

OS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUAS APLICAÇÕES

*** UBIRATAN PRADO DE SOUZA**

Bacharel em Direito pela Fadipa

**** HÉLIO WILIAM CIMINI MARTINS FARIA**

Graduado em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce e mestre em gestão integrada do território pela Universidade Vale do Rio Doce. Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga - FADIPA, Professor de Pós Graduação, Advogado.

RESUMO

O objetivo desta pesquisa foi analisar o instituto dos precedentes judiciais obrigatórios que vieram descritos no corpo do Código de Processo Civil de 2015. Neste sentido analisou-se as origens do referido instituto, as mudanças que ele pode ocasionar na forma de se cumprir o mandamento constitucional de uma duração razoável do processo, a possibilidade ou não dos precedentes trazerem maior segurança jurídica aos jurisdicionados, e ainda se este será a instituição de um engessamento da justiça limitando o poder interpretativo e decisório dos juízes e tribunais. A motivação para esta pesquisa foi, sem dúvida, a novidade que o CPC trouxe com a previsão dos precedentes e também a divergência por parte dos doutrinadores na avaliação dos benefícios e os malefícios que esta “inovação” no ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de entender se tal divergência merece mesmo tamanha atenção por conta de nossos doutrinadores. Esta inovação tem tirado o sono de boa parte da doutrina e de julgadores, não só pelo “medo” do novo, mas também pela possibilidade de estar se criando uma forma institucionalizada de injustiças. Muito também por conta disto, o presente trabalho busca demonstrar que a sistemática em torno dos precedentes mostra que somente parte deles terá força vinculante mas que contudo existem técnicas e meios de se evitar o engessamento da justiça e promover a evolução do direito brasileiro.

Palavras chave: Código; inovação; precedentes; medo; engessamento; direito brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

Há muito tempo, grande parte do público jurídico brasileiro clamava por uma uniformização das decisões ou pelo menos que algo que fizesse com que a tão almejada segurança jurídica fosse, enfim alcançada. Havia o desejo de que uma vez proposta à ação fosse possível prever seu desfecho e que este não trouxesse surpresas para as partes.

Com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015, e sua entrada em vigor em 2016 trouxe um instituto que pode ser o grande passo para que se possa enfim existir dentro do ordenamento jurídico pátrio a sonhada segurança jurídica em relação a não surpresa das decisões. Mais que isso o “novo” instituto traz além de

uma obrigação aos magistrados e as partes, traz responsabilidades e coerência nas decisões.

Contudo, apesar das aparentes vantagens que foram propostas e colocadas no interior expressamente no novo diploma legal, surpreendentemente varias vezes na doutrina se levantaram posicionando-se contra o dispositivo em apressa sobre o manto e uma gama de questionamentos sobre a validade da instituição dos precedentes sob a alegação de que estes irão ser um gesso para a justiça, que ira ser uma máquina de produção de injustiças e que será um entrave ao acesso das pessoas a poder judiciário.

As críticas podem ser vistas como exageradas, um discurso dotado, de um espírito mais emotivo peculiar do brasileiro, do que racional ou mesmo embasado em conhecimento necessário para opor-se à mudança. Mas ainda sim é valido que exista a critica e a oposição, pois sem isto não há evolução, se as pessoas aprendem muito mais com o fracasso do que com o sucesso, e salutar que exista esta critica para que o direito brasileiro possa olhar para frente, e visualizar o horizonte das mudanças e não ficar passivo olhando os próprios pés.

O que se pretende demonstrar é que não há motivo para tanto estardalhaço com relação aos precedentes, busca-se a uniformidade das decisões, a previsibilidade, tenta dar à justiça uma celeridade que hoje ela não possui, busca uma igualdade na apreciação do julgado, mas para que ele exista, os fundamentos que servem de base para a decisão deve ser o mesmo, caso contrario mesmo que a decisão seja a mesma não se tem presentes os precedentes, dai decorem os problemas pois muitos casos não existe deliberação destes fundamentos, e sim somente o resultado do recurso, a razão para decidir não ocorre. Uma decisão colegiada, não pode ser um ajuntamento de decisões individuais, mas dever ser construída gradativamente a partir da deliberação dos fundamentos.

A pesquisa será realizada de forma jurídico-teórica já que a solução do problema será buscada a partir da análise dos conceitos e parâmetros doutrinários, e legais. Quanto ao tipo da pesquisa, esta será bibliográfica visto que serão analisados os conteúdos das doutrinas, artigos, leis e revistas já publicadas sobre o assunto. Quanto à técnica a ser utilizada será considerada documentação direta e indireta, visto que serão utilizadas fontes secundárias conforme obras listadas nas referências, cujos autores abordam aspectos relevantes relacionados à pesquisa e também consistirá no levantamento de dados no próprio local em que os fenômenos

ocorrem. Também dados da internet em sites de publicações e discussões contidas nas páginas.

Em primeiro momento se fará necessário estabelecer o mínimo de lastro de conhecimento para que o assunto possa ser tratado da forma que ele merece, e para tanto será disponibilizado os conceitos que regem a matéria e são fundamentais para o bom andamento e aplicação nos casos dos precedentes nos casos concretos.

Vencida esta parte ocupar-se-á então de tentar da forma mais clara possível das possibilidades de aplicação ou não dos precedentes aos casos, bem como as formas de superação e distinção do caso concreto em relação ao precedente.

Superado este momento será a vez de verificar a possibilidade de adoção no Brasil de um sistema de precedentes, tentar superar as dúvidas quanto à existência ou inexistência desse instituto no país.

Por fim, mas não menos importante, serão apresentados os resultados da análise de todo o conteúdo do trabalho.

2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS

Assim como muitos institutos no direito, os precedentes também são regidos por conceitos que devem ser destacados para que se possa ter a real dimensão e compreensão sobre o tema. Desta forma não se pode furtar as pessoas do dever de apresentá-los e com o devido cuidado tentar, com os conhecimentos adquiridos, explicar cada um deles para que desta explanação possa surgir à luz que ira guiar nosso caminho por essa estrada.

A seguir serão expostos alguns conceitos como, por exemplo, a, *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, *distinguishing*, e alguns outros que serão expostos e não se faz necessário que sejam citados neste momento.

2.1 Da *ratio decidendi* (Holding)

A *ratio decidendi*, ou para os americanos a *holding*, para Pierluigi Chiassoni podem ser atribuídas inúmeras definições, conceituando-a de acordo com o tipo de objeto designado e quanto ao grau de especificação do objeto designado, assim em sua primeira leva-se em conta conteúdo da decisão, enquanto que na segunda

classificação, considera-se a opinião do juiz que proferiu o precedente, do juiz sucessivo e da doutrina jurídica. Se poderia agora elencar as classificações fornecidas pelo autor pormenorizando cada item delas, contudo o próprio autor embora elenque as classificações as critica, sob a alegação que não são uniformes e determinados, além de expressarem contrariedade, se considerados conjuntamente. Assim, resumidamente para Pierluigi Chiassoni a *ratio decidendi* é um enunciado formulado numa decisão, que, à luz da estrutura lógica da fundamentação (aspecto objetivo) e segundo a opinião do juiz que prolatou a decisão (aspecto subjetivo), não pode ser retirada da fundamentação de uma decisão, sem que prejudique a sua norma jurídica geral.

De acordo com Fred Diddier Jr (2018), a *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam uma decisão, a opção adotada na sentença que sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. Para este autor o magistrado ao proferir uma decisão ele necessariamente cria duas normas jurídicas, a primeira de caráter geral, fruto de sua interpretação dos fatos do caso concreto e contraponto ao direito positivo, a segunda seria de caráter individual que serve para aquela situação específica que foi analisada. Ainda para este autor a *ratio decidende* é o próprio precedente em sentido estrito.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2017); a *ratio decidendi* se constitui em uma generalização das razões adotadas para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz, para ele a *ratio* se refere a unidade do direito, que toma questões relevantes constantes no caso e que envolve a análise da dimensão fático jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz. A *ratio* é uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante. E necessária quando sem ela não seria possível a resolução do caso e suficiente quando somente ela já basta para a solução da demanda. A somatória da necessariedade e da suficiência demanda para tornar a decisão essencial e determinante o que por sua vez consubstancia o precedente.

A *ratio decidendi* em uma tradução, a grosso modo, seria a razão pela qual o questão foi decidida, onde retirada essa razão a questão não poderia ser decidida conforme o foi, uma construção jurídica de cunho geral feita pelo magistrado observando o caso concreto e aplicando a ele a abstração da norma jurídica positivada. Essa norma geral, construída pelo órgão jurisdicional é que poderá servir de exemplo para demandas semelhantes.

Porém nem tudo que é descrito nesta justificação será aproveitado para a formação do precedente, existem várias argumentações desnecessárias para a solução do conflito, onde todo este material judicial desnecessário naquele momento deve ser qualificado como sendo *obiter dictum*, que será o próximo alvo a ser tratado.

2.2 Da *obiter dictum*

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), também chamado de *dictum*, diferentemente da *ratio decidendi*, não oferece grandes diferenças em sua conceituação na pesquisa realizada onde que de forma quase que unânime, a doutrina informou ser o argumento ou os argumentos jurídicos ditos de passagem, pelo caminho, comentários expostos de forma acessória, secundário que não tem influencia relevante ou substancial para a decisão.

Também podem ser consideradas como sendo *obiter dicta* observações, comentários hipotéticos sobre um ponto levantado, mas que não estão sendo decididos no caso, o algo a mais que não é necessário para atingir ou justificar o desfecho do caso. Um bom exemplo disso é quando um tribunal sugere como resolveria uma questão parecida ou relacionada ao caso, mas que naquele momento não esta resolvendo.

Não se pode confundir *obiter dictum* com decisão ultra petita, não há aqui incremento na decisão em conceder nada a mais o que foi pedido, a *obiter dictum* não amplia o que foi pedido na inicial, aqui não existe incremento no pedido, somente uma fala que naquele momento é irrelevante para decisão do caso.

Ao dizer que a *obiter dictum* é irrelevante para a formação do precedente, não quer dizer que ela é desprezível, há de se ter um cuidado aqui. Apesar de naquele momento a *dictum* não ser necessária, ela pode sinalizar para um futuro posicionamento do tribunal em um caso semelhante, e desta forma o que *obiter dictum* hoje pode vir a se tornar *ratio decidendi* amanhã, daí a importância em observá-los. Além disto, o *obiter dictum* pode desempenhar três papéis, num ordenamento em que se adotam precedentes, o primeiro é de auxílio, não essencial e prescindível, 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 como já foi dito, o

terceiro é de instrumento que pode conduzir à superação de um precedente judicial. E no direito brasileiro agrega-se a estas funções o fato de servir de instrumento para elaboração de recurso em casos do voto vencido em um julgamento colegiado. Dai percebe-se a importância de conhecer a *obiter dictum*.

