



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

CLARISSA DA SILVA CARRILHO ROSA

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS COMO
MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE E DA
SEGURANÇA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

**Salvador
2017**



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS COMO
MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE E DA
SEGURANÇA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Especialista em
Direito Processual Civil, no Curso de
Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade
Baiana de Direito.

**Salvador
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

Rosa, Clarissa da Silva Carrilho.

O Sistema de Precedentes Judiciais como mecanismo de efetivação da igualdade e da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Salvador, 2017.

78 pgs.

Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade Baiana de Direito. Curso de Especialização em Direito Processual Civil.

1. Direito Processual 2. Precedentes judiciais 3. Ordem Jurídica Brasileira 4. Igualdade 5. Segurança Jurídica 6. Aplicação.

*Dedico este trabalho a minha filha
Maria Clara, que deu um sentido
especial a minha existência e me tem
proporcionado grandes momentos de
alegria.*

AGRADECIMENTOS

A meus pais, por continuarem sonhando junto comigo e, sobretudo, acreditando e investindo em meus sonhos.

A meu esposo Tiago, por seu amor, incentivo e apoio incondicional, tornando menos árdua minha caminhada.

A meus irmãos de alma e coração, Carol e Marcos.

Às sobrinhas mais carinhosas que eu poderia ter, Liliane e Sofia Maria.

“Desistir...eu já pensei seriamente nisso, mas nunca me levei realmente a sério; é que tem mais chão nos meus olhos do que cansaço nas minhas pernas, mais esperança nos meus passos, do que tristeza nos meus ombros, mais estrada no meu coração do que medo na minha cabeça”.

Cora Coralina

RESUMO

O crescente número de processos com questões fáticas semelhantes que recebem tratamento distinto pelos órgãos do Poder Judiciário releva a importância desta pesquisa para a sociedade brasileira. Inicia-se o presente trabalho com a apresentação dos sistemas jurídicos *Common Law* e *Civil Law*, traçando suas principais características e diferenças. Analisam-se as origens históricas da *teoria dos precedentes judiciais*, bem como sua formação, aplicação (*distinguishing*) e superação (*overruling*). Examina-se a distinção entre a eficácia da norma jurídica geral daquela atribuída aos precedentes judiciais – sendo estes de eficácia obrigatória e persuasiva. Observam-se os reflexos da uniformização jurisprudencial no País, funcionando a *teoria dos precedentes judiciais* como mecanismo de garantia dos princípios constitucionais da Igualdade e da Segurança Jurídica. Em seguida, estudam-se o Incidente de Assunção de Competência – IAC e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR. Por fim, busca-se demonstrar as condições de possibilidade de efetividade do instituto do precedente judicial, nos moldes como incorporado ao ordenamento jurídico pátrio pelo Novo Código de Processo Civil – NCPC, que atribuiu a determinados precedentes judiciais eficácia vinculante.

Palavras-chave: *Direito Processual Civil; precedentes judiciais; sistemas jurídicos; ordem jurídica brasileira; igualdade; segurança jurídica; Direito Comparado.*

ABSTRACT

The increasing number of processes with similar factual issues receiving dissimilar treatment by the Judiciary stresses the importance of this research to Brazilian society. This study begins presenting legal systems *Common Law* and *Civil Law*, tracing its main features and differences. It examines the judicial precedents theory historical origins, as well as its development, application and overruling. It analyses the difference between the effectiveness of general law and judicial precedents – which are actually mandatory and persuasive. It is up to this study observe the reflections of the jurisprudence uniformity in the country, running the judicial precedent theory as a mechanism for guaranteeing the constitutional principles of equality and legal certainty. Then, it analyses the Incident of Assumption of Competence - IAC and the Incident of Repetitive Demands Resolution - IRDR. Finally, it aimed demonstrate the conditions of possibility for effectiveness of the institute of judicial precedent, as incorporated into the Brazilian legal system by the new Civil Procedure Code, which attributed to certain judicial precedents effectiveness binding.

Keywords: *Procedural law; judicial precedents; judicial systems; Brazilian Law; equality; legal security; Comparative Law.*

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Litigiosidade no Brasil: número de casos novos.
Tabela 2	Julgados do TJBA sobre indenização por dano moral <i>in re ipsa</i>

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Assuntos mais recorrentes: os 10 assuntos mais recorrentes da Justiça Estadual.
-----------	---

SIGLAS E ABREVIATURAS

CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
IAC	Incidente de Assunção de Competência
INC	Inciso
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
NCPC	Novo Código de Processo Civil
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJBA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. BREVE HISTÓRICO E FORMAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS	17
1.1 A tradição <i>Civil Law</i>	18
1.2 A tradição <i>Common Law</i>	21
1.3 A Teoria do <i>stare decisis</i> e sua aplicação no Brasil	24
2. PRECEDENTES JUDICIAIS: DEFINIÇÃO, FUNÇÃO, MODALIDADES, FORMAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO	27
2.1 Distinções conceituais: precedente judicial, decisão judicial, jurisprudência, súmula vinculante e súmula.	27
2.2 Definição	29
2.3 Modalidades	30
2.4 Formação, Aplicação e Superação de precedentes judiciais	32
2.4.1 <i>Ratio decidendi</i> e <i>Obter dictum</i>	33
2.4.2 Aplicação e Superação do precedente judicial: <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i> .	37
3. PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE IGUALDADE E SEGURANÇA JURÍDICA	44
3.1 Princípio da Igualdade	45
3.2 Princípio da Segurança Jurídica	46
4. A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	51
4.1 Fundamentação dos Atos judiciais	51
4.2 Precedentes e a uniformização de jurisprudência	52
4.3 Precedentes e a Reclamação	55
4.4 Precedentes e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	58
4.5 Precedentes e o Incidente de Assunção de Competência	63
CONCLUSÕES	67
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira é marcada, na atualidade, pela diversidade de relações jurídicas engendradas e pelo crescente número de litígios. No Brasil, impera a “cultura do litígio”, sendo a jurisdição o modelo tradicional de solução de controvérsias no País¹. Com isso, há uma propensão natural de aumento no número de novas demandas a cada ano. A partir do momento em que se facilita o acesso à justiça e que os meios de comunicação de massa propagam os direitos dos cidadãos, tende-se a ampliar significativamente a quantidade de ações junto ao Poder Judiciário.

Não obstante, dados apresentados pelo CNJ apontam uma diminuição de 5,5% em relação a esse número no ano de 2015. Conforme o último *Relatório Justiça em Números*, foram registrados 27.280.287 casos novos (Tabela 1) – número ainda deveras expressivo². De acordo com o referido Relatório, estima-se que mais de 102 milhões de processos encontram-se em tramitação no Brasil.

Tabela 1 – Litigiosidade no Brasil: número de casos novos.

	Litigiosidade									
	Justiça Estadual	Justiça do Trabalho	Justiça Federal	Justiça Eleitoral	Justiça Militar Estadual	Auditorias Militares da União	Tribunais Superiores	Total		
Movimentação processual										
Casos novos	18.911.657	4.058.477	3.662.876	103.087	4.219	1.658	538.313	27.280.287		
Criminal	2.784.383	0	119.545	3.074	2.656	1.658	66.679	2.977.995		
Não-criminal	16.127.274	4.058.477	3.543.331	100.013	1.563	-	471.634	24.302.292		
Julgados	19.231.321	4.202.528	3.082.780	95.320	4.306	1.181	621.427	27.238.863		
Criminal	2.747.179	0	65.950	4.579	2.186	1.181	78.000	2.899.075		
Não-criminal	16.484.142	4.202.528	3.016.830	90.741	2.120	-	543.427	24.339.788		
Baixados	19.915.974	4.260.828	3.597.798	116.286	4.291	1.242	582.639	28.479.058		
Criminal	2.941.186	0	115.764	5.442	2.284	1.242	72.988	3.138.906		
Não-criminal	16.974.788	4.260.828	3.482.034	110.844	2.007	-	509.651	25.340.152		
Casos pendentes	59.030.179	5.049.890	9.073.741	80.617	3.093	1.994	696.795	73.936.309		
Criminal	7.054.848	0	187.725	9.191	2.210	1.994	73.730	7.329.698		
Não-criminal	51.975.331	5.049.890	8.886.016	71.426	883	-	623.065	66.606.611		

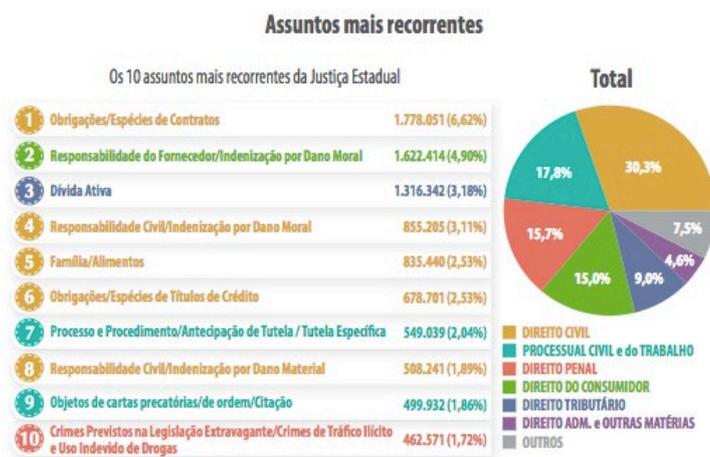
Além do crescente número de novos processos distribuídos, que se soma ao elevado número dos que estão em tramitação, verifica-se a multiplicação de litígios sobre a mesma questão fática, como também destaca o mencionado Relatório do CNJ.

À guisa de exemplo, o tema *Responsabilidade Civil / Indenização por Dano moral* é o quarto mais recorrente na Justiça Estadual (Gráfico 1).

¹ TOALDO, Adriane Medianeira. *A cultura do litígio x a cultura da mediação*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10859&revista_caderno=21> . Acesso em 23 de julho de 2017

² Relatório Justiça em Números - Infográficos, edição 2016, ano-base 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/4c12ea9e44c05e1f766230c0115d3e14.pdf>>. Acesso em 23 de julho de 2017.

Gráfico 1



³, ao passo que, no TJBA, há julgado daquele mesmo ano de 2008, concernente a mesma questão fática, em que se condena a ré ao pagamento de R\$14.000,00 (quatorze mil reais)⁴.

Ora, a situação é ainda mais preocupante quando a divergência ocorre dentro de um mesmo tribunal. Examinando acórdãos do TJBA em recursos de Apelação Cível ainda sobre o mesmo tema da indenização por dano moral *in re ipsa*, em razão da inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito, verifica-se que, em 2016,

³ Apelação Cível Nº 70021537188, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 20/02/2008.

⁴ Apelação Cível Nº 60056-5/2006, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça da BA, Relatora: Rosita Falcão de Almeida Maia, Julgado em 28/11/2008.

foram 181 julgados. Da tabela abaixo, infere-se o tratamento dissonante em relação à fixação do *quantum* indenizatório⁵.

Tabela 2 – Julgados do TJBA sobre indenização por dano moral *in re ipsa*

<i>Valor da Indenização</i>	<i>Número de Acórdãos</i>
Até R\$ 5.000,00	37 (20,4%)
De R\$5.001,00 a R\$10.000,00	95 (52,5%)
De R\$10.001,00 a R\$20.000,00	41 (22,7%)
De R\$20.001,00 a R\$29.999,99	3 (1,6%)
Acima de R\$30.000,00	5 (2,8%)

O provimento ou não de uma ação, por vezes, é determinado por valores pessoais do magistrado, podendo, inclusive, ser desarmônico com o órgão hierarquicamente superior. Situação igualmente recorrente é a divergência no seio dos próprios Tribunais Superiores, cujo sentido e a razão de ser é dar a última palavra sobre o sentido da lei e da CRFB⁶.

Em razão da necessidade de fortalecer o ordenamento jurídico brasileiro, garantindo ao jurisdicionado isonomia no tratamento e segurança jurídica, foram introduzidos na legislação nacional mecanismos que a aproximam do sistema *Common Law*, embora seja o Brasil tradicionalmente adepto da *Civil Law*. Esses mecanismos serão examinados no presente trabalho, notadamente os precedentes judiciais obrigatórios – sua formação, aplicação e superação à luz do NCPC.

O objetivo geral deste trabalho é, assim, analisar as condições de possibilidade dos precedentes judiciais efetivamente funcionarem como instrumento de garantia da segurança jurídica e da igualdade no ordenamento jurídico pátrio.

O capítulo 1, conceitual e descritivo, apresenta a história dos sistemas *Civil Law* e *Common Law* – os dois principais modelos de sistemas jurídicos existentes. Ademais, demonstram-se as diferenças e semelhanças entre esses dois sistemas, para, ao final do capítulo, verificar a possibilidade de se aplicar a teoria do *stare decisis* em um país adepto do sistema *Civil Law*, especialmente ao Direito brasileiro.

⁵ Foram coletados dados no sítio eletrônico do TJBA <www.tjba.jus.br>. Acesso em 15 de agosto de 2017.

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Temas essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

No capítulo 2, apresentar-se-ão conceitos imprescindíveis à compreensão da teoria dos precedentes judiciais. Em seguida, serão examinados os elementos constituintes da *ratio decidendi* e *obiter dictum*, além das técnicas de superação dos precedentes, quais sejam, *distinguishing*, *overruling* e *overriding*.

O capítulo 3 descreve os princípios da igualdade e da segurança jurídica, assim como o bem jurídico por eles tutelado. Ademais, discute-se como os precedentes judiciais podem efetivamente concretizar os referidos princípios, com enfoque nos estados de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.

Embora o Brasil seja um país cujo sistema jurídico se baseia precipuamente na lei codificada, não se pode negar ao negar ao jurisdicionado o direito de previsibilidade, isto é, de antever as consequências de suas condutas no curso de um processo judicial. A segurança jurídica, consagrada na CRFB, é respeitada quando decisões judiciais proferidas em um caso semelhante são reiteradas nos casos subsequentes.

Por fim, o capítulo 4 do trabalho pretende investigar a força normativa dos precedentes judiciais à luz do NCPC. Serão estudados a Reclamação Constitucional, o IRDR e o IAC, como instrumentos de controle da teoria dos precedentes.

A relevância do tema *precedentes* no Brasil é relativamente recente. A preocupação com as decisões conflitantes do Poder Judiciário extrapola a academia e atinge não apenas os operadores do direito, mas a sociedade como um todo.

Ao fenômeno de decisões conflitantes, excessivamente frequente, somam-se as mudanças bruscas na jurisprudências dos Tribunais. Além disso, muitas dessas decisões conflitantes envolvem controvérsias relativas a *questões de massa* – o que traduz incomensurável ofensa ao princípio da isonomia.

Com a recente entrada em vigor do NCPC, 16 em março de 2016, faz-se imperioso aprofundar o estudo sobre a *teoria dos precedentes judiciais*, vez que se trata de uma das inovações trazidas pelo novo diploma legislativo.

Premissa e questões orientadoras

Para percorrer a fonte de pesquisa e proceder à investigação, o estudo empreendido baseou-se na seguinte hipótese:

Há plena condição de aplicabilidade da *teoria dos precedentes judiciais obrigatórios* no ordenamento jurídico brasileiro se o CNJ e os Tribunais Superiores promoverem efetivo controle das decisões judiciais de primeiro e segundo graus.

