delimitar a *ratio decidendi* para compreender-se o precedente, separando-se dela a *obiter dicta*. Diz o renomado processualista que “O distinguishing revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos. Ao realizar o *distinguishing*, o juiz deve atuar com prudência e a partir de critérios.

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente, Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais.

Como vemos, pela técnica da distinção só é possível deixar de aplicar o precedente quando as questões de fato constantes do processo a ser julgado são incompatíveis com o resultado do precedente. Esta técnica exige das partes envolvidas e do juiz a demonstração das diferenças e peculiaridades que justifiquem a não aplicação do precedente ao caso concreto, mediante demonstração devidamente fundamentada e pontual de todos os aspectos a serem apontados como divergentes.

Estes são os aspectos que, de forma resumida, demonstram as técnicas de aplicação dos precedentes, não sendo demais referir que, muitas vezes, existem técnicas intermediárias da sinalização, da transformação e do *overriding*, que se situam entre o *distinguishing* e o as quais possuem nuances que aqui não são tratadas, pelas limitações próprias deste trabalho.

8. REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES (OVERRULING)

Esta técnica que diz respeito à revogação dos precedentes é por demais discutida, porque, num primeiro plano, juristas e operadores do Direito, nos

³⁷ Lima Júnior, Cláudio Ricardo Silva. Precedentes judiciais no processo civil brasileiro: aproximação entre civil law e common law e aplicabilidade do stare decisis. Rio de Janeiro. Luman Juris, 2015, p. 52.

³⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 4ª ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. Pag. 230.

trabalhos doutrinários e atuação profissional, cuidam de demonstrar sua inadequação frente à realidade social e dogmática jurídica, a exigir a adequação das manifestações jurisdicionais à realidade e à nova concepção do que se considera justo, certo e atual, considerada a sociedade e o Estado de Direito.

Doutrinadores deixam claro, todavia, que a revogação dos precedentes deve estar embasada em razões tais que não mais os justifiquem, a partir de critérios rígidos que desponhem da necessidade de dar nova interpretação jurídica consentânea com o universo dos aspectos contrários à sua manutenção. A evolução do Direito não permite a estagnação da atuação jurisdicional, a pretexto de rigorismo e estabilidade jurisprudencial.

Para Marinoni³⁹, a revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – fundamentalmente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta. (Precedentes Obrigatórios, p.252).

Segundo Pablo Freire Romão e Eduardo Régis Girão de Castro Pinto, que invocam lição de Didier Jr., Braga e Oliveira, a técnica do *overruling* equipara-se à revogação de uma lei, podendo ser expressa ou tácita, dependendo da forma como se processa, ou seja, quando é adotada pelo tribunal nova orientação abandonando a anterior ou quando adota orientação em confronto com posição anterior, mesmo sem explícita modificação⁴⁰.

Não é demais referir que a dinâmica do Direito, o correr da vida, da tecnologia, a evolução da sociedade facilmente podem tornar totalmente ultrapassado entendimento sedimentado, quando se cuida de um País como o nosso, com proliferação de Emendas à Constituição, que fazem leis e normas caírem num vazio jurídico, exigindo constante aprimoramento das manifestações jurisdicionais que possam transformar-se em precedentes obrigatórios, o que exige de nossos Tribunais Superiores concentração de esforços para dar à sociedade uma resposta às aspirações de um povo que outro recurso não possui que não seja o de

³⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. Obra citada, pag. 252

⁴⁰ Romão, Pablo Freire. Precedente judicial no novo Código de Processo Civil: tensão entre a segurança e dinâmica do direito. Curitiba: Juruá, 2015. Pag. 62.

bater às portas do Judiciário, que está constantemente com excessivo número de processos .

9 - EFEITOS DA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Temos, aqui, uma questão de suma importância, voltada que está para os efeitos da revogação dos precedentes obrigatórios.

Sabemos que a segurança jurídica é o bem maior que se pode esperar do Estado de Direito, quando se cuida dos efeitos de uma decisão judicial.

No common law , em regra, a revogação gera efeitos retroativos, ou seja, alcança situações criadas anteriormente à decisão. Segundo Marinoni, “a prática judicial americana tem evidenciado, em tempos recentes, hipóteses em que é necessário não permitir a retroatividade da regra firmada na decisão que revogou o precedente.⁴¹

Aqui cabe um parêntesis para examinar os reflexos de uma retroatividade, que pode atingir valores constitucionais inarredáveis. É por isso que Marinoni, na mesma obra citada, invocando Robert Summers refere que:

“a aplicação retroativa de uma decisão revogadora de precedente pode contrariar relevante confiança no precedente e tratar partes em posições similares de modo muito diferente”⁴²

Marinoni, quando trata da questão dos efeitos temporais da revogação de precedente (O STJ >> p.260) refere que se trata da questão do “prejuízo”, tanto para quem litigou em relações processuais passadas como em relação às situações jurídicas que se consolidaram embasadas no precedente revogado.⁴³

Aqui é indispensável transcrever o que o incomparável processualista refere a respeito:

“Teorizar sobre os efeitos temporais da decisão que revoga precedente, além de exigir uma prévia confrontação dos significados de “declarar o sentido exato da lei” e “definir a interpretação da lei mediante as melhores razões”, também

⁴¹ Marinoni, Luiz Guilherme. Obra citada, pag. 269

⁴² Marinoni, Luiz Guilherme. Obra citada, pag. 262

⁴³ Marinoni, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes : recompreensão do sistema processual da corte suprema – 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pag 260.

requer a consideração da questão dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. É que, como a lei que regula as ações de inconstitucionalidade e constitucionalidade trata especificamente da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (art. 27, Lei 9.868/1999), dando expressamente ao STF poder para limitar os seus efeitos retroativos, não seria surpreendente a alegação de que apenas o STF, no controle direto de constitucionalidade, pode modular os efeitos temporais das suas decisões, sendo isso impossível em sede de recurso extraordinário e também pelo STJ”.

Sinala o renomado mestre que cabe deixar claro que a irretroatividade dos efeitos de uma decisão, ou seja, a atribuição de efeitos prospectivos a uma decisão de procedência, não é exclusividade da ação direta de inconstitucionalidade., pois em nome da segurança jurídica, é possível restringir os seus efeitos ou decidir que a eficácia provenha do trânsito em julgado ou surja a partir de outro momento a ser fixado. Isso porque o art. 27, antes referido, está baseado na teoria da nulidade dos atos inconstitucionais, admitindo efeitos *ex tunc*, ou seja, a limitação dos efeitos retroativos é vista como excepcional

É importante deixar estabelecido que a própria natureza dos “precedentes” bem como sua finalidade específica, funcionam como uma baliza, pois enquanto representam a interpretação melhor e convergente do “direito”, obrigando magistrados e cidadãos, gera efeitos jurídicos, que devem ser respeitados, sob pena de constituírem uma afronta à estabilidade, à igualdade de todos perante o direito e à previsibilidade.

Se o Poder Judiciário, tanto o STF como o STJ possuem o poder-dever de expressar a melhor interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional, é evidente que estão tais órgãos autorizados a modular os efeitos temporais quando ocorre a revogação de seus precedentes vinculantes, independentemente de haver ou não previsão legal para tanto, pois isso decorre logicamente dos direitos e garantias constitucionais que alcançam cidadãos e o próprio Judiciário.

Seguindo o estudo de tal aspecto, e sem deixar de adotar os ensinamentos de Marinoni, o que serve como critério para o poder de limitar ou modular os efeitos temporais dos precedentes é justamente a “confiança justificada” para evitar a “surpresa injusta”, sendo certo que esta não se configura quando se cuida de um precedente “desgastado” e que não possui mais autoridade em razão de posição

doutrinária fortemente contrária ou até de “distinções inconsistentes realizadas pela própria Corte”.⁴⁴

Isso demonstra, claramente, a importância do debate, do estudo e da atuação de doutrinadores, advogados, magistrados no sentido de enfrentarem todos os aspectos que não sejam pacíficos em um precedente, a fim de possibilidade sua releitura, dentro do contexto atual da economia do País, das condições sociais decorrentes e de todos os reflexos jurídicos incompatíveis com a Ordem Jurídica no todo, pois como já foi dito anteriormente, o Direito é dinâmico e esta dinâmica está diretamente atrelada às condições sócio-econômicas e maturidade jurídica de um País.

Cabe referir, outrossim, as técnicas a serem observadas para a regulação dos efeitos temporais para limitar a retroatividade dos efeitos ou fixar o momento em que o novo precedente deve ser seguido.

Também aqui é absolutamente indispensável reproduzir os ensinamentos de Marinoni, ou seja, se o precedente possui credibilidade no momento de sua revogação, é possível outorgar efeitos unicamente prospectivos à decisão revogadora, resguardando as situações passadas que se perfectibilizaram. É possível também excluir apenas os processos em curso dos efeitos retroativos, mas não haveria racionalidade em regular o próprio caso que deu oportunidade de à revogação com base no novo precedente, o que autoriza a exclusão do caso sob julgamento do novo precedente.

Outrossim, é possível sobrestar a produção dos efeitos do novo precedente até determinada data ou evento, como sinalização e não como efeito retrospectivo, a fim de que possa haver uma espécie de preparação e resguardo diante da alteração de entendimento, evitando problemas que possam daí decorrer no trato das situações e fatos da vida dos jurisdicionados, bem como para preparar a magistratura, viabilizando a estratégia de julgamento.

⁴⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes : recompreensão do sistema processual da corte suprema – 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pag 267.

Como vemos, é de todo necessário resguardar-se os litigantes, garantindo o princípio da segurança jurídica, para que o Poder Judiciário não caia em descrédito, destruindo a confiança que o cidadão nele deposita.

Conclui Marinoni que a doutrina entende que a revogação deve ter efeitos retroativos, sendo viável efeitos prospectivos somente quando há confiança justificada no precedente.