2.3 Da *stare decisis*

A doutrina que estuda o respeito ao precedente judicial é chamada *Stare Decisis*, contração da expressão “*Stare Decisis et non quieta movere*”, correspondendo à determinação de se manter a decisão e não se molestar o que foi decidido.

A Teoria do *Stare Decisis* é aquela adotada pelos países da *common law* e considera os precedentes judiciais como de observância obrigatória. Dela decorre a ideia segundo a qual o juiz ou tribunal deverá observar e seguir os precedentes que resolveram problema semelhante.

Assim, é a prática de aplicar precedentes para o desenvolvimento do raciocínio jurídico na decisão ou como forma de alegação, de modo a manter a igualdade entre casos anteriores e presentes que sejam similares, que é a base do *Stare Decisis*.

2.4 Da decisão e do precedente

Muitas pessoas estão usando erroneamente as palavras precedentes e decisões como sinônimas e se não bastasse este equívoco, colocam no mesmo bojo a jurisprudência e as súmulas. É certo que uma pode decorrer da outra, mas nem por isso as expressões anteriormente faladas são sinônimas umas das outras.

O precedente se configura como toda decisão que pode servir como paradigma para a orientação dos demais julgadores e dos cidadãos em geral, em face de sua autoridade e consistência, ele transcende do caso concreto, servindo de guia para as decisões sucessivas, esta pode ser uma das definições sobre o que seria um precedente, contudo pode-se extrair da doutrina algumas opiniões sobre o tema. Segue o que pensa ser o precedente por Fred Didier Jr. (2018, p. 513):

Precedentes judiciais são, antes de tudo, decisões. Em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

Em sentido oposto “[...] Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. (MARINONI, 2017, p. 645)”.

O que ambos autores citados concordam é que o precedente não se confunde com a decisão e que se extrai o precedente de uma decisão e que nem toda decisão constitui um precedente.

Conceituado o precedente é necessário que agora se faça uma distinção entre o precedente e as súmulas, e a jurisprudência. Embora bem simplória essa separação do significado de cada instituto e necessária para que se tenha real entendimento do que seja um precedente. Uma vez que o precedente pode ser fixado tendo por base uma única decisão não poderá, portanto, ser confundido com a jurisprudência, que por sua vez é constituída por um conjunto de decisões concordantes, proferidas pelos órgãos judiciários de modo a dar interpretação constante e uniforme a uma mesma questão jurídica. Aqui se percebe que a principal diferença entre os dois institutos é quantitativa, enquanto os precedentes podem ser fixados por apenas uma decisão na jurisprudência a decisão deverá repetir-se muitas vezes, sem importantes variações, a ponto de encontrar prestígio no meio jurídico.

O precedente também não pode ser confundido com a súmula pois esta se presta apenas para veicular o resumo, editado, numerado e sintético das teses componentes da jurisprudência específica sobre determinada matéria, sobre a qual ocorreu notável discussão pretérita. Resume desta forma que uma “[...] súmula é todo enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. (DIDDIER JR, 2018, p. 562)”.

Da definição acima se percebe uma sequência ou uma evolução muito interessante que pode ajudar na compreensão sobre o tema, o precedente da vida à jurisprudência que em sequência evolui para súmula. Noções distintas de institutos distintos que estão umbilicalmente ligados.

Por fim resta conceituar a decisão, que é de onde se pode extrair o precedente, mas que com este não se confunde. Nas decisões, estas não apresentam as características determinantes de um precedente, não apresentando relevância transcendente ao caso concreto, não tratam sobre questões de direito e se limitam a anunciar o que está descrito em lei, sem revelar uma solução judicial de uma questão de direito no sentido de ao menos dar uma interpretação da norma legal, eis que esta será uma mera decisão judicial e não um precedente. Não se faz aqui qualquer valoração quanto à importância, pois as decisões têm é claro sua importância, principalmente entre as partes.

2.5 Da técnica do *distinguishing*

O *distinguishing* é de forma bem simplória uma técnica de confronto, interpretação e aplicação de precedente judicial. Fala-se em *distinguishing* quando houver distinção entre o paradigma e o caso concreto, seja por conta dos fatos fundamentais e aqueles que serviram de base para a *ratio decidendi*, ou seja, porque, mesmo existindo aproximação entre eles, alguma particularidade no caso em estudo afasta a possibilidade de utilização do precedente.

Por hora este conhecimento basta para a *distinguishing*, pois o assunto ser alvo de uma maior explanação em momento oportuno neste trabalho.

2.6 Da técnica do *verruling*

Tão importante quando conhecer a técnica do *distinguishing*, é o saber o que significa o *overruling*, que são também técnicas mas utilizadas para a superação dos precedentes.

Difere da técnica de distinção, pois embora o *overruling* seja como dito uma técnica utilizada no sistema de precedente guarda uma gritante diferença em relação a primeira porque na distinção o precedente embora não seja utilizado permanece, o caso não permite que ele seja usado mas o precedente continua ali, aguardando um outro momento para sua utilização. Nesta segunda técnica, porém o caso guarda semelhança com o que norteou a *ratio decidendi*, o caso não guarda particularidades que tornam impossível a utilização de precedentes, mas agora o caso é decidido de forma diferente em razão da superação do precedente judicial

devido a evolução do direito e a necessidade de adaptação as novas realidades que surgem no meio social.

Da mesma forma que na técnica anteriormente explicitada, inicialmente este conceito raso, basta por agora, visto que este tema também será alvo a ser debatido posteriormente.

3 SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES JUDICIAIS

A adoção de um sistema de precedentes no Brasil a muito é alvo de críticas o que ocasionou uma divisão da doutrina em três grupos que pretende justificar a existência ou inexistência desse instituto no país. O primeiro grupo onde se pode citar autores como representado por Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, entende não ser possível a adoção de um sistema de precedentes porque a eficácia produzida pelas decisões judiciais no país é imposta por lei e não decorre do respeito historicamente atribuído às decisões judiciais, como ocorre em países que adotam o sistema *common law*, é o Brasil e vinculado à tradição do *civil law* (como os países herdeiros da família romano germânica).

O segundo grupo de autores, e apresentado por Patrícia Perrone Campos Mello, Maurício Ramires, Rodolfo de Camargo Mancuso, Caio Márcio Gutterres Taranto e Celso de Albuquerque Silva, assume uma posição mais temperada em relação ao primeiro grupo. Para este segundo grupo é possível que se fale em precedente judicial no Brasil, se a ele for atribuída eficácia vinculante. Isto quer dizer que só existira o precedente se a lei expressamente lhe conferir eficácia, do contrario decisão judicial não será considerada precedente judicial.

Seguindo o raciocínio, trata-se agora do terceiro e último grupo de autores que ousam em falar sobre os precedentes, neste grupo encontra-se representantes como Marcelo Alves Dias de Souza, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, onde para eles é totalmente possível que se fale em precedente judicial no Brasil, onde para sustentar seus argumentos eles se valem de algumas justificativas. Para este grupo o precedente judicial é inerente a qualquer ordenamento jurídico seja aqueles vinculados ao *civil law* ou à tradição do *common law*. Para este grupo o precedente é produto de atividade jurisdicional, onde exercida esta atividade, surgiram decisões com potencialidade de se tornarem modelos para o julgamento de

casos futuros. Assim “o precedente é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, esse fato ocorrerá” (DIDDIER JR, 2018, p. 525).

Este último grupo defende como se pode perceber a possibilidade de precedentes no Brasil e não só em solo nacional mas em todo ordenamento jurídico em que decisões jurisdicionais forem proferidas, mas ressalva que a produção de efeitos pelo precedente é coisa diversa, podendo variar de um país para outro.

Muito embora existam diferentes tradições de ordenamento jurídico onde pode-se dizer a existência de dois tipos fundamentais que sejam o civil law que é a estrutura jurídica oficialmente adotada no Brasil. O que basicamente significa que as principais fontes do Direito adotadas aqui são a Lei, e a denominada de *Common Law*, sobre forte influência anglo-americana, baseada fundamentalmente em precedentes jurisprudenciais, a norma de direito é extraída a partir de uma decisão concreta, sendo aplicada por meio de um processo indutivo, aos casos idênticos no futuro. Estas duas estruturas embora pareçam em primeiro momento antagônicas, estão sofrendo uma recíproca aproximação, a tradição do *common law* cada vez mais trabalhando com o direito positivado enquanto o *civil law* por sua vez preocupando-se com garantias de liberdade, igualdade de todos, buscando a cada dia mais a segurança jurídica, daí a necessidade de acompanhar não somente o trabalho do legislador mas também as decisões dos tribunais, sobretudo das cortes supremas, que produzem textos dotados de grande significado interpretativo e que também fazem dentre outros fatores essa aproximação do *civil law* com o *common law*, do texto com a norma.

Desde o momento em que se percebeu que o texto não se confunde com a norma, em que o que é a norma senão o resultado da interpretação de um texto legal, nitidamente chega-se a conclusão que a interpretação dada pelos tribunais superiores ao texto deve-se ser encarado como algo dotado de normatividade ou se não for assim não há que se falar em princípio da igualdade e se continuará a ter uma série de casos idênticos ou semelhantes com decisões absurdamente diferentes.

Essa percepção da norma como resultado da interpretação, deixa claro que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, o que abre espaço para o pensamento da decisão não só como uma forma de resolução de determinado caso concreto mas também como um meio de formar uma unidade do direito. Pode-se concluir que determinadas situações onde as razões dispostas

na justificativa destas decisões podem servir como elementos com força suficiente a reduzir a indeterminação do discurso jurídico.

Isso acabou por despertar na doutrina e no código civil a questão dos precedentes judiciais, pois se as normas surgem de interpretação poderia significar que o respeito a essa norma estaria diretamente ligado ao respeito ao princípio da legalidade. Fato é que aquele aplicador ou operador do direito que se preocupa com sua atuação, desejando observar os princípios da necessidade, liberdade, igualdade, da segurança jurídica não pode de maneira alguma virar as costas para a questão da interpretação judicial e por consequência dos precedentes dela decorrente.

Desta forma o Código de Processo Civil de 2015 dedicou especial atenção aos precedentes judiciais onde em vários artigos pode-se perceber a nítida vontade de torná-los uma regra no direito brasileiro, ante a importância que lhe é atribuída, assim exige-se que sejam repensados certos princípios e regras adequando a essa nova realidade. Em primeiro deve-se falar no princípio da legalidade onde sua dimensão é que a decisão seja conforme o direito. Contudo o ordenamento jurídico não se faz apenas com base na lei, que como se sabe é apenas uma das suas fontes. Assim com essa nova resignificação o direito deve ser observado não apenas em sua parte legal, escrita de lei, mas também se impõem agora o dever da observação dos precedentes que também compõem o direito.