A esta hipótese, oferecem-se as seguintes premissas:

1. Embora no Brasil vigore o sistema *civil law*, a teoria do *stare decisis*, característica do *common law*, é plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.
2. A morosidade da Justiça brasileira é empecilho para que o STJ e o STF controlem a fiel execução dos precedentes judiciais em primeiro e segundo graus.
3. Com o famoso “jeitinho brasileiro”, magistrados poderão desrespeitar os precedentes, aplicando erroneamente a técnica do *distinguishing*, ou seja, aduzindo que há distinção entre o caso concreto (em julgamento) e paradigma (precedente).

Metodologia

Para alcançar o fim a que se destina, esta pesquisa utilizará como técnica a pesquisa documental, com a análise de livros, artigos e periódicos, além do exame da legislação pertinente sobre o tema.

1. BREVE HISTÓRICO E FORMAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS

Para se conhecer um instituto jurídico, é necessário compreender o contexto histórico em que ele foi criado e a função que desempenha na sociedade que integra. Somente a análise aprofundada da origem de determinado instituto permite conhecer as razões de sua integração ao ordenamento jurídico de um povo.

No primeiro capítulo deste trabalho, objetiva-se demonstrar como se deu o surgimento dos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, suas influências e características mais marcantes. São explanadas, ainda, diferenças e semelhanças necessárias ao entendimento do objeto central do presente trabalho, qual seja, o precedente judicial na tradição jurídica ocidental da *civil law*.

As tradições da *civil law* e da *common law* são consideradas os mais importantes complexos de experiência jurídica preponderantes no planeta. Elas mantêm suas respectivas identidades no que se refere ao modo de conceber, praticar e ensinar o Direito. Partindo de tal premissa, evidencia-se a relevância do estudo de tais sistemas para identificar suas particularidades e o tratamento dispensado ao precedente judicial por cada um deles, uma vez que, embora existam outros modelos – como o muçulmano, o indiano e o africano –, *civil law* e *common law* ainda são os mais relevantes para o Ocidente⁷.

O conceito de *civil law* formou-se a partir da influência exercida pelo Direito Romano sobre os países da Europa Continental, ensejando a elaboração de constituições, códigos e legislações esparsas. Nos países de matriz anglo-saxônica, *civil law* refere-se ao sistema legal cuja origem remonta à Roma Antiga, sendo, por isso, também denominado sistema romano-germânico⁸. A expressão *common law*, por

⁷ CROCKETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. **Formação Histórica, Aspectos do desenvolvimento, perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law***. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/revista-eletronica/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/124-formacao-historica-aspectos-do-desenvolvimento-e-perspectivas-de-convergencia-das-tradicoes-de-common-law-e-de-civil-law>> Acesso em 23 de julho de 2017.

⁸ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007, p. 270.

sua vez, denotava o direito comum de toda a Inglaterra, pois advinha dos Tribunais de Westminster, cujas decisões vinculavam integralmente o Estado inglês⁹.

Observa-se, portanto, o marco de aproximação entre estas duas grandes famílias do Direito, que se formaram ao longo da Idade Média. Ambas têm origem romano-canônica, seja na Europa continental de tradição romanística, seja na Inglaterra, onde fora indiretamente influenciada pelo Direito Romano.

1.1 A tradição *Civil Law*

A origem histórica da tradição *Civil Law* remonta ao século XII, quando da redescoberta do *Corpus Iuris Civilis* – obra jurídica que vigorou no Império Romano do Oriente até 1453. No Ocidente, porém, a mencionada obra permaneceu desconhecida durante quase toda a Idade Média, escondida em bibliotecas empoeiradas de alguns mosteiros. O Ocidente veio a redescobrir o *Corpus Iuris Civilis* perto do ano de 1100¹⁰.

As compilações presentes nessa obra, então, passaram a ser estudadas nas então recém-inauguradas universidades europeia. A Europa Ocidental vivenciava o movimento renascentista, em que as cidades e o comércio ganhavam nova organização. Reforçou-se o ideal de que somente o direito poderia garantir a ordem e a segurança necessárias ao progresso. A partir do pensamento renascentista, a influência dos estudos que se empreendiam nas universidades chegou aos tribunais europeus¹¹.

Desde o século XII, então, criou-se uma técnica própria de raciocínio jurídico para a formação das soluções jurídicas, tornando o Direito fruto de um intenso trabalho intelectual. Entretanto, os acontecimentos na França, no século XIX, relacionados com os abusos excessivos da Nobreza e do Clero, desencadearam a Revolução Francesa – marco histórico da consolidação desse novo modelo jurídico. Após a Revolução, com a queda da monarquia absolutista e ascensão da burguesia ao poder, surgiu um novo direito, devido à necessidade de se controlar a atuação judicial, limitando o trabalho dos

⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

¹⁰ ROBERTO, Giordano Bruno S. **Introdução à História do Direito Privado**. Ed. Del Rey, 2003.

¹¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978, p. 55.

magistrados apenas à aplicação literal do texto legal. De acordo com a célebre citação do barão de La Brède e de Montesquieu: *le juge est-il la bouche de la loi*''¹².

Para os revolucionários franceses, a lei seria imprescindível para a concretização dos ideais de liberdade e igualdade, por isso entendeu-se que a segurança jurídica seria indispensável às decisões judiciais. Se aos magistrados fosse permitido produzir decisões em desarmonia com a lei, os propósitos da Revolução Francesa não seriam, então, alcançados. A certeza do direito estaria, pois, na impossibilidade de o julgador interpretar a lei¹³. A lei passou a representar a vontade do povo, impossibilitando qualquer forma de interpretação pessoal por parte do julgador, que deveria ater-se tão-somente a aplicar o disposto no texto legal¹⁴.

Com a lei ocupando papel central no direito a ser aplicado, inúmeras alterações aconteceram no âmbito do Poder Judiciário, pois os cargos de magistrados eram, até então, comprados ou herdados. No período pré-revolucionário, os juízes aplicavam as leis da forma que melhor lhes convinha, interpretando a norma a partir de seus interesses pessoais. Justamente por isso houve a construção de um novo sistema, criado com a finalidade de acabar com os privilégios e com a manipulação do direito. Assim, após a Revolução Francesa, ganhou forças a teoria da separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, cujo objetivo era evitar a concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa¹⁵.

Em síntese, a tradição da *civil law* registra suas origens no Direito Romano, sendo posteriormente consagrado pela Revolução Francesa, que criou um novo modelo de direito, negando as instituições anteriormente vigentes e objetivando uma rigorosa cisão dos poderes estatais. Aliou-se a isto a proibição de o magistrado interpretar a lei, como condição *sine qua non* para a concretização da liberdade, igualdade e certeza jurídica.

A expansão do direito romano-germânico foi acompanhada por um processo de codificação, na Europa e fora dela, colaborando para a coesão do

¹² Tradução livre: o juiz é a boca da lei.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do *Civil Law* e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da Lei e de Precedentes: *civil lawe common law***. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit, p. 55.

sistema *civil law*. Não se pode, porém, olvidar das consequências desastrosas que esta expansão causou. Os magistrados concentraram-se na letra fria dos códigos nacionais, abandonando a visão global do Direito de outrora¹⁶.

Todo direito, inclusive o direito civil, foi resumido em milhares de artigos organicamente sistematizados e contidos em alguns livros chamados “códigos”. Foi obra grandiosa e por tantos lados admirável; contudo, foi também um supremo ato de presunção e, ao mesmo tempo, a colocação em funcionamento de um aperfeiçoado controle do poder político¹⁷.

O processo de codificação não é, em si, a principal diferenciação entre *civil law* e *common law*. O *common law*, como analisar-se-á em seguida, também conta com intensa produção legislativa. A distinção entre os dois sistemas consiste na relevância que se dá para códigos e leis em cada um deles. Não é o fato de ter ou não ter códigos ou legislações esparsas que define o modelo jurídico adotado por determinado país. A distinção é feita a partir da concepção axiológica de código que cada um possui. À título de exemplo, na *common law* os códigos não pretendem coibir a interpretação da lei, razão pela qual, havendo conflito entre uma lei codificada e um precedente, caberá ao juiz interpretar qual dos dois deve ser aplicado¹⁸.

O sistema jurídico brasileiro, bem como os países de origem romano-germânica, sempre foi filiado à Escola da *Civil law*, considerando a lei como fonte primária do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, instrumento apto a solucionar as controvérsias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário¹⁹. O caráter legicêntrico do ordenamento jurídico brasileiro foi positivado no artigo 5º, inciso II, da CRFB, que assim dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em que pese a lei ainda ser considerada como fonte primária do Direito, é inconcebível, na atualidade, um Estado exclusivamente legalista, seja porque a sociedade passa por constantes modificações que não são acompanhadas pelo legislador, seja porque este nunca será capaz de prever todas as situações concretas que serão submetidas à apreciação judicial no

¹⁶ DAVID, René. Op. cit., p. 65.

¹⁷ GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre o direito. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 51-52.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, 2009. Op. cit., 46-47.

¹⁹ NUNES, Elpídio Donizetti. A força dos precedentes no novo código de processo civil. Belo Horizonte, 2015.

futuro. Não se pode admitir, portanto, um ordenamento dissociado de qualquer interpretação jurisdicional. Igualmente não se pode negar a segurança jurídica prestada pelo positivismo jurídico.

O sistema jurídico brasileiro nem de longe é legalista²⁰. Sua particularidade consiste na possibilidade de qualquer juiz singular ou tribunal realizar o controle de constitucionalidade das leis, podendo, portanto, negar-lhe a aplicação caso a considere inconstitucional. Para funcionar como parâmetro de apreciação do Direito, a lei deve estar, logo, em consonância com o arcabouço principiológico previsto na CRFB. Por outro lado, em havendo precedente judicial com força obrigatória, o juiz deve abstrair-se de aplicar a lei na qual eventualmente tenha o precedente se embasado, aplicando-se tão somente o julgamento do tribunal.

1.2 A tradição *Common Law*

As diretrizes fundamentais da tradição da *common law* são de vital importância para se compreender a teoria dos precedentes judiciais, razão pela qual pretende-se analisar detidamente sua origem e desenvolvimento.

Common Law é o sistema jurídico que se desenvolveu em certos países de cultura anglo-saxônica, a partir do direito consuetudinário e da jurisprudência dos tribunais. Nesse ponto, importante trazer a ressalva feita por José Rogério Cruz e Tucci de que o sistema da *common law* engloba os organismos judiciários da Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia que; embora possuam peculiaridades em razão de vicissitudes históricas, todas elas são baseadas no direito casuístico ou *case law*²¹.

Trata-se de um conjunto normas consuetudinárias que regiam as relações sociais na Inglaterra e vieram a ser reconhecidas e aplicadas pelos Tribunais Reais de Justiça ou Tribunais de Westminster. Também chamado direito comum ou sistema anglo-saxão, diferencia-se da vertente romano-germânico, pois baseia-se em regras não escritas, criadas por meio das

²⁰ NUNES, Elpídio Donizetti. Op. cit., pg. 4.

²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte de direito. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 215.

decisões proferidas magistrados britânicos – e não mediante um processo legislativo propriamente dito.

Esse sistema teve sua formação entre os anos de 1066 e 1485, com a conquista da Normandia em 1066, levando para a Inglaterra um “poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia”. Surgiu, assim, para fazer oposição aos costumes locais decorrentes do feudalismo²². Seu aperfeiçoamento ocorreu de forma gradual e ininterrupta, de acordo com a evolução do cotidiano da sociedade inglesa.

A principal característica da *common law* é, então, a utilização de casos concretos como fonte de direito²³. Os casos surgiam e eram decididos, formando-se, assim, os precedentes. À medida que novos casos iguais ou semelhantes ocorriam, o precedente anteriormente firmado era aplicado ao novo caso. Quando as partes divergiam em relação ao direito aplicável, o tribunal no qual a ação está em andamento busca uma solução nos precedentes dos demais tribunais competentes.²⁴ Todavia, caso se mostrasse inequívoca a dessemelhança entre o caso em julgamento e o precedente, o tribunal deveria reconhecê-lo como um caso inteiramente novo.

Como já afirmado, a diferença entre os dois sistemas jurídicos ora sob análise consiste na maior mobilidade interpretativa da tradição da *common law*, sendo as regras adaptadas aos fatos expostos e às razões alcançadas pelos operadores do Direito.

Na obra dos primeiros comentaristas da *common law* já havia nítida preocupação com a questão dos julgamentos contraditórios, surgindo estudos sobre a importância de seguir-se, na decisão de casos similares, o mesmo entendimento dos julgados anteriores²⁵.

Verifica-se que, desde sua formação, a *common law* mostrou natural vocação para ser um sistema de *case law*, pois, embora ainda não houvesse um efeito vinculante ao precedente, os operadores do direito inglês já ressaltavam

²² DAVID, René. Op. cit, p. 358.

²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 54, out, 2009

²⁴ CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em jun 2017

²⁵ TUCCI, Ob. Cit., 2004, p. 154.

a relevância dos julgados e a importância de que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito²⁶. Logo, desde o seu início, o sistema da *common law* foi orientado pelo brocardo *stare decisis et non quieta movere* – como analisar-se-á no tópico a seguir.

Durante o processo de consolidação dos preceitos da *common law*, cumpre destacar, ainda, que houve outro tipo de jurisdição que concorria com o Tribunais Reais de Justiça. Em razão do excesso de formalismos adotados pelo sistema inglês, era comum que certos casos restassem sem solução. A rigidez demasiada obstruía o acesso da população à Justiça.

Desta forma, já no século XIV, intensificou-se a procura pelo Rei para que ele pessoalmente resolvesse as lides não solucionadas pelos Tribunais. Particulares que tiveram tolhido o acesso à justiça ou, ainda, aqueles que demonstravam-se insatisfeitos com a decisão proferida pelo Tribunal, recorriam diretamente ao Rei a fim de obter respostas para seus problemas²⁷.

Os recursos dirigidos ao Rei eram analisados, inicialmente, pelo Chanceler, que verificava a possibilidade de provimento. Com o passar do tempo, criou-se um sistema com regras próprias, que, quando aplicadas, contrapunham-se à *common law*. Além disso, o Chanceler foi aos poucos tornando-se um juiz autônomo, que agia em nome do Rei²⁸.

Assim, a *equity law* instituiu doutrinas equitativas em decisões jurídicas cada vez mais sistemáticas, fundadas na *teoria de equidade do caso particular*, que se aproxima à lógica do direito romano. A referida doutrina consistia em extrair a regra do caso concreto para aplica-la aos casos análogos seguintes. Tal jurisdição tornou-se popular, chegando perto de ser o modelo jurídico oficial e de ocupar o lugar da *common law*²⁹.

Entretanto, a *equity law* não passou de uma ameaça em relação ao *common law*, sobretudo por conta da forte resistência por parte dos juristas, que tinham o parlamento como aliado dos tribunais. Outrossim, a morosidade e desorganização da jurisdição do Chanceler foram fatores importantes,

²⁶ TUCCI, Ob. Cit. 2004, p. 155.

²⁷ DAVID, René. O direito inglês. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 371.

²⁸ DAVID, René. Ob. Cit., 2000, p. 371.