No que pertine à coisa julgada material e revogação de precedente, é evidente que a declaração de inconstitucionalidade posterior ao trânsito em julgado de uma decisão judicial em sentido contrário não a pode atingir, sob pena de haver afronta ao princípio constitucional que a resguarda expressamente.

Tanto assim é que, a pretexto da discussão travada sobre o art. 525, § 14, do Código de Processo Civil de 2015, o Supremo Tribunal Federal já definiu que decisão sua não pode desfazer a coisa julgada material, ou seja, negou cabimento de ação rescisória quando embasada em julgamento de inconstitucionalidade posterior ao trânsito em julgado (STF, RE 590.809, }Rel. Min. Marco Aurélio, j.22.10.2014), como invocado por Marinoni em sua obra já referida.⁴⁵(. 281).

Assim sendo, não cabe impedir a execução de título executivo judicial baseado em decisão que transitou em julgado antes que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a inconstitucionalidade de lei que gerou o direito que originou o débito.

Não é demais referir, outrossim, que a mesma posição vale para o ajuizamento de ações rescisórias com fundamento em declaração de inconstitucionalidade posterior à data em que transitou em julgado a decisão de mérito.

CONCLUSÃO

A natureza do presente trabalho, como deixa transparecer de forma irrefutável, não permite o aprofundamento e a extensão que o tema merece e comporta, pela amplitude e considerações merecidas, a partir de um estudo sistemático e profundo, pois constitui assunto de grande relevo e significado, frente

⁴⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes : recompreensão do sistema processual da corte suprema – 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pag 281.

às alterações do atual Código de Processo Civil. Todas aquelas contidas na Lei Adjetiva não caberiam numa análise acadêmica que se propõe a dar uma visão ampla e geral do fenômeno “precedentes obrigatórios”.

O tema relativo aos precedentes obrigatórios, desde os primeiros passos no direito brasileiro e a forma como foram sendo introduzidos na legislação pátria é de suma importância para os que buscam o aprimoramento e a celeridade dos julgamentos, considerado o número excessivo de processos que tramitam nos tribunais pátrios.

Nesta última parte do trabalho, houve o enfoque em questões relacionadas à aplicação dos precedentes, ao que se somou os elementos dos precedentes judiciais, a fim de que sejam eles perfeitamente conhecidos para uma análise procedimental que os leva à interpretação de tudo o que deve ser conhecido em seu contexto.

A ênfase que foi dada à revogação dos precedentes judiciais e os efeitos da revogação é evidentemente um estudo sem a pretensão de abarcar a gama interminável de situações a serem conhecidas e enfrentadas, mas essa tarefa já está sendo muito debatida e cuidadosamente esmiuçada pelo Judiciário, Doutrina e Advogados, juristas que se debruçam sobre casos concretos para dar os contornos indispensáveis à preservação da segurança jurídica e da igualdade de todos perante a lei e sua melhor interpretação pretoriana.

Como o Direito caminha como caminha o contexto sócio-econômico de um País, é evidente que a utilização mecânica e repetitiva de julgamentos, que venham a vacilar entre interpretações do direito ocasionadas pelas motivações políticas oriundas da formação e composição dos Tribunais, bem como pela renovação de seus membros por imposição de fatores diversos, exige a conduta sempre atenta e combativa para que não se comprometa a efetividade da doutrina dos precedentes, a qual merece ser discutida em sua plenitude jurídica, sempre que necessário for para resguardar os valores constitucionais que regem o ordenamento jurídico-jurisprudencial.

Que os precedentes judiciais de observância obrigatória possam, realmente, alcançar a sociedade como um todo, consideradas as individualidades dos seres humanos e as relação cada vez mais conflitantes em decorrência da convivência difícil entre eles entre si e entre eles e o Poder Público, considerada a crise em que todo o sistema político e a conformação social vêm enfrentando, trazendo com isso

ao Poder Judiciário a difícil tarefa de resguardar a Constituição da República Federativa do Brasil e a aplicação das leis infraconstitucionais de forma a não afrontá-la em seus princípios e garantias, a bem de resguardar o Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

CARNEIRO JUNIOR, Amilcar Araújo. A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais: vol.3, 2012.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil. São Paulo. Ed. Saraiva. 2013.

MADEIRA, Daniela Pereira, A Força da Jurisprudência. O Novo Processo Civil Brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 539.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Ética dos Precedentes Justificativa do novo CPC. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes : recompreensão do sistema processual da corte suprema – 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014

Mendes, Bruno Cavalcanti Angelin. Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2016

RIBEIRO, Cristiana Hamdar. A lei dos Recursos Repetitivos e os Princípios do Direito Processual Civil Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Processual, Vol.5

ROMÃO, Pablo Freire. Precedente judicial no novo Código de Processo Civil: tensão entre a segurança e dinâmica do direito. Curitiba: Juruá, 2015

SANTO, Geruza Ribeiro do Espirito, A Vinculação dos precedentes Judiciais no Direito Brasileiro e a Autonomia Judicial. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-vinculacao-dos-precedentes-judiciais-no-direito-brasileiro-e-a-autonomia-judicial,50123.html>

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, In: Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 129, jun.2009