Da observância do princípio da legalidade, surge a necessidade de avaliação o princípio da necessidade, que também é um princípio constitucional que deve ser pensado como um ideal de isonomia frente ao direito. Aqui também e um a redefinição dogmática deste princípio que atinge tanto os particulares quanto o poder público, na edição de leis na atuação da administração pública e logicamente na concretização da função jurisdicional. Assim a igualdade ganha um novo aspecto, não se limita mais ao tratamento isonômico destinado as partes lhes garantindo igualdade de armas, ou meramente o acesso à jurisdição, agora é preciso pensar no princípio da igualdade sob o ponto de vista da igualdade perante as decisões judiciais. Não cabe mais admitir como uma postura igualitária, um órgão estatal que toma uma decisão diante de um caso concreto e em outra situação concreta que muito semelhante a primeira chegue a solução distinta.

O mesmo princípio motiva a situação inversa, não garante o princípio da igualdade o julgador que aplica o precedente de forma irresponsável e

indiscriminada, sem fazer as circunstâncias que os motivaram. Este princípio abrange também o tratamento diferenciado a aqueles que estiverem sob circunstâncias diferenciadas. Viola este princípio o tratamento igual em situações distintas. Se o precedente não se ajusta a causa, ele deve ser afastado.

Outro princípio que deve ser avaliado é o da segurança jurídica, cujo objetivo é assegurar que situações já consolidadas no passado devam ser respeitadas no presente e no futuro. Ocorre que agora não serão apenas as relações do passado que necessitam de proteção. Dentro das soluções dadas pelo poder judiciário aos inúmeros casos que este aprecia, é natural que o indivíduo as use para moldar seu comportamento no presente, sendo que um dos efeitos que foi garantido ao precedente foi o da previsibilidade da atuação do Estado frente às questões que lhe fora suscitada.

Nesse contexto o princípio da segurança pública precisa ser repensado, este não deve mais assegurar tão somente a situações consolidadas, mas também as expectativas surgidas a partir do comportamento do presente. É uma proteção da confiança do jurisdicionado em relação ao órgão judicial, traduzindo um modelo seguro de conduta presente.

Ante a revolução dos princípios que o sistema de precedentes está impondo no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode deixar de mencionar na modificação da regra das motivações das decisões. Embora alguns não a vejam como um princípio se for analisado que um princípio é uma regra, considere-se então a regra da motivação das decisões como um princípio. Aqui a regra que toda decisão judicial deve ser fundamentada, necessita ser redimensionada para alcançar sua importância com plenitude.

Considerando a eficácia normativa que foi atribuída aos precedentes, a motivação ganhou um condão de ser imprescindível, pois é nela em que se encontra o precedente. Não é mais possível uma decisão que se limita a repetir termos postos em lei, jurisprudência, ou doutrinas, é preciso que a decisão apresente as questões que de fato foram essenciais para a resolução do caso, da mesma forma deixe explícita a tese jurídica utilizada para se chegar a conclusão da parte dispositiva. Deve também fazer parte da motivação, quando se aplicar ou quando deixar de aplicar o precedente, que seja claro o motivo, a pertinência da sua aplicação ou não, ao caso concreto. Assim a regra da motivação das decisões judiciais deve ser vista agora de forma mais contundente, não se baseando em qualquer fundamento, mas

sim de uma fundamentação útil para a solução do caso e para a perfeita identificação do precedente.

Fechando essa questão dos princípios resta falar do princípio do contraditório que sempre foi visto de forma individual não se pode mais ser usada. Ele não pode mais ser visto como um mero participe na construção da norma jurídica individualizada, mas deve ser um construtor da norma jurídica geral, que vai se desprender do caso específico para ser aplicada em outras situações futuras. Por essa razão somente podem ser utilizados para a formação do precedente, argumentos que foram submetidos ao contraditório, somente estes argumentos serão aplicáveis a todo o microsistema de formação dos precedentes.

Além de todas estas inovações no que tange a princípios, o sistema de precedentes descrito no CPC, inova também impondo deveres gerais aos tribunais no âmbito da construção e manutenção deste sistema. Inovação esta que será pormenorizada a seguir.

3.1 Dos deveres gerais dos tribunais ao sistema de precedentes judiciais

O código ao montar esse sistema de precedentes obrigatórios, acaba por imputar aos Tribunais deveres institucional para a consolidação e efetivação de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil. Deveres estes imprescindíveis para que o sistema proposto pelo código venha a alcançar os objetivos para os quais ele foi criado, sendo os Tribunais que fixam os precedentes, nada mais justo que recaia sobre seus ombros os deveres necessários à sua efetivação.

São deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes vinculantes e persuasivos, que estão previstos no código de onde pode-se retirá-los percebendo que são cinco estes deveres. Como foi dito são 5 os deveres dos tribunais em relação aos precedentes, a saber: a) o dever de uniformizar a sua jurisprudência; b) o dever de manter a sua jurisprudência estável; c) o dever de integridade; d) o dever de coerência; e) o dever de dar publicidade adequada aos seus precedentes. Se bem observado, percebe-se que estes deveres são em decorrência de um conjunto de normas constitucionais, mas que nem por isso devem ser renegados no plano infraconstitucional, pois possuem grande relevância e acabam por demonstrar diretamente qual o comportamento que deve ser previsto e exigido dos tribunais na atividade da elaboração e

desenvolvimento de um direito judicial. Deste modo cabe analisar cada um destes deveres.

3.1.1 Dever de dar publicidade aos precedentes

Para que o sistema de precedentes judiciais alcance sua efetividade plena, é preciso que seja observado o princípio da publicidade. Os tribunais tem o dever de dar publicidade, de comunicar sobre seus precedentes, não se diz aqui a questão de as audiências seja públicas, ou que as decisões sejam públicas, quando se fala em precedente somente isto não basta. É preciso que se reconheça a força jurídica destas decisões e lhes garanta a publicidade necessária.

Por essa razão o legislador optou por deixar de forma expressa esta obrigação onde no artigo 927, §5º pode-se ver com bastante clareza este dever e a preocupação de tornar público os precedentes, vê-se o referido artigo do CPC:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
(...)

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

Percebe-se que é um dever de dar publicidade, mas não somente uma publicidade qualquer, mas sim de forma organizada, sistematizada, com parâmetros para que as pessoas possam consultar e pesquisar os seus precedentes, é um dever dos tribunais.

Além deste dispositivo, paralelamente a ele observa-se no artigo 979, que embora trate inicialmente sobre os incidentes de resolução de demandas repetitivas, pode e deve ser também aplicado aos precedentes:

Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, **os fundamentos determinantes da decisão** e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Os artigos acima deixam claro, a importância do dever de publicidade, impondo de forma bem esmiuçada a forma de tornar público as decisões e facilitar o acesso a estas informações. O sistema de precedentes pressupõe de boa publicidade, que ela seja minuciosa e acessível, e o código contempla esta necessidade quando dedica dispositivos específicos na lei para tal coisa, obrigando que exista publicidade eletrônica na internet, banco de dados no Conselho Nacional de Justiça, organização por tema, tudo para facilitar e garantir a maior publicidade possível aos precedentes.

3.1.2 Dever de uniformização da jurisprudência

O dever de uniformizar é uma mudança significativa que o código trouxe em relação ao antigo código (1973) onde anteriormente essa uniformização era vista, ou era entendida como uma faculdade conferida aos tribunais que poderia ou não uniformizar suas jurisprudências internas. Agora com o advento do novo código, a uniformização ganha um status de dever e impõem os tribunais a obrigação de não serem mais omissos quanto às divergências internas entre seus órgãos julgadores, sobre a mesma questão jurídica.

Este dever encontra-se expresso no artigo 926 CPC, cuja redação é bem clara quanto a este dever, não é mais possível dispersões jurisprudencial em um tribunal. Eis a redação do artigo 926:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Para Luiz (2017), o dispositivo é muito bem intencionado, mas padece de problemas teóricos tanto na primeira quanto na segunda parte do caput do artigo. Onde o primeiro deles seria a fala em tribunais de forma vaga, genérica, imprecisa, sem observar que existe uma divisão bem clara entre as Cortes de Justiça e as Cortes Supremas no ordenamento jurídico brasileiro. Outro problema seria instituir um dever de uniformização a uma função de simples controle que era exercida pelas cortes de vértice em um determinado momento da história. Seguindo o seu

pensamento ainda na primeira parte existe ainda um terceiro problema que seria alusão genérica à jurisprudência sem a preocupação de distinguir a jurisprudência, súmula e precedentes, que são empregados igualmente em seus parágrafos, e que sabidamente são coisas distintas.

Para o autor, existe a necessidade distinguir na organização judiciária as cortes voltadas para a justiça do caso concreto, as chamadas Cortes de Justiça (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça) cuja função é controlar a interpretação dos fatos da causa e do direito que são aplicáveis ao caso concreto e fomentam o debate a respeito de possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência, das cortes voltadas para dar unidade ao direito, as chamadas Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), cuja função é interpretar o direito a partir de caso concreto e dar a última palavra a respeito de como deve ser o entendimento do direito constitucional e o direito federal no país. Para ele essa distinção é fundamental para o bom trabalho em um sistema de precedentes.

No entendimento de Luiz Guilherme (2017), haveria a necessidade do artigo 926 particularizar as funções de cada corte, dizendo que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm o dever de dar unidade ao direito, e a partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes. Outra consequência de uma adequada separação das funções das cortes está no emprego do termo jurisprudência utilizada pelo legislador. Jurisprudência, precedentes e súmulas são conceitos que não podem ser confundidos, apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça forma precedentes, os Tribunais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência e as súmulas podem ser editadas de qualquer destas Cortes, são institutos diferentes conforme já foi bem definido anteriormente na parte conceitual deste trabalho.

3.1.3 Dever de manter a jurisprudência estável

Este é um dever que impõe que mudança de posicionamento no entendimento do tribunal deverá ser devidamente justificada, isto é as mudanças de jurisprudência deverão ser motivadas, justificadas, além de ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica.

Relacionando o dever de estabilidade no sistema de precedentes verifica-se a aplicação do princípio da “inércia argumentativa” o que implica que, para aquele que deseja afastar o precedente seja pela distinção ou pela superação, a sua carga argumentativa devera ser muito maior do que aquele que pretende aplicar o precedente à luz do caso concreto.

A inércia argumentativa trabalha em prol da preservação do status quo, onde as mudanças pressupõe a exposição de razões extras que ainda não foram cogitadas ou sequer enfrentadas. Não há que se falar em imposição de dificuldade para modificação de entendimento, mas sim que estas mudanças devem ter um fator motivacional forte, que não seja um mero desejo de quem julga. Este princípio da inércia argumentativa encontra respaldo tanto na norma infraconstitucional como previsto no artigo 489, e §1º do CPC onde neste último, a lei exige uma fundamentação qualificada que justifique o *overruling* ou o *distinguishing* do precedente. Mais que isso este princípio também encontra respaldo na constituição ou de implicitamente no artigo 5º, caput exige igualdade de tratamento para os casos, no artigo 93, IX a exigência de uma motivação adequada para as decisões, e novamente no artigo 5º, LV exige a aplicação do contraditório que pressupõe o direito de conhecimento da motivação para poder questiona-la pelos meios de impugnação cabíveis.