²⁹ CRETELLA JUNIOR, José. Direito Romano Moderno. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 2.

contribuindo para que a *equity law* não se consolidasse como principal modelo jurídico³⁰.

Como não houve revolução no direito inglês capaz de conduzi-lo a utilização de outro paradigma, firmou-se um compromisso de coexistência entre *common law* e *equity law*, que perdurou até 1873 e 1875 – quando surgiram os *Judicature Acts*, que suprimiram as Cortes do Chanceler e unificando os dois sistemas de direitos, sob a competência das cortes comuns³¹.

Por fim, vale salientar que a *equity law* influenciou a *common law*, atribuindo-lhe a forma de instrumentalização da justiça, baseada na igualdade e no tratamento isonômico dos casos iguais³².

1.3 A Teoria do *stare decisis* e sua aplicação no Brasil

Ao contrário do que permeia grande parcela do imaginário jurídico, *common law* e *stare decisis* não são expressões sinônimas. Como visto, a *common law* é modelo de direito inglês caracterizado por possuir como principal fonte o costume, nascido como forma de oposição ao poder dos feudos pelos Reis ingleses. O *stare decisis*, por sua vez, do latim *stare decisis et non quieta movere* (que significa “mantenha a decisão e não se moleste o que foi decidido”) ³³, refere-se ao modo de operacionalizar o sistema da *common law*, conferindo certeza a essa prática. Trata-se da regra conhecida na Inglaterra como *doctrine of precedent* ou *rule of precedent*, que concerne à vinculação do órgão jurisdicional à decisão judicial anterior³⁴.

Não somente há uma distinção conceitual entre *common law* e *stare decisis* como houve um longo lapso temporal em que o direito jurisprudencial inglês não conviveu com o preceito vinculação formal aos precedentes judiciais. Somente após a primeira metade do século XIX, a regra da

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

³¹ RAMIRES, Maurício. Op. Cit, p. 67.

³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

³³ MIRANDA, Tássia Baia. **Stare decisis e a aplicação do precedente no sistema norte-americano**. 2006. P. 12. Monografia (Conclusão do curso) – Universidade Federal do Pará, Centro de Ciências Jurídicas, Belém.

³⁴ SABINO, Marco Antonio da Costa. **O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010

obrigatoriedade de aplicação dos precedentes estabeleceu-se com rigor, estabelecendo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas por seus predecessores³⁵. Tal efeito vinculante restou reconhecido no julgamento do caso *Beamish vs. Beamish*, em 1861, conduzido pelo Lord Campbell. Nesse caso, restou determinado que a *House of Lords*³⁶ estaria obrigada a acatar a autoridade proclamada em seus próprios julgamentos.

Na Inglaterra, o princípio de aplicação de precedentes tão rígido que, até 1966, a *House of Lords* não podia modificar suas próprias decisões. Atualmente, foi afastada extrema rigidez deste modelo, ressalvadas as diferenças entres os diferentes países desta cultura. Há, entretanto, a previsão de possibilidade de afastamento do precedente para a criação de um novo³⁷.

No Brasil, os precedentes judiciais eram utilizados antes mesmo da CFRB. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, em seu artigo 4º já previa que, sendo a lei for omissa, o juiz deveria decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Assim, o referido artigo tratou de modificar a anterior função de mero aplicador da lei, então desempenhada pelo juiz, possibilitando uma interpretação da lei por parte do julgador e, além disso, admitindo que a lei, poderia ser omissa. O artigo revela, ainda, o poder criativo do magistrado e a investigação que deve ser realizada a fim de se decidir casos concretos com base em outras situações já decididas, privilegiando a segurança jurídica dos jurisdicionados³⁸.

A doutrina do *stare decisis* tem origem constitucional. Diante da importância que vem se dando às constituições ao longo dos tempos, evidenciou-se que o precedente judicial, principalmente o emanado de Corte Superior, possui eficácia vinculante não só dentro da própria Corte, mas também para os juízos inferiores. No entanto, esta descoberta é recente quando comparada com o surgimento dos primeiros resquícios do sistema common law, uma vez que a chamada *doctrine of binding precedent*, que somente

³⁵ DAVID, René. Ob. Cit., 1978, p. 428.

³⁶ A Câmara dos Lordes (em inglês: *House of Lords*) é a câmara alta do parlamento do Reino Unido. O parlamento também inclui a Coroa britânica e a Câmara dos Comuns.

³⁷ WAMBIER, Tereza Arruda. Ob. Cit, 2009, p. 57.

³⁸ MENEZES, Elis Costa. *Distinguishing: instituto necessário à aplicação dos precedentes judiciais*. 2013. Monografia (Conclusão de curso). Faculdade Baiana de Direito, Salvador. P. 29.

surgiu nas primeiras décadas do século XIX. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p.390).

Quando o precedente possui eficácia vinculante para o próprio Juízo ou Tribunal, convencionou-se chamar a isto de eficácia vinculante horizontal. Noutras palavras, trata-se de obrigação de seguir uma decisão proferida por uma instituição de mesma hierarquia. Segundo bem leciona Frederick Schauer (2011, p.5), na dimensão horizontal, a obrigação de seguir precedentes de uma decisão anterior, dá-se apenas porque ele veio mais cedo. Neste contexto, a vinculabilidade dos precedentes, será literalmente pela sua “precedência”, por existir previamente uma decisão a respeito do mesmo núcleo material em um mesmo ente, ou, como também, por um órgão, de instância superior ter proferido a decisão, neste último caso, eficácia vinculante vertical.

2. PRECEDENTES JUDICIAIS: DEFINIÇÃO, FUNÇÃO, MODALIDADES, FORMAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERACÃO.

2.1 Distinções conceituais: precedente judicial, decisão judicial, jurisprudência, súmula vinculante e súmula.

Antes de prosseguir à definição do precedente judicial, faz-se mister estabelecer a distinção conceitual entre precedente judicial e os seguintes termos: decisão judicial, jurisprudência, súmula vinculante e súmula.

Precedente e decisão judicial não se confundem, pois os precedentes são decisões judiciais caracterizadas pela possibilidade de se estabelecerem como paradigmas que orientam os magistrados e litigantes em situações futuras. Logo, ainda que o precedente derive de uma decisão, nem toda decisão gera um precedente judicial. Para constituir precedente, é necessário que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito em relação ao caso concreto³⁹.

Jurisprudência, por sua vez, é uma série de decisões reiteradas sobre uma mesma matéria, proferida por Tribunais, que se baseiam em normas jurídicas vigentes, servindo essas decisões como orientação para o magistrado quando da interpretação e aplicação a casos concretos semelhantes.

Marcelo Alves Dias de Souza afirma que o termo jurisprudência é usado, no linguajar jurídico em pelo menos quatro sentidos: “a) como sinônimo de filosofia ou ciência do direito; b) significando uma série de decisões judiciais uniformes sobre uma mesma questão jurídica; c) representando, de modo menos preciso, o conjunto de decisões judiciais de um país como um todo; d) referindo-se, impropriamente, a uma decisão judicial “isolada”⁴⁰.

Nesse sentido, a jurisprudência distingue-se do precedente judicial, porque deve a primeira ser um conjunto reiterado de decisões judiciais sobre um mesmo elemento comum, enquanto o último prescinde de um conjunto de acórdãos para se extrair o preceito jurídico orientador da interpretação,

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit, p.214

⁴⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2007. p. 41.

podendo ser obtido individualmente, em apenas um julgado. O precedente judicial é espécie do gênero jurisprudência.

Em relação ao enunciado de súmula, trata-se de um verbete que exprime a interpretação pacífica e majoritária de um Tribunal sobre determinado tema jurídico específico, a partir do julgamento de diversos casos análogos. Sua finalidade é dúplice: dar publicidade à jurisprudência daquele Tribunal e uniformizar as decisões acerca do tema⁴¹.

Cumpra salientar que os enunciados, rotineiramente utilizados como se fossem a própria súmula, são textos oriundos da uniformização jurisprudencial inseridos no corpo da súmula, o qual recebe uma numeração. Alerta Mônica Sifuentes:

“As palavras súmula e enunciado, embora tenham significados diferentes, acabaram por serem usadas, indistintamente, de modo que, por súmula, atualmente entende-se comumente o próprio enunciado, ou seja, o preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada.”⁴²

Com obviedade, nem toda jurisprudência pode integrar súmula de um Tribunal. Para tanto, é necessário preencher requisitos objetivos estabelecidos previamente pelo Regimento Interno do Tribunal. Ademais, precedente e súmula igualmente não se confundem. Súmulas não vinculam o julgador. Tampouco há mecanismo próprio para revisão de súmulas já existentes. À guisa de exemplo, certas súmulas são aplicadas, ainda que negadas ou não utilizadas na prática pelos Tribunais.

Há, contudo, no Brasil, súmulas com efeito vinculante. As súmulas vinculantes foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio com a Emenda Constitucional nº 45, que introduziu o art. 103-A à CRFB, o qual dispõe:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois

⁴¹ CARVALHO, Alexandre. **Efeito Vinculante e Concentração da Jurisdição Constitucional no Brasil**. 1ª. ed. Brasília: Consulex, 2012.

⁴² SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.237-238

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”.

A edição de súmulas remonta a uma prática tradicional e consolidada do sistema judiciário luso-brasileiro. Não emana da decisão de um caso concreto, mas de um enunciado interpretativo, formulado genericamente. Consequentemente, o *dictum* sumulado não faz menção a fatos que estão na base da questão jurídica *sub judice* e, então, não pode ser considerado um precedente em sentido próprio. Trata-se tão-somente de um pronunciamento judicial que traduz a escolha, pelo magistrado, dentre diversas opções interpretativas referentes a normas gerais e abstratas. Nos precedentes, a tese jurídica extraída em sua decisão é fundamentalmente relacionada aos acontecimentos do caso, sendo que, quando não presente essa relação, pode ocorrer a não aplicação do precedente⁴³.

2.2 Definição

Karl Larenz define precedente judicial como “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutra caso”⁴⁴. É, portanto, uma decisão judicial anterior, tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial serve como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

O precedente judicial compreende todas as partes de uma decisão, quais sejam, relatório, fundamentos e dispositivo. É *fonte do direito*; ou seja,

⁴³ TARTUFFO, Michele. *Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidade y justicia*, Proceso y Constitución - El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación, Lima, Palestra Ed., 2015, p.136-137

⁴⁴ LARENZ, Karl, apud DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. V. 2. 6ª ed. Salvador: Juspodvm, 2011, p. 387.

a partir do precedente, forma-se uma norma geral. O precedente é também *texto* e, como tal, a decisão prolatada deve ser interpretada pelos aplicadores do Direito nos casos subsequentes. Não se pode conceber o precedente judicial como o término de um processo hermenêutico que impeça qualquer possibilidade de argumentação jurídica.

Em síntese, o precedente é decisão judicial que, partindo ou não da análise de um caso concreto, decide questão de direito a partir de uma *ratio decidendi* e tem o condão de vincular julgamentos futuros.

2.3 Modalidades

Devido a pluralidade de sistemas jurídicos, como estudado no capítulo 1 do presente estudo, há diversas modalidades de precedentes judiciais, os quais podem traduzir mera orientação jurisprudencial ou ostentar vinculação absoluta.

Quanto à vinculação, pode-se classificar os precedentes judiciais em obrigatórios ou persuasivos. Precedentes judiciais obrigatórios ou vinculantes são aqueles que servem de diretriz para o julgamento posterior de questões análogas. Dividem-se em *absolutamente obrigatórios* e *relativamente obrigatórios*. Os precedentes são relativamente obrigatórios quando o tribunal pode afastar sua aplicabilidade, diante da existência de motivos para tanto. Os precedentes absolutamente obrigatórios, por sua vez, são aqueles que devem ser adotados em qualquer caso, ainda que o órgão julgador o considere incorreto⁴⁵.

Os precedentes judiciais absolutamente obrigatórios não encontram espaço nos ordenamentos jurídicos da atualidade, uma vez que, em regra, ao menos as Cortes Supremas podem revogar seus precedentes, com vistas a acompanhar a transformação da sociedade.

No Brasil, há algumas hipóteses em que o precedente judicial possui efeitos obrigatórios, como a súmula vinculante, os precedentes oriundos do Pleno do STF, a decisão prolatada em sede de recursos repetitivos e o

⁴⁵ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op. cit.*, p. 148.

entendimento consolidado na súmula de cada tribunal (eficácia vinculante interna)⁴⁶.

Os precedentes persuasivos são, por seu turno, aqueles que servem de mera orientação para casos ulteriores, não sendo dotados de nenhum efeito vinculante, de modo que nenhum julgador está obrigado a segui-los. Servem, contudo, como um norte para o magistrado, contando com uma natureza meramente diretiva.

Para além da divisão tradicional, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira propõem uma terceira categoria de precedentes: os obstativos da revisão de decisões. São os precedentes que tem por escopo impedir a apreciação de recursos ou a remessa necessária. Nesse caso, o magistrado está autorizado a obstar o seguimento de determinados recursos ou a remessa necessária quando estes forem contrários a precedentes judiciais, principalmente os firmados em tribunais superiores⁴⁷.

No que concerne à direção, o precedente pode ser classificado em vertical ou horizontal. O precedente vertical funda-se basicamente sobre a autoridade e o respeito ao órgão que emitiu a decisão, de modo que o precedente deve ser obrigatoriamente observado por órgãos hierarquicamente inferiores em casos idênticos. Já o precedente horizontal serve para apontar a eficácia vinculante de um precedente judicial em relação aos órgãos judiciários que pertencem à mesma hierarquia daquele que pronunciou a primeira decisão⁴⁸.

Quanto ao conteúdo, o precedente judicial é classificado em declarativos ou criativos. O precedente declarativo é aquele que apenas aplica uma norma jurídica preexistente enquanto o precedente criativo é aquele que cria uma nova norma jurídica e a aplica ao caso concreto⁴⁹.

Nesses termos, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Santos de Oliveira lecionam:

⁴⁶ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. Curso de Direito Processual Civil, Op. Cit., p. 389.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 391

⁴⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Revista de Processo, nº 199, setembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁴⁹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. Op. cit., 394.

“Assim, é declarativo o precedente que simplesmente se baseia num precedente anterior para dar solução a um caso concreto, como ocorre, por exemplo, com a decisão que aplica "súmula vinculante" do STF ou com a decisão do membro de tribunal (relator) que, monocraticamente, dá provimento a recurso interposto contra decisão que contrastara súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de tribunal superior (art. 557, §1º-A, CPC). É criativo, por exemplo, o precedente em que o magistrado precisa suprir lacuna legislativa, ou ainda quando se depara com cláusulas gerais, que lhe permitem agir discricionariamente na solução a ser dada ao caso concreto (p. ex., art. 1.109, CPC)”⁵⁰.

Não obstante a natureza declarativa de determinado precedente judicial, este atributo não impede a criatividade judicial, tendo em vista a inovação produzida pelo magistrado quando do julgamento de um caso concreto à luz da Constituição e dos direitos fundamentais

Percebe-se, assim, que os precedentes judiciais podem ser valorados e utilizados de diferentes formas em um ordenamento jurídico. No Brasil, há portanto, concomitantemente, no Brasil, precedentes judiciais obrigatórios e persuasivos, verticais e horizontais, declarativos e criativos.