Assim percebe-se que para aplicar o precedente não há uma grande argumentação para tal, contudo, no caso de afastar o precedente a carga motivacional e muito maior, pois afastar o precedente significa quebrar a estabilidade, não que seja impossível quebrar esta estabilidade, é totalmente possível, porém para isso o rol argumentativo tem que ser muito maior onde deve englobar a argumentação ordinária e também uma fundamentação qualificada que seja capaz de justificar essa quebra.

Alguns autores dentre eles destaca-se Luiz Guilherme Marinoni veem como desnecessário o estabelecimento deste dever no CPC, visto que entendem ser este um dever já existente antes do código, sendo apenas um dos deveres destes tribunais no que tange à necessidade de segurança jurídica. Porém não e bem isto que e visto nos tribunais onde ainda existem modificações repentinas, imotivadas de suas jurisprudências, chegando ao extremo de um ministro do STJ chegar a dizer em um acórdão uma expressão que se consolidou, que seria de “jurisprudência banana *boaf*”, segue trecho voto do ministro:

Nas praias de turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme boia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da boia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina quando todos os passageiros da boia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados. Voto-Vista Ministro Humberto Gomes de Barros AgRg Recurso Especial 382736-SC

Por fim quanto a este dever resta dizer que ele obriga os tribunais a observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários. Fica bastante claro que o código privilegia a utilização dos precedentes impondo, porque não dizer uma “dificuldade” a mais para aqueles que não desejam aplicá-los e de forma contrária facilitando que estes sejam aplicados aos casos concretos semelhantes. Certo é que os jurisdicionados não podem mais ficarem a mercê de pilotos de uma lancha que muda seu curso a seu bel prazer, ou para onde seu nariz apontar.

3.1.4 Dever de coerência e de integridade

Estes dois deveres devem ser analisados conjuntamente, pois o artigo 926 do CPC atribui aos tribunais os deveres de mantê-la íntegra e coerente. Esta é uma inovação e de certa forma de difícil compreensão. Isto porque engloba dois termos estão na moda do direito contemporâneo, sobretudo no estudo da teoria do direito. Estes dois deveres integram um dos mistérios que constam no novo CPC. É para definir o que significam os deveres de integridade e coerência, dando sentido ao que pede o código, é preciso que se faça uma breve explanação sobre o tema.

Os maiores estudiosos do direito no mundo hoje usam estes termos coerência e integridade para se referir ao direito, as ciências jurídicas e aos tribunais de um modo geral não somente na área dos precedentes, assim o direito deve ser íntegro e coerente, da mesma forma as ciências jurídicas e os tribunais também devem seguir essas teorias para os grandes estudiosos. Essas lições são importantes e de grande valia, porém estão no campo da filosofia do direito, agora com a previsão expressa em lei, deixam de ter essa carga doutrinária somente, para lhes ser atribuído força normativa.

É preciso concretizar o conteúdo normativo desses deveres, de modo a que se possa construir e compreender o que pretende o microsistema de formação e aplicação e também revogação dos precedentes do direito brasileiro.

É preciso agora dar sentido dogmático e não filosófica a estes termos, não basta mais saber o que um ou outro grande estudioso entende o que deve ser a coerência ou a integridade. Assim observando o artigo 926 percebe-se que o uso dos dois termos pelo legislador indica claramente a existência de dois deveres onde estes dois deveres visam o mesmo propósito que seria a consistência da jurisprudência, ela deve ser consistente.

Uma jurisprudência íntegra e coerente, será a seu turno uma jurisprudência consistente. Por isso esses dois deveres se juntam para que a jurisprudência seja por fim consistente. Eles impõem ainda que os tribunais ajam de determinadas maneiras. Pode ocorrer que uma mesma conduta do tribunal seja imposta por um ou outro destes deveres o que não implica qualquer problema, pois eles se amalgamam para que se consiga a consistência da jurisprudência. Do ponto de vista dogmático não importa se a conduta do tribunal se baseou na integridade ou na coerência ou se ambos, o que não há problema algum, o que importa é a soma dessas condutas devidas deste tribunal se deu em razão da integridade ou da coerência.

Uma jurisprudência pode ser íntegra, mas inconsistente utilizando para a decisão distinções inconsistentes, teorias arcaicas, ou que não faça de forma clara o enfrentamento de todos os argumentos que pairam em torno da controvérsia. Da mesma forma uma jurisprudência pode ser coerente, mas inconsistente, onde sua argumentação que sustenta a *ratio decidendi* é frágil e lacunosa. Vê-se que para uma jurisprudência alcançar um status de consistente ela deve abraçar o par da integridade e da coerência.

Ao que parece o termo “consistência” seria o mais adequado a ser disposto no código o que por certo englobaria a coerência e a integridade da norma, pois dizer que os tribunais deveriam zelar por uma jurisprudência consistente seria por consequência qualifica-la como íntegra e coerente.

Mas é preciso ir um pouco mais além, uma jurisprudência ser considerada íntegra e coerente e por fim consistente, ela deve ser muito bem fundamentada em seus precedentes. Quanto maior for a gama de fundamentos, de argumentos jurídicos suscitados para a formação do precedente, mais consistente ela será.

Outra necessidade de que a jurisprudência seja íntegra e coerente e de que somente assim ela poderá ser aplicada de forma universal, ou seja, para que possa ser aplicada a casos semelhantes, essa é a essência do que é buscado pelo sistema de precedentes, que possam ser aplicados a outros casos. Não é razoável ou legítimo aplicar algo de forma universal, que não esteja, ou melhor, dizendo, algo que não foi concebido de forma íntegra e coerente.

Para que se verifique a integridade e da coerência é possível que se estabeleça certos critérios, que devem ser feitos a partir de uma ponderação e balanceamento entre eles, devem ser examinados em conjunto. Alguns destes critérios serão vistos a seguir.

3.1.4.1 Critérios de coerência e de integridade

Como já foi dito, estes critérios devem ser analisados a partir de um balanceamento entre eles. Não são como um formulário onde verificado que estando todos os critérios presentes então se daria como coerente e íntegra a jurisprudência, não funcionaria dessa forma, há de se fazer uma balanceamento entre eles, uma ponderação sendo eles analisados em concerto, se eles podem ser atendidos na medida do possível.

Existem doutrinas que os misture, outras por outro lado que embora os distinga, acaba apresentando exemplos de violação de um e de outro de forma indistinta, causando uma certa confusão de percepção a quem vê seu conteúdo, há ainda quem prefira referir-se a eles usando a palavra consistência.

Fato é que esse dois deveres formam um amálgama sendo bem difícil a sua compreensão se for utilizar um sem o outro, a seguir passa-se a falar sobre cada um deles.

A integridade tem a ver com a unidade do direito, dizer que uma decisão é íntegra quer dizer que ela respeitou o direito e ele é um, em toda sua complexidade, que não se confunde ou se limita somente na lei, mas em um conjunto complexo de normas. Isto significa que não se pode decidir fora do direito, o juiz tem que decidir a favor do direito ou em consonância com o direito, jamais contra ou fora do direito.

O dever de integridade proíbe o “voluntarismo” judicial que se traduz em decisões que o juiz imagina que exista, o dever de integridade impede a aplicação de um “direito alternativo” fundamentado em argumentações arbitrárias. Outro

critério para avaliar a integridade e ver se a decisão respeita o direito como um sistema e nunca como um amontoado de normas, mas sim um conjunto organizado de normas.

Assim a integridade tem íntima ligação com a interpretação sistemática do direito reconhecendo desta forma a existência nesse sistema de microsistemas como, por exemplo, a existência do sistema de precedentes. a integridade exige que se observe as relações íntimas e necessárias entre o Direito processual e o Direito material, e suas conexões normativas. Respeitar a integridade e respeitar a unidade do Direito.

A coerência deve ser concretizado observando duas dimensões, sendo elas a dimensão formal e a dimensão substancial. Onde a dimensão formal esta ligada a ideia de não contradição, e a dimensão substancial esta ligada a ideia de conexão positiva de sentido. Então de forma simples pode-se dizer que uma decisão coerente será aquela que não seja contraditória em relação a outras semelhantes e que faça sentido, que observe a lógica. Mas isso é quase uma obviedade, não se admite um tribunal tenha atitudes contraditórias ou fora da lógica.

No sistema de precedentes o dever de coerência impõe o dever de auto-referência, ou seja, o dever de dialogar com os precedentes anteriores até mesmo para superá-los e mostra a *distinguishing*, este respeito envolve o ato de segui-los, distingui-los ou superá-los.

É interessante a metáfora elaborada por Dworkin, em que ele diz que a construção judicial é como um romance em cadeia, ou uma novela em que cada julgador escreveria um capítulo, mas que não pode deixar de observar o capítulo anterior para que a historia faça sentido, para que disto surja algo coerente. o dever de coerência impõe esse respeito à linha evolutiva do desenvolvimento judicial do direito, mantendo sua lógica.

Outro critério para verificação da coerência seria a conformidade com o repertorio conceitual da Teoria geral de Direito e da dogmática jurídica, onde uma decisão deve estar de acordo com esse repertorio e da dogmática do Direito. Isso quer dizer que a decisão deve estar em conformidade com os padrões dogmáticos, fornecidos pela doutrina.

Nesse critério o papel da doutrina é fundamental, pois é ela quem fornece as condições objetiva de um dialogo jurídico racional. É a doutrina quem fornece o repertorio da comunicação jurídica, permitindo que as pessoas dialoguem na

linguagem jurídica com racionalidade, é ela que fornece um padrão de comunicação de maneira que se pode argumentar com racionalidade e que se possa controlar o que se diz.

Então decisões que extrapolam o padrão aceito, o repertório teórico aceito, que adote uma visão peculiar é única sobre determinado assunto, que não seja do consenso comum, torna essa decisão incoerente, fora dos padrões dogmáticos e teóricos. Não se quer dizer que os tribunais devem se basear somente na doutrina, mas sim que as decisões devem estar em conformidade com os conceitos mínimos sem os quais não é possível estabelecer um diálogo judicial mínimo.

Continuando com os critérios, tem-se o critério que faz menção à recondução a uma mesma norma superior. Esse critério foi estabelecido por Maccormick, onde ele diz que uma jurisprudência, um precedente, enfim as diversas formas de decisões de um tribunal podem ser consideradas coerentes quando se consegue encontrar em relação a elas uma norma superior que lhes sejam comuns. Se por exemplo existir duas decisões a casos semelhantes onde cada uma delas é reconduzida a uma norma superior distinta existira incoerência, pode existir tratamento diferenciado sobre temas semelhantes que podem ser regidos por uma mesma norma superior. Essa norma superior que deve iluminar essas decisões, dando a elas um sentido, permitindo que todas elas sejam reconduzidas para o mesmo vértice que seria essa norma superior.

É importante a compreensão destes temas visto que a condição básica para que se exista um sistema de precedentes é que se tenham decisões consistentes, e a observação dos deveres de integridade e coerência pressupõe uma decisão consistente. Observa-se que uma coisa acaba por depender da outra, ou ainda uma coisa decorre da outra.

A medida que se produzam decisões que observem estes deveres, não que já não se tenha decisões assim, mas do advento do CPC isto fica mais evidenciado, decisões que não observarem estes deveres poderão ser melhor questionadas pela edição destes parâmetros, destas diretrizes positivada no código.

Assim estes deveres acabam por impor as Cortes Supremas que suas novas decisões dialoguem com o passado, ainda que seja para uma guinada de direção, exige respeito a seus próprios precedentes, pois do ponto de vista da administração da justiça, não é possível respeitar que não se respeita.

Esse respeito próprio que teve de ser positivado, caso não seja observado pode colocar em cheque todo o sistema de precedentes que o código deseja instituir. Há que se ter primeiramente o respeito horizontal das decisões para assim buscar o respeito vertical, onde desta forma o Poder Judiciário seja visto como uma unidade, e que tenha uma única face perante as pessoas que buscam auxílio para a resolução de suas demandas.

4. DOS PRECEDENTES

Enfim e chegada a hora de se falar dos precedentes propriamente ditos, antes, contudo, fica o alerta de Edward Allan Farnsworth:

O uso dos precedentes é mais uma técnica do que uma ciência. É tão difícil aprendê-lo por meio da leitura de uma discussão da doutrina quanto o é aprender a andar de bicicleta através do estudo de um livro sobre mecânica, acrescentando que o assunto é muito controverso. É possível porém estabelecer um vocabulário, fazer algumas generalidades mais óbvias e examinar alguns problemas mais interessantes

Pretende-se aqui, a apresentar alguns pontos importantes do sistema de precedentes judiciais, sem é claro pela complexidade do tema, esgotar a matéria.

O artigo 927 do CPC estabelece um rol de precedentes obrigatórios, que se distinguem entre si pelo procedimento de formação, pode um precedente ser formado a partir do processo de controle concentrado de constitucionalidade, ou por um procedimento de produção de enunciado de súmula. Para que fique mais claro o que foi dito segue o referido artigo:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

O rol estabelecido pelo artigo 927 não é exaustivo, visto que embora não faça parte dessa listagem, os precedentes produzidos por tribunais cujo entendimento é

consolidado na súmula de cada tribunal, terá força obrigatória. Este precedente também merecerá respeito dos tribunais e juízes hierarquicamente inferiores na escala recursal. Por isso, mesmo não tendo sido tal hipótese incorporada pelo art. 927 do CPC, se não existir precedente do Plenário do STF ou da Corte Especial do STJ, o julgador deverá buscar um oriundo de um órgão fracionário de cada um dos tribunais, conforme a matéria seja constitucional ou infraconstitucional.

Quanto ao artigo citado acima, Luiz Guilherme Marinoni tece severa crítica onde segundo ele a norma cita juízes e tribunais que devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade, ainda segundo ele a norma mistura decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em controle de constitucionalidade, súmulas decisões tomadas em vias de solução de demandas repetitivas e orientações do plenário, mas lhe causa surpresa à norma nada dizer sobre precedentes, *ratio decidendi*, ou fundamentação.

Realmente, observando o artigo, o rol estabelecido aparenta ser desconexo, faltando homogeneidade entre as hipóteses citadas, mas que a princípio não parece ser esse um problema que impeça o entendimento sobre a matéria ou a aplicação prática do que é pretendido. Desnecessário seria citar expressamente a questão da *ratio decidendi*, pois essa inexoravelmente se fará presente quando da decisão, e também citar novamente a expressão ou dizer que as decisões carecem de fundamentação, deixaria o artigo prolixo, uma vez que tal expressão já se encontra em várias partes do código.

A seguir serão analisados cada um dos incisos do artigo 927, que como foi dito estabeleceu um rol exemplificativo de precedentes obrigatórios no que tange a sua formação, pois ficará para um segundo momento, os tipos de precedentes no que tange sua eficácia, mas que serão abordados em momento oportuno.

4.1 Precedentes de decisões em controle concentrado de constitucionalidade

Esta modalidade, ou tipo de precedente encontra previsão no artigo 927 como já foi dito, mais precisamente em seu inciso I. Este dispositivo confere força obrigatória aos precedentes do STF que forem produzidos em processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Pode parecer um pouco absurdo dizer que os juízes e os tribunais deverão observar as decisões do STF em controle de concentrado de constitucionalidade, na

medida em que essas decisões produzem coisa julgada erga omnes. Contudo aqui não se trata de respeito à coisa julgada, mesmo porque não faria sentido dispor uma coisa como essa em um código, visto que é uma previsão constitucional o respeito a coisa julgada, sobretudo *erga omnes*. O rol do artigo e sobre precedente obrigatório, não sobre a formação de coisa julgada.

É necessário dizer que a *ratio decidendi* do julgamento da ação de controle concentrado de constitucionalidade que produz tal precedente. Não se pode confundir efeito vinculante do precedente com o efeito vinculante que decorre da coisa julgada.

As decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade tem efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Essa vinculação decorre do fato da coisa julgada ser erga omnes, onde essa vinculação não decorre do CPC, mas do artigo 102, §2, da CF, vê-se uma expressa disposição legal.

Mas é possível que exista também a vinculação à *ratio decidendi* desse julgado, e também gerar um precedente. Tem-se, por exemplo, casuisticamente, se por acaso determinado Estado membro, edite uma lei estadual por obvio, que invada matéria de competência federal, neste caso será proposta por que de direito, ação direta de inconstitucionalidade, e o STF realizara o julgamento e considerando ser tal lei inconstitucional, a coisa julgada vinculará a todos, ou seja, a coisa julgada aqui é que a lei estadual “tal” é inconstitucional, essa será a coisa julgada que deverá ser respeitada por todos. Ocorre que neste exemplo, a *ratio decidendi* cuja a eficácia do precedente recairá sobre “ lei estadual não pode versar sobre determinada matéria, que seja de competência de lei federal”, este é o precedente. Assim caso outro estado edital lei com a mesma matéria, sendo proposta nova ADI, a decisão certamente será baseada no precedente anterior, emanado do STF, sobre a matéria.

4.2 Precedentes dos enunciados de súmula vinculante

Prosseguindo na análise do artigo 927, percebe-se que em seus incisos II e IV, estabelece outra modalidade de precedente, que desta feita seria a obrigação dos juízes e tribunais em observar os enunciados de súmula vinculante (inciso II) e também observar os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e

do STJ em matéria infraconstitucional. Observar tais enunciados é na verdade observar a *ratio decidendi*.

A vinculação de juízes e tribunais ao teor da súmula vinculante, não decorre do artigo 927 do CPC, na verdade essa determinação já existia na Constituição Federal em seu artigo 103-A, o que o artigo do CPC fez foi simplesmente reforçar a força obrigatória do mandamento constitucional.

Como o ordenamento jurídico permite que coexistam as súmulas vinculantes e as não vinculantes, sendo que aquelas que atendem os requisitos do artigo 103-A da CF são consideradas vinculantes e aquelas que não atendem são as não vinculantes. Ocorre que agora com o advento do artigo 927 do CPC, foi mais além, atribuiu força obrigatória a todos os enunciados de súmulas do STF, vinculantes ou não, em matéria constitucional e também as do STJ em matéria infraconstitucional.

As súmulas foram concebidas como enunciados da interpretação das Cortes de correção, e destinadas a facilitar os julgamentos dos recursos, súmula é o enunciado da tese de direito e não tem condições de explicar os motivos da adoção da tese em face de uma determinada situação concreta. Quem pode fazer essa “explicação” é a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes, que se espelham não apenas na tese de direito, mas também na racionalidade do caso concreto.

Isto posto, percebe-se um problema, se é preciso analisar os precedentes não há motivo para se pensar em súmula, a não ser que ainda reste confusão entre estes dois institutos. O que realmente parece importar e conciliar a súmula vinculante em face do precedente obrigatório, o que leva a tocar no requisito da “controvérsia atual”.

Somente existira controvérsia, e assim necessidade de súmula vinculante se em face de um mesmo caso, varias *rationes decidendi*, que precisariam ser ajustadas para chegar a um ponto comum, ou ainda quando a *ratio decidendi* de um ou de mais precedentes são indecifráveis, não ocorrendo tais casos não ira existir a controvérsia para a edição de súmula.

4.3 Os acórdãos em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas

Os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos,

encontram-se previstos no artigo 927 inciso III do CPC, e configuram uma espécie de formação concentrada de precedentes obrigatórios.

Mais claramente estes institutos se destinam a regular, casos que podem surgir ou até mesmo já surgiram em face de determinada situação ou de certo litígio, são de forma simplória meios de resolução de casos de massa ou de questões múltiplas.

Esses procedimentos forma um microssistema concentrado de formação de precedentes obrigatórios, pois nestes incidentes todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica devem ser discutidos e enfrentados, seu contraditório deverá ser ampliado com a realização de audiências públicas e existe até mesmo a possibilidade da participação de *amicus curiae*.

Porém vale ressaltar que nem todos os casos repetitivos devem ser apreciados pelas Cortes Supremas, a mera existência de inúmeros casos não gera demanda para ser apreciada por estas Cortes. O recurso extraordinário, por exemplo, sempre dependerá do reconhecimento de repercussão geral.

Assim o precedente ainda que em caso de demanda repetitivas dependa de haver repercussão geral em caso da questão constitucional e de violação a lei federal ou ainda de divergência em torno da sua interpretação por parte dos tribunais para que seja apreciado.

Parte da doutrina acredita que isso não deveria, ou melhor, dizendo não precisaria estar escrito em um Código de Processo Civil, pois as *rationes decidendi*, dos acórdãos prolatados em recurso extraordinário e especial tem claro evidente efeito obrigatório, sendo desnecessário este reforço legislativo.

Fato é que uma vez formado o precedente, observando estes procedimentos para seu reconhecimento, caberá sua aplicação a casos futuros e similares, bastando ao julgador verificar se o precedente será ou não aplicado. Se for o caso de aplicação a fundamentação originária do julgamento será automaticamente incorporada à própria decisão que o invoca, sem a necessidade de repeti-la ou reelabora-la. Se não for o caso de aplicação deste precedente, o julgador deverá verificar se é o caso de distinção ou de superação do precedente, somente assim o sistema ganha o mínimo de racionalidade.