2.4 Formação, Aplicação e Superação dos precedentes judiciais

Feitas as devidas distinções conceituais e a delimitação do conceito de precedente judicial, analisam-se os elementos fundamentais da chamada dimensão objetiva do precedente: *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 392.

2.4.1 *Ratio decidendi (holding) e Obter dictum*

Definir *ratio decidendi* e *obter dictum* é indispensável para o sistema de precedentes obrigatórios, porque ambos os institutos devem ser individualizados pelos magistrados no julgamento de casos futuros – e não pelo órgão julgador quando preferiu a decisão-paradigma.

A correta compreensão do significado de *ratio decidendi* (razão de decidir) é essencial, porquanto esta é a parte do julgado que determinará o julgamento de casos similares posteriormente. A importância de se definir corretamente a *ratio decidendi* surge, desse modo, da necessidade de demonstrar a parte vinculante do precedente, a qual deverá ser respeitada pelos magistrados em julgamentos futuros. Uma identificação equivocada da *ratio decidendi* de determinado precedente pode determinar o seu não seguimento⁵¹.

Pierluigi Chiassoni apresenta algumas acepções que podem ser atribuídas à *ratio decidendi*, conceituando-a de acordo com o tipo e o grau de especificação do objeto designado⁵². Para o jurista italiano, a *ratio decidendi* é a norma jurídica geral que se extrai de uma decisão judicial, entendida esta como precedente.

À definição proposta por Chiassoni, podem ser acrescidos os ensinamentos de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael Oliveira e José Rogério Cruz e Tucci. Segundo os renomados autores, *ratio decidendi* consiste nos fundamentos jurídicos ou na tese jurídica que serve de sustentáculo à solução do caso concreto, sem os quais a norma individual não teria sido formulada daquela maneira. Ainda, a *ratio decidendi* é a norma jurídica geral que, construída por um órgão

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit, p.220.

⁵² CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. Disponível em <<http://docplayer.it/421839-0-considerazioni-introductive-precedente-giudiziale-e-teoria-analitica-del-diritto.html>> Acesso em 25 de junho de 2017.

jurisdicional a partir de determinado caso concreto, pode servir como diretriz no julgamento de demandas semelhantes⁵³.

Do conceito de *ratio decidendi* acima extrai-se a função dúplice por ela exercida. A função interna da *ratio decidendi* revela-se na medida em que a norma jurídica geral, localizada na fundamentação da decisão, serve de fio condutor à norma jurídica individual, constante de seu dispositivo. Sua função externa, de outro lado, é extraída da possibilidade de a norma jurídica geral se desprender do caso específico para o qual foi construída e ser aplicada em outras situações concretas que se assemelham àquela em que foi originariamente formulada.

A *ratio decidendi*, considerada em sua função externa, é o elemento do precedente judicial que tem aptidão para ser universalizado, razão pela qual tem a potencialidade de operar vinculação⁵⁴.

Uma decisão pode conter mais de uma *ratio decidendi*. Isso ocorre em duas hipóteses: quando o julgador aponta mais de uma razão de decidir como fundamento para a norma jurídica individualizada ou quando a decisão emana de órgão colegiado no bojo da qual existem votos com fundamentos distintos que conduziram à mesma norma jurídica individual⁵⁵.

O magistrado não necessita indicar na decisão judicial qual é a *ratio decidendi*. Cabe ao órgão responsável por sua aplicação, nos casos subsequentes, identificá-la e interpretá-la. Existem, contudo, decisões das quais é demasiadamente complexo ou impossível definir a *ratio decidendi*. Tais decisões carecem de razão de decidir, pois apresentam defeito em sua fundamentação.

A *ratio decidendi* não se confunde com nenhum dos elementos da decisão judicial – relatório, fundamentação e dispositivo – embora seja formulada a partir desses elementos. Os fatos narrados no

⁵³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. cit., p.149.

⁵⁴ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p.307

⁵⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. cit, p.138-139.

relatório são a moldura pelo magistrado na fundamentação e, assim como a norma jurídica individual proposta no dispositivo, servem na identificação da *ratio decidendi*.

No ordenamento jurídico brasileiro, a *ratio decidendi* nem sempre é estruturada a partir de fatos, como ordinariamente ocorre em países de matriz anglo-saxã – como Estados Unidos e na Inglaterra. Há decisões que se destinam tão-somente a interpretar questões relativas à lei federal (decisões proferidas em sede recurso especial) e à Constituição Federal (decisões proferidas em sede recurso extraordinário) e a oferecer as razões pelas quais determinada norma é inconstitucional ou constitucional (decisões proferidas em controle de constitucionalidade)⁵⁶.

Delimitada a *ratio* e suas peculiaridades no direito brasileiro, passa-se à análise do *obiter dictum*.

O *obiter dictum* são os argumentos jurídicos expostos na motivação da decisão, os quais revelam juízos normativos acessórios, provisórios e secundários; elementos jurídico-hermenêuticos que não têm influência relevante para a decisão; opiniões jurídicas adicionais, mencionadas incidentalmente pelo juiz, dispensáveis para a fundamentação e para a conclusão da decisão. É dizer, *obiter dictum* é tudo aquilo que o magistrado utiliza por força retórica, mas não importa em vinculação para os casos subsequentes.

Eugene Wambaugh aponta que *obiter dictum* são as observações introdutórias, os resumos das mais recentes decisões, as discussões sobre casos similares e todo tipo de matéria que visa elucidar a visão da Corte sobre o caso em julgamento⁵⁷.

Luiz Guilherme Marinoni, por seu lado, defende que os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada são *obiter dicta*⁵⁸.

⁵⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p.78.

⁵⁷ WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894, p.18. Disponível em < <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=coo1.ark:/13960/t5r78wz0r;view=1up;seq=7>>. Acesso em 28 de julho de 2017.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit*, p.280.

Por fim, Pierluigi Chiassoni propõe que o *dictum* pode exprimir alternativamente, uma norma de conduta, a interpretação de um artigo de lei, uma argumentação ou fragmento de argumentação de direito, uma opinião ou definição a respeito de um instituto jurídico, que sejam acessórios e prescindíveis à norma jurídica individual.

Embora a doutrina aponte, genericamente, determinados elementos que podem ser considerados *obiter dicta*, sua identificação é feita, caso a caso, por meio do método negativo, segundo o qual, tudo aquilo que não for razão de decidir é *obiter dictum*. Apesar disso, essa forma de definição do *obiter dictum*, mascara uma série de relações que podem ser estabelecidas entre ele e a *ratio decidendi*.

Afirma Geoffrey Marshall, nesse ponto, que o *obiter dictum* pode ser: a) irrelevante para o dispositivo do caso ou para qualquer outra questão jurídica importante envolvida na situação posta à apreciação jurisdicional; b) relevante para o dispositivo do caso, mas desnecessário para a *ratio*; c) relevante para algumas questões bilaterais e para o dispositivo de outras importantes questões que podem ser suscitadas em casos futuros⁵⁹.

Apesar de ser elemento secundário do precedente judicial, prescindível para a norma jurídica individual, o *obiter dictum* pode desempenhar três papéis, em um ordenamento em que se adotam precedentes judiciais obrigatórios.

O primeiro é de auxílio na construção da motivação e do raciocínio exposto na decisão. O segundo é de sinalização de futura orientação do Tribunal ou de diretriz para o julgamento de questões que venham a ser suscitadas no futuro. O terceiro é de instrumento que pode conduzir à superação de um precedente judicial⁶⁰.

Do último papel desempenhado pelo *dictum*, decorre sua eficácia persuasiva, que varia conforme o Tribunal de onde provêm, do respeito de que goza o julgador na comunidade jurídica, da força

⁵⁹ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Estados Unidos: Dartmouth, 1997, p.515.

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit, p.430-431

dos argumentos utilizados e do grau de relação do *dictum* com a questão principal⁶¹.

No direito brasileiro, agrega-se às funções já expostas, a função de o *obiter dictum* servir de instrumento para a elaboração de recurso fundado em controvérsia. É dizer, o voto vencido num julgamento colegiado – típico *obiter dictum*, já que é tese jurídica que não conduziu à norma jurídica individual –, serve para a elaboração do recurso de embargos infringentes (arts. 530 a 534, do CPC)⁶².

Delimitados os contornos do *obiter dictum* e suas peculiaridades no direito brasileiro, passa-se ao estudo das técnicas de aplicação e de superação de precedente judicial.

2.4.2 Aplicação e Superação do precedente judicial: *distinguishing* e *overruling*

Nos sistemas de precedentes vinculantes, há técnicas de aplicação e superação de precedentes que permitem, de um lado, a estabilidade e uniformidade do direito e, de outro, seu natural desenvolvimento. As duas principais técnicas de superação de precedentes são o *distinguishing* e o *overruling*.

Conforme já foi citado reiteradamente neste trabalho, o precedente se aplica a casos futuros. Faz-se necessário analisar se o precedente anterior é aplicável ou não ao caso, examinando o contexto fático em que surgiu o precedente e verificando-se em que medida o caso atual se assemelha ao caso que gerou o precedente.

O *distinguishing* (ou *distinguish*) significa literalmente distinção. É a forma mais frequente de se operar com os precedentes⁶³. Trata-se do método pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma.

⁶¹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Op. Cit, p.88.

⁶² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. Cit, p.431.

⁶³ MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 87.

Consoante ensinamento de Fredie Didier Jr. pode-se utilizar o termo *distinguish* em duas acepções: a) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish-método*); b) para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish-resultado*). Essa diferença, constante na segunda acepção, pode decorrer de os fatos fundamentais discutidos serem diversos daqueles que serviram de base à *ratio decidendi* do precedente ou, ainda, quando, mesmo havendo aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso concreto afastar a aplicação do precedente⁶⁴.

O *distinguishing* representa, pois, o resultado do confronto entre o paradigma e caso em julgamento, quando se depreende que os casos possuem alguma diferença ou semelhança, que pode culminar no afastamento ou na aplicação da *ratio decidendi*⁶⁵.

Por meio do *distinguishing*, o magistrado analisa as circunstâncias fáticas do caso paradigma e as circunstâncias fáticas do caso em julgamento, cotejando-as. Após essa comparação, havendo semelhança entre eles, o julgador deverá verificar se a *ratio decidendi* do caso paradigma se amolda ao caso em julgamento⁶⁶. Se a *ratio decidendi* depreendida do caso paradigma se amolda ao caso em julgamento, o magistrado deverá aplicá-la ao caso presente, ressalvada a técnica de superação do precedente, analisada a seguir.

Aplicando-se o *distinguishing*, na hipótese de o magistrado concluir que o caso em julgamento difere do caso paradigma, poderá ele, então, optar entre dois caminhos. Primeiro, pode o julgador dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, aduzindo que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*) – hipótese em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente⁶⁷.

⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Op. Cit, p. 454.

⁶⁵ *Ibidem*, p.454.

⁶⁶ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.565.

⁶⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. Cit, p.171;

Segundo, poderá o magistrado estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, levando em consideração que a despeito das particularidades do caso concreto, aquela tese jurídica anteriormente firmada também lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*)⁶⁸.

Como se observa do julgamento da Ação Cautelar n° 1.549⁶⁹ e da Reclamação Constitucional n° 1.132-1/RS ⁷⁰, a técnica de confronto, interpretação e aplicação de precedente judicial – o *distinguishing* – aplica-se integralmente no Estado brasileiro.

Por fim, importante observar que para fazer uso de uma súmula vinculante, o juiz necessariamente é obrigado a aplicar o *distinguishing*, pois ele deve verificar se o caso em análise é ou não hipótese de aplicação da Súmula. Não cabe ao magistrado discutir acerca do mérito do enunciado da Súmula, mas, por mais célebre que seja o precedente, sempre haverá *distinguishing*.

A atividade interpretativa do julgador não encontra fundamento apenas na lei, mas também em princípios e entendimentos jurisprudenciais. Ocorre que a atividade interpretativa do magistrado tende a se modificar ao longo dos anos. A constante evolução da sociedade e a necessidade de sistematização dos princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento, são formas que possibilitam a mudança no sentido interpretativo nas normas.

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

Por tais razões é que a doutrina – amparada em teorias norte-americanas – propõe a adoção de técnicas de superação dos precedentes judiciais. Nesse diapasão, é importante estudar o

⁶⁸ *Ibidem*, p.171;

⁶⁹ STF. Segunda Turma. Ação cautelar n° 1549. Ministro Relator Celso de Mello. Data de publicação: 27/04/2007.

⁷⁰ STF. Tribunal Pleno. Reclamação Constitucional n° 1132. Ministro Relator Celso de Mello. Data de publicação: 04/04/2003.

overruling. Trata-se de técnica por meio da qual um precedente é revogado ou superado em razão da modificação de valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou ainda em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação⁷¹.

Essa técnica visa reconhecer a existência de fundamento jurídico para abandono do precedente anteriormente estabelecido, não porque os fatos do caso presente são diferentes dos fatos do caso paradigma⁷², mas porque outra tese jurídica deve ser a ele aplicada. É o afastamento de um precedente judicial, quando o tribunal adota nova norma que decide um caso compreendido no âmbito de incidência de norma anterior de origem jurisprudencial⁷³.

Costuma-se comparar o *overruling* com a revogação de uma lei por outra⁷⁴, porque implica na substituição de um precedente judicial por outro, mediante decisão do próprio órgão jurisdicional que estabeleceu aquele precedente⁷⁵.

O *overruling* funda-se na ideia de que os precedentes judiciais estão sujeitos excepcionalmente à modificação ou revogação quando estiverem presentes determinadas circunstâncias especiais ou particularidades, cujo exame depende de valoração judicial.⁷⁶ Significa que, ocorrendo mudança na valoração das circunstâncias relevantes de casos similares, o magistrado está autorizado a adotar entendimento diverso, desde que devidamente fundamentada a sua decisão.

A substituição de um precedente judicial pode ser expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*). É expressa, quando um tribunal passa a adotar, expressamente, uma nova orientação, abandonando a anterior. É tácita, “quando uma orientação

⁷¹ NUNES, Elpídio Donizetti. Op. cit, p. 20.

⁷² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. Cit., p.456.

⁷³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.387. Neil Duxbury diz que, no *overruling*, os fatos são iguais, mas o precedente não é aplicado, devendo outra regra ser seguida. (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Estados Unidos: Cambrigde, 2008, p.117).

⁷⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. Cit, p.149.

⁷⁵ ROSITO, Francisco. Op. Cit, p.307.

⁷⁶ *Ibidem*, p.280-297.

é adotada em confronto com a posição anterior, embora sem expressa substituição desta última”⁷⁷.

Com relação aos efeitos, a superação de um precedente judicial pode ocorrer com eficácia *ex tunc* (*retrospective overruling*) ou com eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*)⁷⁸.

No *retrospective overruling*, o precedente substituído não poderá ser invocado no julgamento de casos ocorridos antes da substituição e que ainda estejam pendentes de apreciação e julgamento. É dizer, o entendimento inovador se aplica a fatos e situações ocorridos no passado e ainda não decididos, aos que ainda não foram deduzidos em juízo e aos casos futuros.