4.4 Precedentes oriundos de plenário ou do órgão especial

Por último, mas não menos importante, tem-se o inciso V do artigo 927, que faz alusão aos precedentes oriundos do plenário ou do órgão especial, trazendo mais uma obrigatoriedade aos juízes e tribunais que deve seguir as orientações emanadas destes órgãos.

É necessário dizer que nestes casos existem duas ordens, ou formas de vinculação. Uma vinculação interna que atinge os membros e órgãos fracionários de um mesmo tribunal em relação aos precedentes formados do plenário ou de outro órgão especial daquela mesma corte.

É uma vinculação externa que atinge os demais órgãos de instâncias inferiores que estiverem vinculados ao plenário ou órgãos especiais que editarem estes precedentes. Não é possível conceber que o precedente acabe por vincular somente o tribunal que o editou, a por uma questão até mesmo de lógica deve vincular os órgãos a ele subordinado.

Assim o plenário do STF, sobre matéria constitucional, vincula todos os tribunais e juízes brasileiros. O plenário e o órgão especial do STJ, em matéria de direito federal, infraconstitucional, vinculam o próprio STJ, bem como os TRFs, TJs, e juízes a ele vinculados. O plenário e o órgão especial do TRF vincula o próprio TRF bem como os juízes federais a ele vinculados. É por fim o plenário e o órgão especial do TJ vinculam o próprio TJ e os juízes estaduais a ele vinculados.

5. DOS EFEITOS DOS PRECEDENTES.

O precedente é sobre tudo um fato, e como tal em qualquer local no mundo que ocorre uma decisão judicial tal fato ocorrera. Porém, os efeitos jurídicos de tal fato, podem variar de acordo com o direito positivo aplicado, justamente por decorrer de uma opção legislativa. Em alguns países desprezam totalmente a figura dos precedentes, em outros por outro lado eles ocupam posição de destaque.

No direito brasileiro, os precedentes judiciais a partir do advento do novo Código de Processo Civil, encontra-se apto a produzir uma serie de efeitos, e estes efeitos podem aparecer de maneira isolada ou cumulativamente, ou seja, um efeito não necessariamente exclui o outro, em um mesmo precedente pode-se observar a incidência de um ou mais efeitos, sendo até mesmo comum que isso ocorra.

Do estudo, conseguiu-se observar que os precedentes no direito brasileiro podem produzir seis tipos de efeitos jurídicos, que são: (I) efeito

vinculante/obrigatório; (II) efeito persuasivo; (III) efeito obstativo; (IV) efeito autorizante; (V) efeito rescindente; (VI) efeito revisional. A seguir serão apresentados os efeitos citados, e mais uma vez vale a ressalva que estes efeitos encontram-se a luz do direito positivo brasileiro, onde é preciso entender que essa eficácia nem sempre decorre de apenas um precedente, mas também e não necessariamente da jurisprudência, dependendo do caso e de maneira primordial a eficácia dos precedentes decorre da lei, não e o julgador que afirma que seu precedente terá essa ou aquela eficácia, mas sim a lei.

5.1 Precedentes com eficácia vinculante/obrigatória

O próprio nome já diz muita coisa, ele mesmo já afirma a natureza deste efeito no ordenamento, demanda eficácia vinculativa em relação aos demais casos que lhes forem supervenientes. Aqui a *ratio decidende* contida na tese jurídica apontada na fundamentação tem o condão de vincular as decisões posteriores a ela obrigando os demais órgãos jurisdicionais a adotar a mesma tese jurídica em sua própria fundamentação. Os precedentes que possuem efeito vinculante no Brasil estão descritos no artigo 927 do CPC.

Para uma adequada compreensão deste efeito deve-se levar em conta a determinação legal para esse efeito, e de maneira que a lei conferindo essa obrigatoriedade acaba por reconhecer a aptidão do precedente em produzir os demais efeitos que seja persuasivo, obstativo, revisional e etc.

Esse efeito obrigatório imputa aos juízes a observância de seu reconhecimento de ofício, ou seja, sem que seja provocado, sob pena de omissão e denegação de justiça. O próprio código prevê essa omissão quando dispõe:

Artigo 1022:

(...)

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

(...)

Assim é omissa a decisão que se furte a considerar qualquer um dos precedentes obrigatórios nos termos do artigo 927, cabendo nestes casos o recurso próprio para sanar a omissão. Além disso, o efeito obrigatório possuía característica de vinculação interna e externa, onde internamente vincula o tribunal que o produziu

e externamente aos demais órgãos a ele subordinados. Neste sentido, cita-se o enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do artigo 927 são vinculantes as órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. De todos os efeitos, este parece ser o mais intenso.

5.2 Precedentes com eficácia persuasiva

O efeito persuasivo do precedente é considerado pela doutrina como o efeito mínimo do precedente. Este efeito está presente em todos os precedentes, diferentemente do efeito obrigatório, que somente alguns precedentes são de natureza obrigatória.

Todo precedente possui esse efeito retórico, persuasivo, é o efeito que tem o condão de convencer o julgador, na medida de indicar indícios de uma solução racional e socialmente adequada ao caso em questão.

O efeito persuasivo possui justamente essa característica que seria a de convencimento, assim se o julgador o utilizar significa que está convencido de sua correção.

Há casos em que a existência de precedentes, em sentido contrário, é utilizado como mecanismo para convencer o julgador no sentido da necessidade de reformar sua decisão para distinguir ou superar o precedente para que a partir dali as decisões sigam outro rumo.

5.3 Precedente com eficácia obstativa

Alguns precedentes tem a característica de impedir que um ato aconteça ou que outros atos prossigam. É o efeito obstativo que alguns precedentes possuem, eles obstam recursos, postulações, demandas e até mesmo remessa necessária. Esse efeito pode ser tanto no sentido de não admitir como no sentido de nega o mérito de plano.

Determinados precedentes permitem que o relator negue provimento ao recurso, quando este estiver em conflito com o precedente, a remessa necessária não segue se a decisão estiver em consonância ao precedente.

Esse efeito, assim como outros que serão citados, e visto por parte da doutrina como um desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes. Há

nestes casos uma espécie de vinculação do órgão competente as diretrizes já lançadas em precedentes anteriores, de maneira que este órgão fica autorizado a negar o que a parte pretende, impedindo assim sua ação, autoriza uma denegação de plano do que fora pretendido.

É possível a observação deste efeito em várias vezes no CPC, onde, por exemplo, ele ocorre quando os precedentes formados no julgamento de casos repetitivos ou de demanda de assunção de competência e enunciados de súmula autorizam a improcedência liminar da demanda, como pode ser visto no artigo 332 do referido dispositivo como se vê:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

- I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Outro bom exemplo do efeito obstativo dos precedentes previsto no CPC é a autorização para negativa de provimento de recurso por contrariar precedente ou enunciado de súmula, conforme se vê no artigo 932:

Art. 932. Incumbe ao relator:

- I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar auto composição das partes;
- II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;
- III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;
- IV - negar provimento a recurso que for contrário a:
 - a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
 - b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 - c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

É claro que da decisão que aplica o precedente, será oportunizado às partes que se manifeste sobre isso, em respeito ao contraditório, e até mesmo para que o descontente possa dizer se seria o caso de aplicar alguma técnica de distinção ou

superação deste precedente, mas estas técnicas serão vistas em momento oportuno.

5.4 Precedentes com eficácia autorizante

De maneira contrária ao efeito obstativo, o efeito “autorizante” dos precedentes permite o acolhimento do ato postulatório ou a admissão de recurso, quando este for determinante para sua aceitação.

Este efeito incide até mesmo na concessão de tutela antecipada, quando da existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos e ou em súmulas vinculantes, e efeito oriundo do precedente autoriza a concessão de tutela antecipada, conforme predispõe o artigo 311 do CPC:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
- IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

O efeito autorizante também garante o provimento de recurso por decisão monocrática do relator, ressalta dizer que mesmo tendo essa faculdade, neste caso será garantido é claro o contraditório à outra parte, segue a previsão legal no CPC:

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

5.5 Precedente com eficácia rescindente

Este efeito concede ao precedente a aptidão para rescindir ou retirar a eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado. O próprio código informa ser inexigível decisão judicial que seja firmada em lei ou ato que posteriormente o STF conclua como sendo inconstitucional. Cabe observar o que diz o código a respeito:

Artigo 525:

(...)

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

(...)

Neste caso se o precedente for anterior a decisão transitada em julgado, este precedente irá retirar a eficácia da decisão judicial. Se o precedente for posterior ao trânsito em julgado, irá caber ação rescisória, cujo prazo será contado da data do trânsito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A margem de efeito desse precedente pode também ser vista no âmbito criminal onde é possível a revisão criminal com base em precedente mais favorável ao condenado, coisa que é bem compatível com o direito processual penal brasileiro.

5.6 Precedentes com eficácia revisional

A última forma de eficácia, mas não menos importante que as outras, tratam da possibilidade dos precedentes servirem de base para uma ação de revisão de coisa julgada. Não se trata a tornar a coisa julgada no direito brasileiro uma coisa volátil, insegura, não é isso.

Ocorre que, em relações jurídicas de trato contínuo, relação de família tributária a existência de um novo precedente que modifique o entendimento sobre essas matérias de trato continuado que se prolonga no tempo, esse precedente deve ser aplicado.

Não parece justo que existindo uma nova decisão, que fixe uma *ratio decidendi*, de maneira diversa ou diferente do que essas relações acima citadas foram fundadas à sua época, que essa decisão não seja aplicada.

É claro que não se pretende aqui dizer que a eficácia revisional fará com que se converta ou que a parte cuja nova decisão saia prejudicada deva indenizar de qualquer forma a outra parte, mas que mesmo havendo necessidade que se module os efeitos revisionais.

Assim, um precedente poderia, por exemplo, autorizar a revisão *ex nunc* de uma sentença que regulasse uma relação tributária que como dito é sucessiva, e que após o precedente adquira nova roupa em, nova visão e dele para frente irá ser vista com base nessa nova decisão.

Ressalta aqui não é o caso de rescindir a decisão, não se está desfazendo nada, o efeito é de revisar o que foi decidido, nos casos de relação continuativa que se prolongue no tempo e que havendo evolução no quadro, a relação deve acompanhar essa evolução.

Percebe-se que o lastro de eficácia dos precedentes no Brasil é muito maior do que somente obrigar ou persuadir como muitas pessoas tendem a imaginar.

6. DA DINAMICA DOS PRECEDENTES

Não basta saber identificar o que adquire força de precedente a partir de uma decisão judicial, é preciso saber trabalhar com os precedentes. É preciso saber quando um precedente pode ser aplicado para determinado caso e quando não é, se a questão conta com um precedente capaz de resolver a demanda ou se isso não é possível.

Para tanto, essa comparação deve ser feita à luz do caso concreto, observando os elementos objetivos da demanda confrontando com os elementos das demandas anteriores. Esse raciocínio é eminentemente analógico, pois dificilmente haverá absoluta identidade entre as circunstâncias de fato entre o caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente.

Portanto se a questão não for idêntica ou não semelhante, isto é, o caso concreto guarda alguma peculiaridade que o diferencia em relação ao precedente então será o caso de distinguir o caso do precedente.

De outra forma, caso o precedente não tenha mais congruência social, ou que tenha perdido a sua força vinculante, será o caso de substituí-lo. É salutar que o sistema de precedentes preveja uma maneira que adequada de desenvolvimento do direito, e esta possibilidade de mudança é inerente a um sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade não pode ser empecilho para alterações de entendimento e consequente desenvolvimento do direito. A modificação de entendimento pode se revelar um fator imperativo de busca da justiça.

Tanto a distinção quanto a superação dos precedentes, são técnicas praticas para que se possa trabalhar com os precedentes. Com esses dois institutos o sistema de precedentes afasta a questão polemica que muitos acreditam que os precedentes seriam uma forma de engessar a justiça ou os mais afoitos dizendo que seria uma afronta ao princípio de acesso a justiça. Ao contrario, o sistema de precedentes na verdade premia os princípios, o que na realidade vai demandar é com certeza um maior preparo para que se possa trabalhar com essa distinção e a superação. A seguir se verá estes dois importantes institutos no sistema de precedentes brasileiro.

6.1 Da distinção

Fala-se em *distinguishing* ou *distinguish*, quando houver distinção entre o caso concreto e o paradigma, seja porque não existe entre eles coincidência dos fatos em concreto e aqueles que serviram de base para a *ratio decidendi* ou que ainda que exista essa coincidência, acaba por haver alguma particularidade no caso em julgamento que afasta a aplicação do precedente.

A *distinguishing*, é um método de confronto, onde o julgador analisa se o caso é ou não análogo ao precedente. Proceder a distinção e proceder a um confronto entre o caso e o precedente. Em outra acepção a distinção é o resultado a que se chega após esse confronto, o resultado que diz que o caso tem peculiaridade que o distingue e neste caso o precedente não será utilizado.

Ao distinguir o julgador não está contrariando o precedente, não o está ignorando, apenas está dizendo que o precedente não se aplica aquele caso.

Nenhum precedente pode ser de modo tão perfeito que dispense a distinção, ela sempre deve ser feita, essa é uma atividade que no sistema de precedentes, não pode ser eliminada, constrangida, retirada ou ignorada, na jurisdição.

A distinção sempre será possível e em uma análise mais profunda, a distinção chega a ser um atributo do princípio da igualdade. E sendo assim, nem dependeria de lei, pois o princípio da igualdade abraça a possibilidade de cada pessoa dizer que seu caso é diferente, possui particularidades que merecem ser apreciadas de forma adequada, diferente do que este posto.

Esta maleabilidade na aplicação dos precedentes, onde poderão ou não ser aplicados a um caso posterior, a depender do resultado pós-distinção, é um dado muito relevante, pois vai de encontro com o mito que se formou em muitas pessoas que com a implementação da obrigatoriedade de aplicação dos precedentes judiciais o juiz se transformaria em uma máquina, cuja programação impediria de seguir outro entendimento senão o de aplicar o precedente ao caso concreto.

Na verdade o que o código impõe na questão dos precedentes é que eles não sejam ignorados, estes devem ser enfrentados, o dever de usar a técnica da distinção é um dever de todo e qualquer órgão jurisdicional diante de todo e qualquer precedente que o vincule. Vale lembrar a incidência do contraditório também na distinção, a outra parte também devera ser ouvida.

Na aplicação do *distinguishing*, a utilização do raciocínio analógico é de suma importância. Um precedente deverá ser aplicado em um caso sucessivo mesmo que não exista identidade absoluta entre eles, isto porque dificilmente dois ou mais casos seriam totalmente idênticos tornaria impossível a operação de um sistema de precedentes obrigatórios. É necessário, todavia, que os fatos decisivos para que a decisão anterior fosse tomada sejam juridicamente relevantes para o julgamento do caso sucessivo. Assim, não é qualquer distinção que justificará a ocorrência do *distinguishing*. Dois casos não serão diferentes apenas porque fatos não fundamentais ou irrelevantes não são idênticos, a distinção como se pode perceber leva em conta fatos relevante dos casos.

Na sistemática introduzida pelo CPC, a técnica do *distinguishing* foi elaborada no sentido de estabelecer, no art. 489, §1º, inciso IV, que, ao deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, a decisão será nula, por ausência de fundamentação, como dito anteriormente o precedente não pode ser ignorado na decisão. Segue o artigo 489

Art. 489.

São elementos essenciais da sentença:

(...)

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

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

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

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

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

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

Assim a técnica da distinção, é possível encontrar a possibilidade de evolução do direito, ao contrario do pensamento de alguns se percebe que o direito não fica engessado, mesmo com a existência do *stare decisis*, mesmo com a aplicação dos precedentes. O sistema de precedentes obrigatórios, dessa forma, não perde sua característica de estabilidade e permite que sejam tratadas novas realidades e que sejam visualizadas novas situações, sob nova ótica, estabelecendo pontos ainda não abordados, sem que o órgão judicial emissor necessite revogar seus precedentes.

6.2 Da superação

A última técnica de aplicação dos precedentes, tão importante quanto a técnica de distinção, são as técnicas de superação. É de suma importância que seja possível a ocorrência de superação dos precedentes.

À técnica de superação do precedente judicial, dá-se o nome de *overruling*. É uma técnica onde um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente. Nesta técnica o que se visa é o reconhecimento de fundamentos jurídicos para que se abandone aquele precedente e que se possa a partir desse novo entendimento formar novo precedente. Não se trata de um abandono porque os fatos do caso a ser julgado é diferente do paradigma e sim por que a tese jurídica a ele aplicada deve ser outra.

O *overruling* se fundamenta na ideia de que os precedentes estão sujeitos à modificação ou revogação desde que estejam presentes circunstancias especiais ou

particulares cujo exame que autorizem a modificação da valoração judicial. Ocorrendo essa modificação da valoração judicial o julgador fica autorizado a adotar posicionamento diverso do precedente, mas que não afasta a devida carga de motivação.

Para que ocorra a superação, é necessário que se observe alguns requisitos, onde esta será cabível. Assim será possível a superação do precedente quando este se tornar inexecutível ou obsoleto, quando o precedente judicial deixa de corresponder aos padrões de congruência social, ou seja, não é mais socialmente aceito. Autoriza ainda a superação do precedente o surgimento de nova concepção de direito, ou ainda quando ficar constatado que o precedente judicial foi substancialmente errado ou mal concebido desde o início. Basta a ocorrência de um destes motivos para que se fundamente a superação do precedente. Vale lembrar que estes motivos só poderão ser utilizados se os princípios que sustentam a estabilidade como, por exemplo, os princípios da isonomia, confiança e vedação da surpresa fundamentem mais sua revogação do que sua preservação.

Assim a superação de um precedente só poderá ser tolerada e incentivada quando dela decorrer uma interpretação mais justa da regra jurídica aplicável ao caso em julgamento. Caberá ao tribunal verificar se não será o caso de se manter o precedente, como forma de preservar estabilidade do sistema, onde a superação do precedente com efeitos retroativos poderá constituir medida tão ou mais injusta que sua própria manutenção.

Atendidos os parâmetros citados acima, a superação estará fundamentada, podendo essa substituição ocorrer de forma expressa (*express overruling*) ou de forma tácita (*implied overruling*).

Será expressa quando um tribunal resolve adotar expressamente a nova orientação, dessa forma abandonará a anterior. É será tácita ou implícita quando uma orientação é adotada em confronto com a posição anterior, sem, contudo que seja feita de forma expressa, ou seja, existira o confronto com a posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

Um cuidado especial quanto a superação implícita é que este modelo não é admitido no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista a exigência de fundamentação adequada e específica para a superação conforme pode ser visto no artigo 927, §4º do CPC:

Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

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

Há ainda quem faça menção a outra forma de superação que pode ser realizada de forma implícita ou expressa que seria a chamada *transformation*. Esta suposta técnica se justificaria quando o tribunal ainda não se sentiria seguro para realizar a revogação do precedente, mas reconheça que este é ou está inadequado. Assim por esta técnica o tribunal vai sinalizando que caminha para uma futura revogação, ele modifica, mas tenta fazer com que esta modificação não fique tão aparente realizando para isso uma compatibilização no que for possível.

Apesar de atrativa esta proposta ela acaba dificultando o trabalho dos tribunais e também a dos jurisdicionados que enfrentam uma situação complexa em que o tribunal modifica o precedente de forma incompatível com o anterior, mas ao mesmo tempo tenta realizar a compatibilização entre eles. Isso atenta contra o dever da coerência, que já foi alvo deste trabalho, assim a *transformation*, tal como a superação implícita, não são toleradas no ordenamento brasileiro.

Não se quer aqui dizer que não se pode haver modificação de entendimento, a possibilidade de mudança é inerente ao sistema de precedentes judiciais. Os deveres que o código impôs aos julgadores, e que foram elencados neste trabalho, não são de modo algum empecilho para uma alteração de entendimento. O ponto de atenção é a mudança injustificada, aquela que ocorre a bel prazer, a chamada “jurisprudência banana *boat*”.

No Brasil a superação de um precedente também pode se dar de maneira difusa ou concentrada. A superação ocorre difusamente quando qualquer processo que chegando ao tribunal permita a superação do precedente anterior, sendo essa a regra no ordenamento brasileiro, o que traz grande vantagem, pois permite que qualquer pessoa possa contribuir para a revisão de um entendimento.

Contudo, no Brasil a superação também pode ocorrer de modo concentrado, onde se instaura um procedimento autônomo cujo objetivo será a revisão de um entendimento já consolidado no tribunal. É o que ocorre, por exemplo, com o pedido de revisão ou de cancelamento de súmula vinculante e com o pedido de revisão da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas. Existe uma observação a que ser feita aqui, há um rol de entes com capacidade processual para

pedir a revisão ou o cancelamento, esta superação não pode surgir de qualquer processo ou ser pedido por qualquer pessoa. Este rol está previsto na Lei 11.417 de dezembro de 2006, segue o rol que consta no artigo 3º da referida lei:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII - partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Ainda sobre a modificação de entendimento, o enunciado n.321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, institui: “A modificação de entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei 11.417, de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recursos, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.”