A revogação retrospectiva pode ser pura ou clássica. No *overruling* retrospectivo puro (eficácia retroativa plena ou *full retroactive application*), o novo precedente se aplica aos fatos ocorridos antes e depois de sua publicação, incluindo aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado e também aos fatos do caso que o gerou. No *overruling* retrospectivo clássico (eficácia retroativa parcial ou *partial retroactive application*), o novo precedente se aplica aos fatos ocorridos antes e depois de sua publicação, excluindo aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado e também aos fatos do caso que o gerou.⁷⁹

No *prospective overruling*, o precedente substituído poderá ser aplicado aos casos ocorridos antes da substituição, isto é, o novo precedente somente se aplica aos casos futuros. Trata-se de instituto desenvolvido nos Estados Unidos⁸⁰.

O precedente novo pode ser aplicado prospectivamente em diferentes momentos e circunstâncias. Pode ser aplicado a fatos que ocorreram após a publicação do precedente, no bojo de demanda já ajuizada ou a ser ajuizada (aplicação prospectiva pura), a fatos que

⁷⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.235

⁷⁸ CARON, Déborah. Teoria dos Precedentes judiciais e sua eficácia para a garantia da segurança jurídica. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/25094>>. Acesso em 01 de junho de 2017.

⁷⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. Cit.*, p.261

⁸⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. Cit.*, p.180.

ocorreram antes da publicação do precedente e cuja demanda ainda não foi ajuizada e a fatos que ocorreram antes da publicação do precedente, mas cuja demanda já foi ajuizada e ainda não transitou em julgado. É possível que se fixe algum momento futuro para que o precedente seja aplicado (aplicação prospectiva a termo) e que se restrinja os seus efeitos, excluindo determinada categoria de pessoas, que poderia ser prejudicada excessivamente com sua incidência⁸¹.

Alguns fatores favorecem o *prospective overruling*. São eles, a) a ideia de que a revogação importa estabelecimento de nova norma, que não pode ser aplicada de imediato; b) a verificação de que se faz necessário tempo para que haja a promoção da operação da norma; c) o fato de que a revogação poderá produzir desigualdades, caso o novo precedente seja aplicado retroativamente; d) o desestímulo para as partes buscarem a modificação do precedente, já que não serão atingidas pela razão de decidir, ao menos, no caso presente e; e) a lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e a coisa julgada ocasionada pela revogação retrospectiva.⁸²

A técnica da superação, nos moldes apresentados, também tem aplicabilidade em solo brasileiro. Essa conclusão é extraída da previsão do procedimento de revisão ou cancelamento de súmula vinculante na Lei nº 11.417/2006 e dos regimentos internos do STF e do STJ⁸¹. No julgamento de casos, os tribunais brasileiros também dão sinal de aplicação do *overruling* (a exemplo do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 466343⁸² e nº 388359⁸³

Quando um precedente já está consolidado, sua superação não deveria ter eficácia retroativa, eis que todos os jurisdicionados que foram beneficiados pelo precedente superado agiram de boa-fé, confiando na orientação jurisprudencial pacificada. Não obstante, essa não é a regra que rege sistema jurídico brasileiro. Na aplicação do princípio *tempus regit actum*, considera-se tão somente a lei – num sentido estrito – vigente à época do ato jurídico, e não a

⁸¹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Op. Cit.*, p.169

⁸² SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York States). In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Estados Unidos: Dartmouth, 1997, p.398

jurisprudência. Em face da adoção do *stare decisis*, Elpídio Donizzeti defende que se repense essa prática, a fim de se proceder a uma releitura do dispositivo constitucional garantidor da segurança jurídica, sob pena de grave insegurança⁸³.

A doutrina identifica algumas hipóteses em que é cabível a superação de um precedente judicial, tais como: a) quando o precedente torna-se inexecutável ou obsoleto; b) quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social ou consistência sistêmica; c) quando do surgimento de nova concepção do direito; d) quando se constata que o precedente judicial foi substancialmente errado ou mal concebido desde a sua origem. Basta que o magistrado fundamentadamente demonstre um desses motivos para que se revogue um precedente judicial anteriormente firmado⁸⁴.

Destaque-se, ainda, que esses requisitos só darão azo à superação do precedente judicial se os valores que sustentam a estabilidade jurídica – isonomia, confiança e vedação da decisão surpresa – fundamentem mais sua revogação do que sua preservação.

⁸³ NUNES, Elpídio Donizetti. Op. cit. P. 11.

⁸⁴ JESUS, Priscilla Silva de. *Teoria do precedente judicial e o novo código de processo civil*. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16592/1/PRISCILLA%20SILVA%20DE%20JESUS.pdf>> . Acesso em 20 de julho de 2017.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE IGUALDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

Ao lado dos aspectos já abordados, é de suma importância para o perfeito entendimento da temática do precedente judicial sua relação com os princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica. É cediço que o sistema de precedentes visa precipuamente a garantir a coerência da ordem jurídica, prestando-se ao aperfeiçoamento dos princípios mencionados.

A partir do momento em que a *ratio decidendi* de decisões prolatadas por uma corte superior é obrigatoriamente seguida por órgãos jurisdicionais inferiores, garante-se indubitavelmente a isonomia entre os jurisdicionados. Ademais, assegura-se a previsibilidade e a estabilidade na aplicação do direito e, portanto, a segurança jurídica. Entretanto, como demonstrado no presente trabalho, a prática judicial brasileira macula ambos os postulados em questão em razão da solução díspar de casos semelhantes.

Recorde-se que ao advogado de *common law* é facultado aconselhar o jurisdicionado, uma vez que o causídico pode se valer dos precedentes firmados, ao passo que aquele que atua no *civil law* deve advertir seu cliente de que, a depender de qual magistrado seja sorteado para julgar seu caso, determinada lei pode ser interpretada em seu favor ou não⁸⁵.

A CRFB consagra os postulados da segurança jurídica (art. 5º, inc. XXXVI) e da igualdade (art. 5º, *caput*) como direitos fundamentais, os quais, de acordo com o próprio texto constitucional, são autoaplicáveis (art. 5º, §1º) e constituem como cláusulas pétreas, conforme se depreende do art. 60, § 4º, inc. IV, da Lei Maior⁸⁶. Ao colacionar tais princípios como direitos fundamentais, o texto constitucional pretende atribuir máxima proteção a eles, consagrando-os como valores atinentes ao Estado Democrático de Direito e à sociedade brasileira – o que torna irrefutável a necessidade de se observar os referidos princípios.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme – Coordenador. BARBOSA, Adriano et al. A força dos Precedentes. 2ª ed., revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 562

⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

3.1 Princípio da Igualdade

Não é demais recordar que um dos princípios mais caros a um Estado Democrático de Direito é o da a igualdade jurídica. A todos, independentemente de classe econômica, condição física, situação social, ascendência, sexo, idade, cor, credo ou quaisquer outros elementos distintivos, deve-se assegurar tratamento jurídico idêntico. O tratamento desigual só se justifica quando necessário à efetivação da própria igualdade.

Reitere-se que a CRFB elencou no rol dos direitos fundamentais o princípio da igualdade como valor a orientar a aplicação de todas as demais garantias fundamentais. A igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito e, bem por isso, está fortemente grifado na Constituição Federal, iluminando a compreensão, aplicação e a construção do ordenamento jurídico⁸⁷.

A doutrina subdivide o princípio da igualdade em igualdade material e formal, pois a ordem constitucional implica na isonomia de submissão às normas, bem como na promoção da igualdade da aplicação da norma em diante das situações jurídicas apresentadas – o que fundamenta, como dito, o tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais na medida de suas desigualdades.

A fim de se garantir o respeito material ao princípio da isonomia, é incontornável a necessidade de se garantir que a casos análogos seja dispensado tratamento jurídico idêntico (*treat like cases alike*). Nessa linha, leciona Fredie Didier Jr.:

“É imprescindível que se promova uma necessária redefinição dogmática do princípio da igualdade, que deve ser pensado como ideal isonomia frente ao Direito, e não apenas frente à lei. É preciso que, na leitura do caput do art. 5º da Constituição Federal, o termo ‘lei’ seja interpretado como “norma jurídica”, entendendo-se que todos são iguais, ou que devem ser tratados como

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit, p. 577

iguais, perante a ‘norma jurídica’, qualquer que seja ela, de quem quer que ela emane”⁸⁸.

Neste contexto, lembra-se que o direito fundamental ao processo justo e célere perpassa pela cláusula geral da isonomia, bem como que o exercício da atividade jurisdicional, que tem por escopo garantir a observância ao ordenamento jurídico pátrio, está submetido ao princípio da igualdade, razão pela qual o Judiciário deve observá-lo.

Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante eles, a menos que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal.

Logo, quando o magistrado, no exercício da jurisdição, negligencia a igualdade entre os jurisdicionados, há ofensa à CRFB e ao próprio Estado Democrático de Direito, pois este não se faz possível em uma ordem legal que não consagra a igualdade.

A isonomia reclamada é, portanto, a do Direito judicado, ou seja, aquele que resulta do processo de interpretação judicial, o qual impõe não apenas o conhecimento, mas também o reconhecimento dos precedentes judiciais, a fim de se evitar que o resultado prático da demanda seja diverso de caso semelhante já decidido, algumas vezes até por um órgão hierarquicamente superior⁸⁹.

Conclui-se, então, que a formação e o respeito aos precedentes judiciais garantem a observância ao princípio da igualdade, tendo em vista que promovem a isonomia formal e material entre os jurisdicionados.

3.2 Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica constitui-se como postulado indispensável ao Estado de Direito. Não há como instituir uma ordem legal se ao mesmo tempo não se assegura a estabilidade desta. Luiz Guilherme

⁸⁸ DIDIER JR, Fredie. et al. Op. Cit., p. 396.

⁸⁹ LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 153.

Marinoni leciona que “a segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’”⁹⁰.

Inicialmente, a segurança jurídica direcionava-se para a atuação do Poder Legislativo, no sentido de assegurar confiança, previsibilidade e estabilidade à legislação. Com a superação do positivismo nas ciências jurídicas, porém, a interpretação da norma assumiu papel relevante na expressão do Direito, sobretudo com a supremacia constitucional.

Nesse contexto, o Poder Judiciário tem dever de garantir a segurança jurídica, já que esta se constitui como o princípio inerente ao Estado de Direito. A jurisdição pode ou não conferir segurança às relações sociais, a depender da forma como vier a ser exercida. O desrespeito aos precedentes judiciais pode ensejar instabilidade social e, por consequência, ameaçar a estabilidade da própria ordem jurídica.

A doutrina cita três condições para se atestar, de fato, a segurança jurídica: previsibilidade, estabilidade e confiança. Assim, no âmbito da atividade jurisdicional, as decisões judiciais devem possibilitar a efetivação desses valores⁹¹.

Não se pretende afirmar que a interpretação considerada autêntica encontre sempre uma, e somente uma, solução possível e absolutamente correta, mas segundo Dewey possam ser realizadas dentro de “uma lógica de previsão de possibilidade e não de dedução de certezas”. É nesta medida que as decisões devem seguir um padrão estabelecido pelas normas previsivelmente determinadas, capazes de estabelecer uma moldura mínima ao conteúdo material das decisões, bem como uma exata legitimidade da forma de sua produção⁹².

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, Op. Cit., p. 458

⁹¹ BRASIL, Guilherme Mungo. A concepção do precedente judicial pelo direito brasileiro: aspectos históricos, atuais e prospectivos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4074, 27 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31291>>. Acesso em: 10 set. 2017

⁹² POLICHUK, Renata. Precedente e segurança jurídica: a previsibilidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 157-170.

A previsibilidade das decisões judiciais é alcançada a parte da uniformização da interpretação de normas pelo Poder Judiciário, já que, na atividade jurisdicional, quando se firma um entendimento acerca de determinada questão jurídica, assegura-se a previsibilidade da jurisdição, possibilitando o real conhecimento do ordenamento jurídico pela sociedade.

Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável e manter um mínimo de continuidade. Isso se aplica tanto à legislação quanto à produção jurisdicional. Com o NCPC, os tribunais brasileiros serão compelidos a uniformizar sua jurisprudência e a mantê-la estável, íntegra e coerente, consoante dispõe o art 926, do referido diploma legal.

Da breve narrativa observa-se que a necessidade de previsibilidade não é matéria nova, muito menos instituto criado de sobressalto com busca a remendar a imensa colcha de retalhos que sobrecarrega no regime legal. Ao contrário, a exigência de previsibilidade como elemento inerente ao princípio da segurança jurídica, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito é conceito antigo, todavia, por muitas vezes renegado e jogado às sombras pelos mais diversos argumentos.

Conforme ensina Marinoni, para conferir segurança jurídica, faz-se necessário tutelar a confiança dos jurisdicionados, o que, sem dúvida, confere-se através da previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais, as quais possibilitam a ciência e a certeza dos atos do Judiciário pela sociedade. Assim, verifica-se que os precedentes judiciais, por garantirem a previsibilidade das decisões judiciais, geram a estabilidade nas relações sociais e a confiança da sociedade na atividade jurisdicional⁹³.

Portanto, não resta dúvida que os precedentes constituem um instrumento pelo qual se efetiva o *mandamus constitucional* da segurança jurídica, pois promovem a previsibilidade e estabilidade da jurisdição, ensejando a segurança das relações sociais e a credibilidade do Judiciário.

Ademais, a consolidação de entendimentos jurisprudenciais nas instâncias superiores seguida da sua reiteração pelos demais órgãos judiciários, indiretamente, desestimulará o ajuizamento de novas demandas

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme, Op. Cit., p. 571-573.

por aqueles que confiavam na jurisprudência lotérica. Com a redução de novas ações sobre o mesmo tema, haverá uma desobstrução dos canais de acesso à justiça.⁹⁴

Contudo, constantemente, no exercício da função jurisdicional, os preceitos constitucionais da segurança jurídica e da igualdade vêm sendo violados, pois se atesta que são prolatadas decisões, em casos símiles, totalmente divergentes em juízos diversos e até no mesmo juízo, gerando um grau de instabilidade e de ausência de previsibilidade, que certamente afronta a segurança jurídica, bem como a igualdade entre os jurisdicionados, já que para uma mesma questão jurídica há várias respostas.

Neste diapasão, os precedentes se constituem como verdadeiros garantidores dos postulados constitucionais da segurança jurídica e da isonomia entre os jurisdicionados, posto que sinalizam como o Poder Judiciário compreende certa questão jurídica, professando a solução cabível.

Quanto ao argumento contrário à doutrina do *stare decisis* que destaca que o direito é dinâmico, não podendo ser “engessado”, primeiramente, pela Sociologia e Filosofia, relembra-se que o Direito surge como meio pelo qual se tenta conceder paz e justiça social, o que fica inviável num ambiente de diversas e contraditórias decisões judiciais. Na verdade, o próprio poder Judiciário perde sua legitimidade social, existindo apenas formalmente, em razão da perda da “fé” da sociedade nessa instituição.

Ademais, como já mencionado nesse estudo, há técnicas que resolvem os possíveis problemas que surgiriam como aplicação do *stare decisis*, que, inclusive, já são empregadas no solo brasileiro como, dentre outras, a revogação do precedente e o *distinguished*. Os precedentes judiciais não “engessam” o Direito, pois quando o precedente se apresenta desconforme com a evolução social e do Direito, ele poderá ser superado através da sua revogação⁹⁵.

Ora, um organismo que tem manifestações contraditórias é, indubitavelmente, um organismo doente. Portanto, é preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que preza pela racionalidade e isonomia, ter-se algo que,

⁹⁴ LIMA, Thiago Asfor Rocha, Op. Cit., p. 158.

⁹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda. Op. Cit, p. 488.

mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdutora, se digladiam.

Portanto, o respeito aos precedentes compulsa como meio de efetivação dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e, ainda, da razoável duração do processo, ou seja, como garantia de tais direitos fundamentais. Ademais, não há qualquer óbice à aplicação da doutrina do *stare decisis*, vez que devidamente aplicada não importa na ofensa a isonomia material ou no “engessamento” do direito, mas, pelo contrário, constitui meio pelo qual o poder Judiciário, eficazmente, pode cumprir sua função de distribuir paz e justiça social, pois esses valores são inalcançáveis num ambiente em que não se assegura igualdade, segurança jurídica e previsibilidade nas decisões judiciais⁹⁶.

É bem verdade que na ordem constitucional brasileira são previstas as atribuições do STF e do STJ de, respectivamente, uniformizar a interpretação da Constituição (art. 102, inc. III, da Lei Maior) e da legislação federal (art. 105, inc. III, do diploma constitucional). No entanto, à parte do papel do Pretório Excelso – cujas decisões em sede de controle de constitucionalidade têm possuído efeito vinculante e respeitado, pois, a segurança jurídica e a igualdade –, as decisões do STJ não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As turmas não guardam respeito pelas decisões das Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual.

O desafio do NCPC será fazer valer a regra do novo diploma processual, segundo a qual os tribunais poderão editar precedentes judiciais obrigatórios. Contudo, não se pode esperar que a adoção de um sistema de precedentes, *de per se*, exclua de forma absoluta a possibilidade de haver soluções diferentes de casos parecidos. O sistema de precedentes judiciais jamais eliminará a contradição e a divergência. Ele apenas reduzirá sua ocorrência, conferindo-lhe maior integridade sistêmica⁹⁷.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, Op. Cit., p. 203-204.

⁹⁷ DANTAS, Bruno et al – Coordenadores. ABBOUD, Georges et al. Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil, Salvador: Juspodvm, 2013, p. 683

4 A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em aprofundado estudo sobre os precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, Tiago Asfor Rocha Lima explica que o sistema de precedentes nesse País está incompleto e depende de imprescindíveis correções para que dele se possa extrair a finalidade esperada⁹⁸.

Não é incomum encontrar resistência na doutrina e nos tribunais acerca da aplicação dos precedentes judiciais obrigatórios. Entretanto, em razão da lenta velocidade pela qual se processam as alterações legislativas no Brasil, e ainda como forma de se assegurar preceitos constitucionais tão caros, como a igualdade e a segurança jurídica, optou-se por fortalecer a jurisprudência nacional.

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

4.1 Fundamentação dos Atos judiciais

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

Art. 489⁹⁹ (...)

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

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.

⁹⁸ LIMA, Tiago Asfor Rocha. Op. Cit, p. 480.

⁹⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Organização de Fredie Didier Jr. e Ravi Peixoto. Salvador: 2017.

O mencionado dispositivo esclarece que não é suficiente que o magistrado invoque o precedente ou o enunciado de súmula em seu julgado. É imprescindível que ele aponte os fundamentos determinantes que o fizeram seguir determinado precedente. Cabe, portanto, ao magistrado, ao fundamentar sua decisão, explicitar os motivos pelos quais está aplicando a orientação consolidada àquele caso específico.

De outro lado, caso o juiz deixe de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deverá igualmente demonstrar que o precedente e a situação *sub judice* são diferentes ou que o sobre o paradigma operou-se o *overruling*.

4.2 Precedentes e a uniformização de jurisprudência

Nas disposições gerais do título relativo à ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais, o legislador tratou dos precedentes judiciais. Observe-se que houve alteração em relação ao Projeto original, que contava como um capítulo reservado aos precedentes.

Entre os arts. 926 e 928 do NCPC, o legislador buscou a adequação dos entendimentos jurisprudenciais em todos os níveis jurisdicionais, evitando a dispersão da jurisprudência e, conseqüentemente, a instabilidade social e o descrédito nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

No §2º do art. 926, o legislador traz novamente a aplicação do *distinguishing*, proibindo a edição de enunciados de súmulas que não se atenham às circunstâncias fáticas do precedente que motivaram sua criação. Busca-se, então, prevenir a consolidação inadequada de enunciados de súmulas e, por conseguinte, a errônea aplicação dos precedentes aos casos sob julgamento.

O art. 927 elencou um rol de decisões judiciais cuja observância é *obrigatória* pelos órgãos jurisdicionais vinculados ao Tribunal prolator da decisão, podendo ser categorizadas, na lição de Tereza Arruda Albim Wambier, como precedentes de “obrigatoriedade forte”. São eles: a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas

repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Tem-se, pois, o rol exaustivo de precedentes judiciais vinculantes.

Pode-se dizer que, com a entrada em vigor do NCPC, existem vários graus de obrigatoriedade. A necessidade de respeito a decisões proferidas em ADI, ADC e ADPF, bem como a súmulas vinculantes, não se confunde com a necessidade de se respeitar precedentes judiciais, já que súmulas e decisões em controle concentrado não são precedentes. Destarte, devem ser respeitados, sob pena de reclamação¹⁰⁰.

O §2º do art. 927 prevê a possibilidade de alteração da tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. A superação dos precedentes deve ser realizada com cautela, podendo, segundo o NCPC, ser precedida de audiências públicas que servirão para democratizar o debate e legitimar as novas decisões sobre o tema em discussão. A norma visa é permitir a revogação de precedentes que já não correspondam mais à realidade econômica, política, social ou jurídica.

Além disso, na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF 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. Trata-se de uma novidade que já vinha sendo aplicada pelo STF, mas que, a rigor, só era prevista em lei para o caso de ADI¹⁰¹.

Regra geral, aplica-se o entendimento das cortes superiores às demandas pendentes de julgamento, não importando a jurisprudência vigente à época da pretensão jurídica em juízo deduzida. Por outro lado, as ações que já tenham sido decididas sob a égide do entendimento anterior não devem

¹⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda. Op. Cit, p. 486.

¹⁰¹ WAMBIER, Teresa Arruda. Op. Cit, p. 489.

sofrer com a modificação do precedente, em respeito à imutabilidade da coisa julgada.

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

Essa modulação atinge os processos que ainda estejam em andamento, bem como para aqueles que no futuro vierem a ser ajuizados, não se admitindo relativizar a coisa julgada em decorrência de alteração de precedente judicial.

De acordo com Tereza Arruda Alvim Wambier, “a modulação é mais do que isso: pode ser temporal, espacial, gradativa, escalonada, enfim, é uma porta aberta para em função da situação concreta se estabelecerem regras quanto ao alcance da mudança”¹⁰².

Em relação à modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, observar-se-á a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Nesse diapasão, a *ratio decidendi* extraída do voto vencido não constitui precedente vinculante. A vinculação, nas hipóteses admitidas, se dará de forma hierarquizada. À guisa de exemplo, se o STJ deve observar o entendimento do STF e assim por diante, com relação aos tribunais de segundo grau. Também os órgãos fracionários devem seguir os precedentes fixados pelo tribunal.

Esse novo regramento evita situações nas quais dois jurisdicionados, em situações juridicamente semelhantes, tenham seus recursos julgados de forma completamente distintas exclusivamente porque foram julgados por diferentes turmas de um mesmo tribunal.

O NCPC prevê, ainda, que a eficácia vinculante do precedente será afastada quando os fundamentos do caso paradigma, que poderiam servir de parâmetro para o caso sob julgamento, não forem imprescindíveis para o

¹⁰² WAMBIER, Teresa Arruda. Op. Cit, p. 490.

resultado final ou quando não forem adotados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que estejam presentes no acórdão. Desse modo, terá efeito vinculante tão-somente os argumentos essenciais, os que definirem a tese a ser aplicada e que forem aceitos pela maioria. A intenção do legislador é de evitar que, para sustentar suas teses, os operadores do direito se atenham a votos vencidos ou precedentes que não se amoldam ao caso concreto.

A formação de precedente deve observar o devido processo legal. Nessa linha, estabelece o NCPC que na formação de um precedente será vedada a utilização do fundamento a respeito do qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar. Apenas decisões proferidas ou seguidas pela maioria dos julgadores e que se amoldem ao caso concreto podem ser utilizadas como paradigma para decisões futuras.

4.3 Precedentes e a Reclamação

A Reclamação, prevista nos arts. 988 a 993 do novo Código, é mais uma novidade do NCPC, mas não do direito processual brasileiro. Na esteira das disposições constitucionais – art. 102, inc. I, alínea *l* e art. 105, inc. I, alínea *f*, ambos da CRFB –, a Reclamação é a ação cabível para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões proferidas pelo STF e pelo STJ. Também é possível ajuizar Reclamação para garantir a autoridade das súmulas vinculantes (art. 103-A, §3º, CRFB).

A importante novidade apresentada pelo NCPC foi a ampliação do cabimento da Reclamação, que foi transformada em instrumento apto a salvaguardar o regime de precedentes adotado pelo novo Código. Sua função essencial é preservar o poder jurisdicional do Tribunal, seja em face de violação de sua competência, seja em face do desrespeito à decisão que tenha proferido.

A Reclamação é remédio que visa a impedir que julgamentos sejam proferidos por órgãos não competentes, ou mesmo que sejam praticados atos que impeçam as lides de serem levadas ao conhecimento dos Tribunais que são legalmente investidos do poder jurisdicional para seu julgamento. A usurpação de competência legalmente atribuída a Tribunal, por ato de autoridade judicial ou administrativa, não viola apenas o princípio do juiz

natural e do devido processo legal, mas também os poderes jurisdicionais do Tribunal competente¹⁰³.

À título de exemplo, caberá “reclamação, por usurpação de competência de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, contra decisão do juiz de primeiro grau que inadmitir o recurso de apelação” (Enunciado 207 do FPPC¹⁰⁴), uma vez que ao juiz *aquo* não cabe mais o juízo de admissibilidade no recurso de apelação (art. 1.010, §3º, NCPC).

A Reclamação é, ainda, remédio que tem por escopo garantir que decisões jurisdicionais sejam respeitadas e fielmente cumpridas. Trata-se de remédio cuja finalidade é garantir que o direito seja cumprido e, além disso, que decisões jurisdicionais, nas quais direitos tenham sido reconhecidos, sejam respeitados¹⁰⁵. Por isso, prevê o art. 988, inc. II do NCPC o cabimento da Reclamação para garantir a autoridade das decisões do Tribunal.

Finalmente, a Reclamação é remédio processual adequado para combater hipóteses de ofensa à autoridade do Tribunal e, no NCPC, em especial nos casos de não observância aos precedentes obrigatórios, previstos no art. 927, do novel diploma processual civil.

Apesar de mais comum no âmbito das Cortes Superiores, a Reclamação é essencial como instrumento de defesa judicial das decisões proferidas pelas cortes estaduais, no exercício da função de guardiãs das Constituições estaduais. Assim, podemos dizer que, simetricamente, a Reclamação pode ser utilizada perante qualquer Tribunal, e não apenas no âmbito dos tribunais superiores, de acordo com o art. 988, §1º, NCPC.

O NCPC alarga, pelo menos de forma expressa, as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional ao prever que ela poderá ser ajuizada para garantir a observância de súmula vinculante e de acórdão ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de

¹⁰³ SPADONI, Joaquim Felipe. Reclamação. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 510.

¹⁰⁴ O Fórum Permanente de Processualistas Civis é evento que reúne o principais processualistas brasileiros. A premissa filosófica deste Fórum consiste em somente emitir enunciados aprovados por unanimidade no grupo temático e na plenária. Uma única objeção justificada de algum participante, seja no grupo, seja na plenária, enseja a rejeição do enunciado. Também somente por unanimidade é possível revisar ou cancelar enunciado aprovado anteriormente.

¹⁰⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. Ed. RT, 2015, p. 1415.

competência. Com isso, o NCPC pretendeu encerrar a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do cabimento da Reclamação para além das hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, tornando-se, a partir de então, mecanismo processual de aplicabilidade geral por todos os tribunais brasileiros¹⁰⁶.

É dizer, a partir do NCPC, estando a tese jurídica firmada em uma das hipóteses previstas no art. 988, pode a parte prejudicada ou o próprio Ministério Público propor a Reclamação com vistas a “relembrar” à instância inferior sobre a necessidade de se observar os precedentes.

O único óbice à aplicação da Reclamação é a coisa julgada, porquanto ela não pode exercer o papel de ação rescisória. Se a decisão impugnável por Reclamação vier a transitar em julgado, esta não será cabível, conforme expressamente dispõe o §5º, inc. I, do art. 988, do NCPC.

A Reclamação é uma ação autônoma. Quando um ato contraria decisão proferida por Tribunal, é possível a interposição simultânea do recurso adequado e da Reclamação, visto que possuem naturezas jurídicas díspares. Logo, recurso e reclamação são instrumentos processuais que podem ser utilizados conjuntamente, sem prejuízo recíproco, de modo que a inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida não prejudica a reclamação ajuizada pela parte prejudicada¹⁰⁷.

O procedimento da Reclamação está previsto nos art. 988 a 993, do NCPC. É procedimento especial de caráter sumário, similar ao procedimento do mandado de segurança (*writ of mandamus*). A ação pode ser proposta pela parte prejudicada ou pelo *Parquet*, por meio de petição dirigida ao Presidente do Tribunal que proferiu a decisão desrespeitada ou que teve sua competência usurpada. Uma vez que consiste em ação cuja prova é essencialmente documental e pré-constituída, todo o acervo probatório deve acompanhar a exordial, sob pena de indeferimento.

A competência para o julgamento da Reclamação é do órgão jurisdicional cuja competência busca preservar ou autoridade se pretenda garantir (art. 988, §1º, NCPC). A ação deve ser distribuída preferencialmente

¹⁰⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. Op. Cit, p. 512.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. Ed. RT, 2015, p. 921.

para o relator do processo principal, do qual se originou a decisão desrespeitada (art. 988, §3º, NCPC).

Recebida a inicial, o relator deve requisitar informações da autoridade a quem está sendo imputada a prática do ato impugnado, tendo esta o prazo de 10 (dez) dias úteis para prestá-las (art. 989, I, NCPC).

O relator pode, ainda, determinar a suspensão total ou parcial do ato impugnado ou do processo em que ele foi proferido, concedendo tutela provisória de urgência. Para tanto, faz-se mister observar os requisitos do art. 300, NCPC – probabilidade do direito e perigo de dano irreparável à parte.

É indispensável a intervenção do Ministério Público no procedimento da reclamação, consoante dispõe o art. 991, do NCPC. Portanto, quando não houver formulado o pedido e atuar como parte, deverá o órgão ministerial ter vista do processo por 5 dias, oferecendo parecer.