Outro bom motivo para a não aplicação do precedente é a edição de lei nova que lhe seja incompatível. Neste caso, quando há modificação legal não se tem propriamente uma revogação do precedente como se refere o CPC. A não aplicação do precedente neste caso pode ser feita por qualquer juiz, não necessitando de um ônus argumentativo próprio da superação típica, e nem será necessário à ponderação da revogação com o princípio da segurança jurídica.

Neste sentido orienta dessa forma o enunciado n.322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto”.

A possibilidade de superação do precedente da mesma forma que possui o condão de muitas vezes promover a evolução do direito, também coloca em evidência a necessidade de proteção da confiança daqueles que recorrem à ordem jurídica para solução de seus litígios. A mudança não do precedente não pode causar surpresa injusta, muito menos causar um tratamento desigual entre as pessoas que de forma transitória encontra-se em situações idênticas ou semelhantes.

Assim é importante que a alteração do precedente seja sinalizada pela Corte responsável, para que os interessados tenham conhecimento da possibilidade de alteração do entendimento judicial. Nesta sinalização a Corte não distingue nem revoga o precedente, mas manifesta sua preocupação com a justiça de seu conteúdo, sendo uma forma pela qual se busca evitar a “traição da confiança do jurisdicionado” nos precedentes judiciais.

Obviamente a superação de um precedente, por sua natureza de instituir algo novo no ordenamento, causará por consequência efeitos na esfera jurídica pois o novo entendimento deve ser estendido a todos os casos que se assemelham àquele que lhe deu origem. Assim é preciso agora verificar estes efeitos temporais bem como a importância da modulação destes efeitos da superação do precedente, para tanto serão alvo de tópico próprio.

6.2.1 Eficácia temporal da revogação do precedente e a modulação dos seus efeitos

Em relação aos efeitos, a substituição pode operar eficácia *ex tunc* (*retrospective overruling*) e eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*).

No *retrospective overruling*, precedente substituído não poderá ser invocado no julgamento de casos ocorridos antes da substituição e que ainda estejam pendentes de apreciação e julgamento. Significa dizer que o entendimento inovador aplica-se aos fatos e situações que ocorreram no passado mas que ainda carecem de decisão, e logicamente aos casos futuros.

Na revogação retrospectiva existe uma separação, podendo ela ser de forma pura ou clássica. Na superação retrospectiva pura, sua eficácia retroativa e plena, o novo precedente seria aplicado aos fatos ocorridos antes e depois de sua publicação, incluindo aqueles que forma objeto de sentença transitada em julgado, e também aos fatos do caso que o gerou, esta retroação no Brasil não é possível que

ocorra em casos de precedentes longevos que disciplinaram muitos casos ao longo de seus anos de aplicação, seria uma quebra de confiança absurda, pois destruiria tudo o que foi construído anteriormente no caso de precedente longo, isso seria uma postura que violaria obscenamente a segurança jurídica, a confiança é a boa fé. É possível que isso ocorra no ordenamento brasileiro nos casos de precedentes recentes, em que, por exemplo, o tribunal reconhece que sua decisão foi pautada em erro, que cometeu um equívoco, assim faz sentido que tenha eficácia retroativa.

Na superação retrospectiva clássica, a eficácia retroativa é apenas parcial, o novo precedente se aplicaria aos fatos ocorridos antes e também depois de sua publicação, excluindo aqueles que já foram alvo de sentença transitada em julgado e também aos fatos do caso que o gerou. Da mesma forma essa eficácia não é possível em precedentes longevos somente em precedentes recentes. No Brasil a superação tem que ter sua eficácia modulada, o que dá margem à adoção pelo código da superação prospectiva.

Na superação prospectiva (*prospective overruling*), o novo precedente somente se aplica aos fatos futuros. Neste modelo de superação, precedente novo pode ser aplicado prospectivamente em diferentes momentos e circunstâncias, podendo ser aplicado a fatos que ocorrem após a publicação do precedente em demandas já ajuizadas ou a ser ajuizada, a fatos que ocorreram antes da publicação do paradigma, mas cuja demanda ajuizada ainda não transitou em julgado, e também essa superação permite que se fixe algum momento futuro para que os efeitos do novo precedente sejam aplicados e que restrinja seus efeitos excluindo determinada categoria de pessoas que por ventura poderiam ser prejudicadas de forma excessiva diante de sua incidência, essa é sem dúvida uma característica fantástica deste tipo de superação.

Percebe-se que no Brasil, quando um precedente goza de credibilidade no momento em que é revogado, o caminho é por tudo que já foi dito a utilização da superação prospectiva, tutelando-se a situação passada que foram aperfeiçoadas com base no precedente, e isto é muito importante, principalmente nos casos de precedentes que influenciam planejamentos, estratégias, definição de condutas e elaboração de contratos.

Há portanto uma necessidade de modulação dos efeitos temporais da decisão revogadora do precedente, pois existe uma tensão entre as razões do novo precedente, que por sua natureza vai regular a vida em sociedade em determinado

momento no tempo e entre a segurança jurídica, principalmente nas feições de confiança, estabilidade e previsibilidade. Ressalta dizer que essa confiança que se tem a necessidade de se proteger, é sem dúvida a confiança justificada, ou seja, a confiança de boa fé, aquela que se funda em um precedente racional, que merecia confiança à época em que os fatos se passaram, não basta qualquer tipo de confiança, esta tem que ser qualificada, racionalmente aceitável.

Isto significa dizer que os critérios que devem regular a modulação da temporal dos efeitos da decisão que revoga o precedente estão situados no local em que se busca a confiança justificada, que reflete na prevenção contra a decisão surpresa. Da mesma forma não se pode falar em decisão surpresa ou confiança justificada onde essa confiança se fundou em um precedente já desgastado, sem congruência socialmente aceita.

Neste ponto há que se mencionar uma técnica preparatória para a revogação do precedente, denominada de *signaling* ou sinalização. Nela o tribunal, percebendo que um precedente esta desatualizado, ou seja, não atende mais aos requisitos ou anseios pelo qual foi criado, anuncia que poderá modificá-lo, fazendo com que ele se torne incapaz de servir como base para a confiança dos jurisdicionados, nada mais é do que o *obter dictum*, outrora mencionado.

Uma das utilidades dessa técnica é servir de modelagem para eficácia temporal do precedente para quando for efetivamente revogado, atuando como parâmetro inicial da revogação prospectiva. Neste sentido disciplina o enunciado n.320 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

O grande problema e por que não dizer desafio da técnica da modulação dos efeitos no Brasil e até mesmo em outros países no mundo se configura na falta de padronização decisória que se liga a falta de argumentação detalhada nas decisões que modula ou não a revogação de precedentes. Esse é um problema recorrente, que tem seu efeito substancialmente estendido quando se percebe que sequer as doutrinas dialogam entre elas para buscar uma opinião em comum, um consenso, mesmo para que existam críticas entre os estudiosos. Por tudo isso, este panorama dificulta a utilização da técnica que acaba por gerar para os jurisdicionados que são os que realmente sofrem com esta situação, um panorama onde ficam como se uma

jogo, sem saber ao certo se do posicionamento haverá ou não modulação da decisão ao caso em concreto.

O que se percebe é que não existe uma resposta única para a modalidade de superação e modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes. Cada espécie, cada modalidade acaba por possuir como tudo na vida vantagens e desvantagens. Assim cada caso é pior, cada litigante pode permitir uma diferente conformação da eficácia temporal, alguns litigantes suportam um tipo de eficácia temporal ao passo que outros já não possuem tal preparo e se lhes fosse aplicada a mesma eficácia estes seria desencorajados a litigar o que poderia violar o acesso á justiça. É sem dúvida uma questão complexa, mas que surge como um novo desafio a ser enfrentado pelo direito brasileiro.

7 CONCLUSÃO

Sem dúvida alguma o sistema de precedentes que foi instituído pelo Código de Processo Civil foi uma das maiores senão a maior inovação que ocorreu nos últimos tempos no ordenamento jurídico brasileiro. Ele altera substancialmente o modelo de argumentação para as partes e também altera a forma de fundamentação para os órgãos julgadores, o que privilegia o mandamento constitucional da fundamentação das decisões.

Como tudo que é novo, o sistema de precedentes, ainda desperta certo receio e porque não dizer certo medo, pois ele demanda mudança em comportamentos a muito tempo sedimentados na forma de agir, sobretudo nos órgãos do judiciário, mas não só ele parte da doutrina seja pelo motivos ditos ou por vaidade de não ter concebido tal recurso para a justiça brasileira, não vê com bons olhos a questão dos precedentes.

Um desses “medos” ou desculpa sobre o sistema de precedentes seria que ocorreria o engessamento da justiça o que pela pesquisa ficou comprovado que esse sistema não tem essa pretensão, ele não é imutável, ele busca sim garantir estabilidade, mas essa estabilidade não quer dizer que a decisão seja ou tenha que ser eterna.

Por isso, apesar de ser exigido pesado ônus argumentativo, o engessamento do direito será evitado através da utilização, em casos excepcionais, das técnicas que permitem a flexibilidade do sistema de precedentes, mediante a *distinguishing*,

que permite o afastamento da aplicação de um caso sucessivo, por estarem presentes diferenças essenciais entre os casos, e da *overruling*, por meio do qual é possível a revogação de um precedente quando ele não for correto ou por terem ocorridas alterações capazes de torná-lo inadequado.

O sistema de precedentes promove a igualdade, onde as pessoas possam ser tratadas pelo judiciário da mesma maneira. Promove a confiança, ou seja, a segurança jurídica dando previsibilidade ao direito, evitando que as pessoas promovam demandas temerárias, o que faz em tese, acelerar os processos, diminuir as controvérsias, que vão se limitar a discutir se o caso e para a aplicação do precedente, de distinção ou superação.

A partir de agora vários conceitos deveram ser revistos, o processo não será mais um meio de resolução de um caso, visto que agora cada processo servirá a um só tempo para resolver uma demanda que foi levada ao judiciário e de construção de um precedente.

Por fim dizer que a adoção do sistema de precedentes será a salvação da justiça brasileira seria uma temeridade e talvez até mesmo uma inverdade, a melhoria da justiça nacional para garantir uma satisfação ao jurisdicionado, sobretudo na questão da demora nos processos vai muito além dos poderes dos precedentes, mas que é sim um dispositivo extremamente bem intencionado, que se bem manejado irá retomar a confiança que o judiciário a muito já perdeu frente aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

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

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil, v.2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

FOGAÇA, Mateus Vargas. FOGAÇA, Marcos Vargas. - **Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil**. - Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, pp. 509 - 533, jul./dez. 2015.

JESUS, Priscilla Silva de. - **Precedente judicial e a nova compreensão do interesse processual** [manuscrito]. – 2014. Salvador.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil, v.2: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**, 16. Ed. ver., atual. e ampl.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed., completamente revista com base no novo CPC. Salvador: JusPODVIM, 2016.