Finalmente, o julgamento de procedência da reclamação deve resultar na preservação da competência do Tribunal ou no resguardo da autoridade de seu julgamento, que foi aviltado pelo ato impugnado. Para isso, o Tribunal conta com amplos poderes para adotar a medida que entenda mais adequada para corrigir tal afronta. O órgão julgador pode, dentre outras alternativas: a) avocar o conhecimento do processo em que foi verificada a usurpação de competência; b) ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto; c) cassar a decisão ou ato exorbitante de julgado ou da súmula vinculante da Corte.

A decisão deverá ser imediatamente cumprida, por ordem do Presidente do Tribunal, independentemente de lavratura e publicação do acórdão (art. 993, NCPC).

4.4 Precedentes e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Uma das principais novidades trazidas pelo NCPC é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. Trata-se de instituto totalmente inédito no processo civil brasileiro, correspondendo a um dos maiores avanços do novo Código em prol da uniformização jurisprudencial. Seu

objetivo é, por meio de uma *única decisão* de Tribunal, resolver uma *mesma questão de direito* objeto de julgamento em *múltiplas ações*¹⁰⁸.

Esse procedimento é uma das técnicas de julgamento de casos repetitivos previstas pelo NCPC, ao lado do julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, traduzindo-se em eficaz instrumento de consagração dos mencionados princípios da igualdade e segurança jurídica.

O IRDR é admitido quando houver “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre mesma questão unicamente de direito” (art. 976, I). Essas controvérsias têm o potencial de ocasionar a multiplicação de causas fundadas em uma mesma questão de direito, circunstância esta que pode provocar insegurança jurídica e ofensa à isonomia, frente à possibilidade de coexistirem decisões conflitantes.

O Incidente apresenta-se como método de solução de demandas múltiplas (macro-lides), em que se parte de um caso concreto entre contendores individuais, cujo debate permite constatar que há uma pretensão apta a repetir-se. É, assim, mais uma medida para minimizar os efeitos decorrentes do excessivo número de processo em curso no Poder Judiciário brasileiro e viabilizar um tratamento igualitário aos jurisdicionados.

A exigência de “efetiva repetição de processos” significa que não basta a potencialidade de múltiplas causas que versem sobre mesma questão de direito para se instaurar um IRDR. Exige-se uma real repetição de processos, objetivamente mensurável e documentalmente comprovável (art. 977, parágrafo único, NCPC).

Exige-se, ainda, que os múltiplos processos versem sobre “mesma questão de direito”, isto é, que exista uma tese jurídica sendo discutida em diversas demandas, de modo que o julgamento desta em uma das causas possa ser integralmente aplicado às demais. Não é necessário que “questão jurídica idêntica” seja a questão principal ou o mérito da causa, podendo ser matéria material ou processual (art. 928, parágrafo único c/c art. 976, §4º, NCPC). Assim, conclui-se que se pode estar diante de demandas diferentes

¹⁰⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. Incidente de resolução de demandas repetitivas. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 497.

(não repetitivas), mas nelas se repetir a mesma questão de direito (material ou processual). De todo modo, estar-se-á diante de um IRDR¹⁰⁹.

Com relação a situações fáticas similares, sabe-se que é um imperativo constitucional o tratamento jurídico idêntico para situações jurídicas idênticas. Ademais, como reiteradamente afirmado no presente trabalho, a existência de decisões conflitantes para casos idênticos provoca indesejável insegurança jurídica na sociedade.

Dar ampla publicidade ao IRDR é condição *sine qua non* para sua efetividade. Faz-se imperioso que todos os órgãos do Poder Judiciário, advogados e jurisdicionados tenham amplo e imediato conhecimento da instauração do Incidente para que alcance seu escopo. Por isso, exige-se que os Tribunais comuniquem ao CNJ toda e qualquer instauração e julgamento de IRDR, devendo também manter as informações em banco de dados eletrônicos atualizados.

Uma vez distribuído o pedido de IRDR, o relator deverá levar os autos ao imediato julgamento de admissibilidade pelo órgão colegiado competente. O preenchimento dos requisitos constantes do art. 976, NCPC será examinado pelos desembargadores que compõem a turma julgadora, sendo vedada a apreciação monocrática pelo desembargador-relator.

Se a questão de direito repetitiva a ser julgada no incidente suscitado já tenha sido aferida por um dos tribunais superiores para julgamento em recurso especial ou extraordinário repetitivos, ainda que não tenha sido julgado o referido recurso, será incabível o processamento do incidente (art. 976, §4º, NCPC).

Caso o órgão colegiado rejeite a instauração do IRDR, por não entender presentes seus pressupostos de admissibilidade, não impedirá que, futuramente, quando preenchidos tais requisitos, o incidente venha novamente a ser suscitado e analisado pelo Tribunal (art. 976, §3º, NCPC).

Quando admitido o IRDR pelo órgão colegiado, caberá ao relator suspender todos os processos individuais ou coletivo em curso no mesmo Tribunal e que verse sobre a mesma questão de direito delimitada no referido incidente. Essa suspensão deve perdurar até o final do processamento do

¹⁰⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. Ed. RT, 2015, p. 1115.

IRDR, que deve respeitar o prazo máximo de um ano (art. 980, NCPC). Esgotado esse lapso temporal, a suspensão somente poderá ser prorrogada por decisão fundamentada do relator.

Uma vez instaurado o IRDR, ele deverá ser julgado no mérito. Não cabe, pois, qualquer pedido de desistência. Igualmente, a desistência da ação de origem ou seu abandono são ineficazes, tendo em vista que não impedirão o julgamento de mérito do IRDR (art. 976, §1º, NCPC). Em qualquer dessas hipóteses, o Ministério Público deverá assumir a titularidade do Incidente

A lei não estabelece prazo para se requerer a instauração do incidente. Desde que a ação ainda esteja pendente de julgamento, perante o primeiro grau ou Tribunal, é possível que qualquer dos legitimados do art. 977, do NCPC (juiz, relator, partes, Ministério Público ou Defensoria Pública) suscite o IRDR.

O acórdão proferido no julgamento de IRDR possui caráter vinculante para todos os órgãos atrelados ao Tribunal que houver julgado o Incidente, sendo obrigatório para as ações em curso e para aquelas que vierem eventualmente a ser propostas após seu julgamento.

Cria-se, com o julgamento do incidente, “precedente de obrigatoriedade forçada”, na lição de Teresa Arruda Albim Wambier. Ademais, o julgamento do IRDR irradia outros efeitos processuais, cujas previsões não estão contidas no art. 985, mas em dispositivos dispersos no novo sistema processual civil¹¹⁰. A saber:

- a) Possibilita-se a concessão de *tutela de evidência* quando os fundamentos jurídicos invocados pelo autor forem coincidentes com os fixados em julgamento de IRDR (art. 311, II, NCPC);
- b) Permite-se o julgamento *liminar de improcedência do pedido*, quando este for contrário à tese fixada em IRDR (art. 332, III, NCPC);
- c) Não cabe remessa necessária quando a sentença estiver em consonância com julgamento de IRDR (art. 496, §4º, III, NCPC);

¹¹⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. Op. Cit., p. 504.

- d) Em *execução provisória*, dispensa-se a caução quando a sentença exequenda estiver em sintonia com o julgamento de IRDR (art. 521, IV);
- e) Autoriza-se ao relator negar provimento a recurso que contrarie julgamento de IRDR (art. 932, IV, *c*, NCPC);
- f) Autoriza-se ao relator julgar de plano o *conflito de competência*, justificando sua decisão em tese fixada em julgamento de IRDR (art. 955, parágrafo único, II, NCPC).

Uma vez julgado o incidente, o processo de origem, bem como aqueles que haviam sido suspensos, deve ter regular continuidade, finalizando-se seu julgamento com a aplicação, pelo magistrado, da tese fixada no respectivo IRDR.

Ressalte-se, porém, que nada impede que o juiz acolha matérias preliminares ou prejudiciais àquela fixada pelo Tribunal e julgue a causa em outro sentido. Assim, poderia o juiz, por exemplo, entender que a parte não é legítima ou que a ação está prescrita, extinguindo o processo sem aplicar a tese ficada naquele IRDR.

Pode, ainda, acontecer de a tese fixada no incidente ser, em tese, favorável à parte que a suscitou, mas, na prática, o julgamento lhe ser contrário, em virtude de provas colhidas durante a instrução processual demonstrarem que a parte não possuía o direito invocado e que estaria protegido pela tese fixada em IRDR.

Por fim, deve-se analisar a possibilidade de revisão da tese fixada em IRDR, prevista no art. 986, porquanto o regime de precedentes estabelecido pelo NCPC busca conferir ao jurisdicionado maior previsibilidade e segurança jurídica.

O art. 986, do NCPC dispõe que a revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo Tribunal, de ofício. Parcela da doutrina defende que esse artigo disse menos do que deveria¹¹¹.

Não pode o órgão competente para julgar incidentes dessa natureza simplesmente proferir novo julgamento, *ex officio*, modificando a tese

¹¹¹ SPADONI, Joaquim Felipe. Op. Cit., p. 506.

anteriormente fixada. A alteração da tese fixada em julgamento de IRDR deve, outrossim, ser precedida de maior cautela. Para Teresa Arruda Alvim Wambier, “a mudança de jurisprudência é algo que deve ser visto, sentido e ocorrer de forma mais solene. Deve haver a consciência de que se está mudando a regra, a pauta de conduta considerada correta, e isso não pode se alterar a cada semana nem a cada mês”¹¹².

O art. 986, do diploma processual civil permite, em verdade, que o Tribunal, de ofício, inicie o procedimento de alteração da tese fixada, assim como é facultado ao Ministério Público e a Defensoria Pública. O novo incidente, cujo objeto é a revisão da tese anteriormente fixada em IRDR, deverá seguir o mesmo procedimento previsto nos arts. 976 e ss., com importantes acréscimos dos parágrafos do art. 927 do NCPC, os quais se aplicam a alteração de precedentes vinculantes.

Ao final do procedimento, pode o Tribunal, por meio de sua turma julgadora, entender que não é o caso de se proceder à referida modificação, mantendo-se a tese tal como fixada primeiramente. Se porventura houver alteração, o Tribunal deverá observar a necessidade de fundamentação específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

4.5 Precedentes e o Incidente de Assunção de Competência

O Incidente de Assunção de Competência – IAC já era previsto no art. 555, §1º, do Código de Processo Civil de 1973, permitindo-se que fosse o recurso julgado por órgão colegiado mais amplo uma vez que houvesse relevante questão de direito e conveniência de prevenir-se divergência existente entre câmaras ou turmas de um mesmo Tribunal.

O NCPC buscou aprimorar a regra prevista no Código de Processo Civil de 1973. Com a extinção do instituto da “uniformização de jurisprudência” outrora prevista no diploma processual revogado, o IAC assumiu também a função daquele procedimento. Assim, o NCPC permite a utilização do IAC para duas finalidades. Primeiro, possibilitar que relevante

¹¹² WAMBIER, Teresa Arruda. Op. Cit, p. 506

questão de direito, com expressiva repercussão social, seja julgada por órgão colegiado mais amplo que o inicialmente competente para julgamento do recurso, remessa necessária ou processo de competência originária (art. 927, *caput*, NCPC). Segundo, prevenir ou dirimir eventuais divergências entre turmas ou câmaras de um Tribunal sobre relevante questão de direito (art. 927, §4º, NCPC)¹¹³.

Em qualquer das hipóteses acima mencionadas, o IAC terá força vinculante, cujo atendimento é obrigatório por todos os juízes e órgãos do Tribunal que proferiu a decisão. Nesse diapasão, a supressão de eventuais divergências entre juízes e órgãos do Tribunal será sempre um de seus efeitos.

O IAC é cabível em qualquer processo judicial que tramite em um Tribunal – seja ele recurso, remessa necessária ou de competência originária, podendo a turma originariamente competente remetê-lo ao órgão colegiado mais amplo para que este decida a questão quando presentes os requisitos.

Os requisitos do IAC variam de acordo com sua finalidade. Significa dizer que, quando se pretende compor ou prevenir divergência interna no Tribunal, o legislador exige, conforme dispõe o art. 947, §4º, NCPC, dois requisitos, quais sejam: a) *relevante questão de direito*; b) *divergência efetiva ou potencial entre câmaras ou turmas do Tribunal*. Entretanto, quando o IAC tiver por escopo permitir que determinada causa seja julgada por órgão colegiado mais amplo do Tribunal, com maior representatividade em sua opinião, serão outros os requisitos: a) *relevante questão de direito*; b) *grande repercussão social*; c) *sem repetição de múltiplos processos*.

Observe-se que, na segunda hipótese acima descrita, não se exige o requisito da *divergência efetiva ou potencial entre câmaras ou turmas do Tribunal*. A questão pode estar presente em apenas um caso, mas, em razão de sua relevância e expressiva repercussão social, demonstra-se apropriado que o Tribunal profira o julgamento por meio de um órgão colegiado mais amplo e de maior representatividade, perante a sociedade. Trata-se, pois, de um julgamento mais cuidadoso, com debates mais extensos, que revela maior maturidade da decisão final.

¹¹³ SPADONI, Joaquim Felipe. Op. Cit., p. 492.

Por fim, destaca-se que havendo multiplicidade de processos em qualquer dos casos, todavia, não será hipótese de *assunção de competência*, mas sim de *incidente de resolução de demandas repetitivas* – instituto examinado no presente trabalho.

Ao contrário do que ocorria com a “uniformização de jurisprudência”, à época da vigência do CPC/73, no NCPC, o incidente de assunção de competência abrange toda a causa. O órgão colegiado mais amplo do Tribunal deverá, portanto, julgar não apenas a “relevante questão social”, que foi mote para a assunção de competência, fixando a tese a ser adotada no julgamento final, mas também proferirá este julgamento, enfrentando as demais questões de fato e de direito pendentes de apreciação.

Quanto à competência para julgamento do IAC, ela será definida no regimento interno do Tribunal, necessariamente com composição mais ampla do que o órgão inicialmente competente para julgamento.

O incidente poderá ser provocado de ofício pelo relator ou, ainda, a requerimento das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Esse requerimento deverá ser apreciado pelo órgão colegiado inicial que, no caso de aprová-lo, remeterá a causa ao exame do órgão colegiado maior¹¹⁴.

A distribuição e o julgamento do IAC pelo órgão competente deverão seguir o quanto estabelecido no regimento interno do respectivo Tribunal. De todo modo, o NCPC estabelece que o incidente poderá ser recusado caso o órgão competente entenda não haver interesse público em seu julgamento (art. 947, 2º, NCPC).

A novidade mais relevante do NCPC em relação ao incidente de assunção de competência consiste na determinação de que o acórdão proferido em sede de IAC vinculará todos os juízes e órgãos fracionários ligados ao Tribunal que proferiu a decisão. Cria-se, com o julgamento do IAC, um “precedente de obrigatoriedade forte”, como ensina a professora Teresa Arruda Alvim Wambier.

¹¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, nota 4 ao art. 947, Ed. RT, 2015, p. 1876

Além da força vinculante do acórdão que julga o incidente em comento, o NCPC também enuncia outros efeitos de seu julgamento, valendo destacar os seguintes¹¹⁵:

- a) permite-se o julgamento liminar de improcedência do pedido quando este for contrário à tese fixada em assunção de competência (art. 332, III, NCPC);
- b) não cabe remessa necessária quando a sentença estiver de acordo com o julgamento de assunção de competência (art. 496, §4º. III, NCPC);
- c) autoriza-se ao relator negar provimento ao recurso que contrariar julgamento de assunção de competência (art. 932, IV, c);
- d) autoriza-se ao relator julgar de plano o conflito de competência, fundamentando sua decisão em tese fixada em julgamento de assunção de competência (art. 955, parágrafo único, NCPC).

Conclui-se que o NCPC conta com inúmeros dispositivos de visam a conferir efetividade ao sistema de precedentes nele previsto, sem com o intuito de assegurar ao jurisdicionado segurança jurídica, previsibilidade e isonomia. Assim, a revisão de teses fixadas no âmbito de um incidente de assunção de competência deve ser sempre realizada por meio de um procedimento em que se adote ainda maior cautela no julgamento, podendo ser precedida de audiências públicas e participação de pessoas, órgãos e entidades que possam contribuir para a discussão da tese.

Enfim, a revisão de tese realizar-se-á por julgamento fundamentado, sendo possível a modulação dos efeitos da decisão, considerando-se, mais uma vez, os princípios da isonomia, confiança e segurança jurídica (art. 927, §§3º e 4º, NCPC).

Se efetivamente utilizado, o IAC proporcionará relevante contribuição para o estímulo às resoluções alternativas de conflitos, bem como para o fortalecimento da prestação da tutela jurisdicional.

¹¹⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. Op. Cit., p. 494

CONCLUSÕES

Este trabalho teve por objetivo analisar os mais relevantes aspectos relacionados à dinâmica da teoria dos precedentes judiciais, desde suas origens históricas até sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição do NCP. Baseou-se na hipótese de que há plena condição de aplicabilidade da *teoria dos precedentes judiciais obrigatórios* no Brasil, tendo em vista que embora no Brasil vigore o sistema *civil law*, a teoria do *stare decisis*, característica do *common law*, é plenamente compatível com o ordenamento jurídico pátrio.

À vista do panorama aqui delineado acerca do precedente judicial, apresentaram-se importantes reflexões no que concerne à temática. As constantes transformações sociais, como a abrangência de direitos fundamentais e a ampliação do acesso à justiça, engendraram uma crescente judicialização de demandas, que, muitas vezes, tratam de matéria sobre a qual já foi firmado entendimento sobre o tema. A multiplicação descomedida de novas demandas relativas ao mesmo tema, associada ao tratamento divergente muitas vezes dentro de um mesmo Tribunal, despertou nos processualistas a necessidade de se repensar o modelo jurisdicional então vigente.

Desse modo, após analisar o contexto histórico em que se conceberam e desenvolveram as tradições da *Common Law* e da *Civil Law*, comprovou-se que diversos fatores aproximam as duas famílias do Direito, como o constitucionalismo, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais. Observou-se também que, na maioria dos países que adotam a matriz de *common law*, as leis são difundidas com certa facilidade, como ocorre nos Estados Unidos da América. Esse fenômeno também é percebido nos países que adotam a *Civil Law*, como é o caso do Brasil, onde há, porém, maior atividade jurisdicional com o fito de interpretar e complementar a atividade legiferante.

A pesquisa analisou a tendência, no direito brasileiro, de amadurecimento da teoria de precedentes judiciais obrigatórios. Para tanto, foi abordada a definição de precedentes, com a apresentação de sua distinção conceitual em relação a decisão judicial, jurisprudência, súmula vinculante e súmula. Verificou-se, então, que o precedente é decisão que serve de referência para os julgamentos de casos

semelhantes no futuro, diversamente dos demais conceitos supramencionados – que foram sinteticamente analisados.

Em seguida, examinou-se as modalidades de precedentes e o processo de formação e aplicação e superação dos mesmos. Compreender sua formação é de suma importância, pois consiste na delimitação da *ratio decidendi* que efetivamente serve de sustentáculo para o posicionamento adotado na decisão paradigma. Concluiu-se que a razão de decidir não se confunde com argumentos que isoladamente são insuficientes para garantir sua precedência em casos semelhantes - o chamado *obiter dictum*.

O presente estudo destacou, ainda, a importância de se compreender o processo de superação de precedentes judiciais, bem como a força vinculante desempenhada na ordem jurídica. Averiguou-se que, nos países que primam pelo respeito aos precedentes judiciais, há a preocupação de os magistrados justificarem exaustivamente os motivos de se alterar uma tese-paradigma. O julgador deixa de utilizá-la tão-somente em situações específicas, quando percebe-se o uso inadequado da *ratio decidendi* ou quando o precedente reconhecidamente foi formado de maneira errônea ou não mais corresponde à realidade social. Nesse sentido, qualquer que seja o motivo que enseje a superação, devem os magistrados realizar juízo de ponderação, para que não ocorram mudanças bruscas na jurisprudência.

De remate, concluímos, diante do já exposto e à luz das demais ponderações que alicerçam este estudo, pela importância dos precedentes como instrumento de garantia da igualdade, previsibilidade e segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio. Atende-se à segurança jurídica quando se efetiva um estado de cognoscibilidade, confiabilidade e previsibilidade do Direito. Salienta-se que o Executivo e o Legislativo têm papel fundamental na concretização dos mencionados princípios. Quanto ao Judiciário, este deve buscá-la através da uniformização de sua jurisprudência.

Como observado, em um sistema formado por diversos órgãos jurisprudenciais, é perceptível o surgimento de decisões conflitantes para situações jurídicas semelhantes. Afirmou-se reiteradamente que a existência de julgamentos conflitantes em relação a matérias sobre as quais existe posicionamento consolidado nos tribunais superiores minimiza a credibilidade do sistema jurisprudencial para com os jurisdicionados. Ao solucionar lides, cabe ao

juiz prover correta tutela judicial, assegurando que aqueles que se encontram em posição semelhante recebam tratamento jurídico similar.

Incontestavelmente, a existência de um regime de precedentes judiciais, no qual se determina que juízes e órgãos fracionários de um tribunal sigam a interpretação prevalente nos órgãos superiores, promove o estado de cognoscibilidade. Tal estado de segurança jurídica reduz o nível de indeterminação na interpretação da norma jurídica pelo cidadão, que saberá a norma que deverá ser aplicada e a previsibilidade do julgamento de eventual demanda judicializada. Permite-se, portanto, ao jurisdicionado conhecer qual conduta é imposta, proibida ou permitida pelo Direito.

A oscilação de interpretação confunde o cidadão sobre qual sentido determinada norma deve ser seguida e, por isso, a uniformidade de entendimentos judiciais alcançada com o precedente oferece ao jurisdicionado intelegibilidade e segurança ao conteúdo do Direito, ou seja, aquele que procura a tutela jurisdicional já conhecerá os limites de aplicação das normas, podendo-se comportar conforme essa interpretação normativa.

Também o precedente contempla o estado de confiabilidade, visto que a durabilidade dos entendimentos judiciais por ele promovido confere ao cidadão maior confiança nos órgãos jurisprudenciais, pois demonstra que juízes e tribunais respeitam a função uniformizadora das instâncias superiores e assim ao próprio ordenamento jurídico.

Garante-se, com isso, que decisões consolidadas não sejam bruscamente alteradas ou desconsideradas pelos julgadores, situação esta gera descrédito do cidadão na prestação jurisdicional. Já em relação ao estado de calculabilidade conferido pela segurança jurídica essa é efetivada pelo precedente em razão deste fixar, no procedimento de superação, a obrigatoriedade de justificar a mudança de entendimento, permitindo que o jurisdicionado calcule quando ocorrerá alterações interpretativas e assim possa se comportar conforme elas. Observou-se, ainda, que o precedente ao conferir julgamento uniforme para casos semelhantes admite que o cidadão possa calcular as consequências do julgado assemelhado, podendo ponderar sobre a propositiva ou não de demanda judicial.

Por esses motivos, os precedentes promovem os estados cognoscível, confiável e calculável e, com isso, proporciona segurança jurídica na prestação

jurisdicional. Todavia a adoção do sistema de precedentes judiciais provoca acentuado debate a respeito da sua aplicação no ordenamento brasileiro.

Desse modo, cabe ao julgador ponderar sua aplicação conforme o contexto social e fático em que foi elaborado o precedente e se a decisão modelo é adequada para utilização do caso em julgamento.

Nesse âmbito, não se desconsidera a dificuldade dos litigantes em separar as razões de decidir daquelas que não foram determinantes para o precedente, quando se quer demonstrar que existe identidade entre os fundamentos da tese paradigma com aquele caso similar. Para tanto, os órgãos devem esclarecer quais as razões que foram determinantes para se identificar a *ratio decidendi*.

Importante que os órgãos judiciais no momento de superação dos precedentes equilibre entre a estabilidade de entendimento com a dinamicidade do ordenamento jurídico. No intuito de se garantir maior segurança jurídica, uniformidade jurisprudencial e maior eficiência na prestação jurisdicional, vem sendo realizadas constantes reformas processuais no ordenamento jurídico brasileiro. E o que foi verificado nessas mudanças, foi a incorporação de instrumentos que procuram fortalecer os precedentes na prática jurídica nacional. Nesse sentido o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil busca conferir maior respeito a aplicação dos precedentes judiciais pelos Juízes e Tribunais. Nesse aspecto é inevitável que seja apontado algumas verificações.

Mecanismos processuais adotados no Novo Código de Processo Civil como o Incidente de Resolução de Demandas repetitivas pretende proporcionar segurança jurídica e isonomia, uma vez que é requisito para a sua instauração o grave risco de gerar insegurança decorrente da existência de decisões contraditórias. Além disso, procura fortalecer a aplicação dos precedentes judiciais, isto porque consiste em formar decisão paradigmas para ser seguida por órgãos jurisdicionais, porém limita a incidência desse precedente aos processos suspensos.

Finalmente, os estudos realizados permitiram verificar que:

- a) Apesar das diferenças existentes entre as famílias *Common Law* e *Civil Law*, no que se refere a sua formação, fonte de direito e como pensam os juristas de cada sistema; circunstâncias como o constitucionalismo e a inserção de cláusulas gerais nos textos normativos, propiciam que os sistemas jurídicos originários de uma família adotasse procedimentos comumente usados em outra família;

- b) Nesse aspecto, verificou-se que é possível a aplicação de precedentes judiciais no ordenamento brasileiro, desde que seja organizado em sistema compatível com a ordem jurídica brasileira;
- c) Foi observado, ainda, que no momento de aplicação do instituto se mostra necessário identificar a razão de decidir do julgamento paradigma, a fim de que seja individualizado dos argumentos não decisivos, visto que estes não irão influenciar no caso semelhante. Ademais, é fundamental que seja previsto mecanismos processuais que permitam a revogação e superação do precedente para que se garanta estabilidade ao ordenamento jurídico;
- d) Constatou-se que, a utilização e estruturação dos precedentes judiciais, além de proporcionar uniformização judicial promove a segurança jurídica, uma vez que permite aos jurisdicionados saber qual o entendimento vigente na jurisprudência. Confere-se, com isso, maior confiabilidade ao cidadão na correta prestação jurisdicional;
- e) Percebe-se, ainda, que com o intuito de sistematizar o uso dos precedentes judiciais na ordem jurídica nacional, o NCPC dispõe sobre procedimentos que buscam valorar a atividade jurisprudencial, como a necessidade de fundamentação de atos judiciais, a uniformização de jurisprudência, a Reclamação, o IRDR e o IAC.

De fato, para se alcançar maior grau de segurança jurídica é necessário que haja unidade na esfera jurisprudencial, pois o jurisdicionado terá maior credibilidade nas instituições judiciais. Desse modo, apesar das considerações realizadas, os precedentes judiciais garante que magistrados e tribunais apliquem decisões consolidadas das Cortes Superiores, o que gera maior segurança nas relações jurídicas, dado que promove os estados de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. Entretanto, mais importante do que sua adoção no sistema jurídico brasileiro é a prática de respeito na sua aplicação.

Para que os precedentes judiciais possam, entretanto, cumprir sua função a alteração legislativa não será suficiente. Não se pode olvidar do livre convencimento motivado e, nesse sentido, é possível que superação de precedentes seja utilizada com vistas a burlar o novo regime de precedentes. É, portanto, fundamental que, na atividade judicante, juízes e Tribunais efetivamente respeitem seus próprios precedentes formados por órgãos superiores. Também,

aos operadores de Direito em geral, caberá conhecerem as regras básicas de aplicação e superação dos precedentes, razão pela qual a formação acadêmica deverá melhor capacitá-los para operar o Direito Jurisprudencial.

De outro lado, deve-se organizar e atualizar os repertórios jurisprudenciais com a disponibilização de informações suficientes para que se saiba a atual validade de um precedente, a fim de ser garantido o amplo acesso a informação à comunidade jurídica.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL, Guilherme Mungo. *A concepção do precedente judicial pelo direito brasileiro: aspectos históricos, atuais e prospectivos*, 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

CARON, Déborah. Teoria dos Precedentes judiciais e sua eficácia para a garantia da segurança jurídica.

CARVALHO, Alexandre. Efeito Vinculante e Concentração da Jurisdição Constitucional no Brasil. 1ª. ed. Brasília: Consulex, 2012.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012.

CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito Romano Moderno*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. *Formação Histórica, Aspectos do desenvolvimento, perspectivas de convergência das*

tradições de *common law* e de *civil law*. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011.

DANTAS, Bruno et al – Coordenadores. ABBOUD, Georges et al. *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, Salvador: Juspodvm, 2013

DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. V. 2. 6ª ed. Salvador: Juspodvm, 2011, p. 387.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 51-52.

JESUS, Priscilla Silva de. *Teoria do precedente judicial e o novo código de processo civil*.

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

MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Ed. Juspodvm, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme – Coordenador. BARBOSA, Adriano et al. A força dos Precedentes. 2ª ed., revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvm, 2012

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. Ed. RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do *Civil Law* e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Estados Unidos: Dartmouth, 1997.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. Ed. RT, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENEZES, Elis Costa. *Distinguishing: instituto necessário à aplicação dos precedentes judiciais*. 2013. Monografia (Conclusão de curso). Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

MIRANDA, Tássia Baia. Stare decisis e a aplicação do precedente no sistema norte-americano. 2006. P. 12. Monografia (Conclusão do curso) – Universidade Federal do Pará, Centro de Ciências Jurídicas, Belém.

NUNES, Elpídio Donizetti. A força dos precedentes no novo código de processo civil. Belo Horizonte, 2015.

POLICHUK, Renata. Precedente e segurança jurídica: a previsibilidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROBERTO, Giordano Bruno S. *Introdução à História do Direito Privado*. Ed. Del Rey-2003.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1. ed. (ano 2006), 5. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007.

SPADONI, Joaquim Felipe. Incidente de resolução de demandas repetitivas. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016,

SPADONI, Joaquim Felipe. Reclamação. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York States). In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Estados Unidos: Dartmouth, 1997.

TARTUFFO, Michele. *Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidade y justicia*, Proceso y Constitución - El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación, Lima, Palestra Ed., 2015, p.136-137

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Revista de Processo, nº 199, setembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOALDO, Adriane Medianeira. A cultura do litígio x a cultura da mediação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte de direito. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 215.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. Ed. RT, 2015

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 54, out, 2009

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.