

A SISTEMATIZAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Lucas Albanez Gallo¹

RESUMO

Visando aprimorar o sistema processual brasileiro e inibir decisões conflitantes, o novo Código de Processo Civil dedicou especial atenção à obrigatoriedade dos precedentes judiciais, que, se manejados e entendidos de forma precisa, podem ser um eficaz instrumento jurisdicional. O presente trabalho tem como objetivo analisar os precedentes judiciais desde suas origens até os tempos atuais, sobretudo seu fortalecimento diante do novo Código de Processo Civil. Trata-se de um estudo histórico e conceitual dos institutos que norteiam os precedentes, almejando facilitar o entendimento sobre sua importância para a celeridade processual e, principalmente, para a segurança jurídica de uma nação. Neste estudo, é possível verificar que os precedentes vinculantes dispostos no novo Código de Processo Civil estão intimamente ligados a diversos princípios constitucionais e que se trata de uma notável sistematização no direito processual pátrio.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Efetividade. Obrigatoriedade. Novo Código de Processo Civil.

¹ Pós-graduado em Direito Tributário, pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul (2009), e em Direito Processual Civil, pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2016). Servidor do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, atualmente no cargo de Oficial de Justiça e Avaliador, na comarca de Santo Amaro da Imperatriz.

1 INTRODUÇÃO

O atual estágio democrático brasileiro, com o fortalecimento do Poder Judiciário – sobretudo em razão da má gestão político-administrativa do poder Executivo e de um Poder Legislativo desinteressado –, traz novos desafios à jurisdição forense com o crescente número de demandas.

O alargamento do acesso à justiça, a evolução histórica e o surgimento de novos direitos também corroboram para o excesso de litigiosidade vivenciado hodiernamente no país. A esta realidade estão intimamente ligados os litígios cujo objeto e causa de pedir são semelhantes ou, muitas vezes, idênticos.

Todavia, nem sempre os tribunais superiores chegam a uma mesma conclusão sobre determinadas matérias, razão pela qual é natural que sejam encontradas decisões judiciais divergentes para casos idênticos. Os fundamentos jurídicos que a sustentam (*ratio decidendi*) não convergem e a referida incongruência acaba por gerar uma enorme insegurança jurídica.

Desde a Constituição de 1988, foram inúmeras reformas e inovações legislativas visando o fortalecimento dos precedentes judiciais, objetivando, ainda, a não ocorrência da chamada jurisprudência lotérica.

Destarte, o objetivo do presente trabalho é analisar a evolução do sistema de precedentes no direito estrangeiro e brasileiro, possibilitando a melhor compreensão de seus conceitos, institutos, técnicas, eficácia e formas de superação.

Destaca-se que o Novo Código de Processo Civil aprimorou o sistema brasileiro de precedentes ao introduzir sua obrigatoriedade em determinadas situações, visando potencialmente a inibir decisões arbitrárias e conflitantes, bem como tornar o Poder Judiciário mais célere e efetivo. Ademais, um sistema de precedentes corretamente estruturado também tem a perspectiva de diminuir o excesso de litigiosidade que se observa no Brasil.

Neste diapasão, o trabalho parte de uma análise histórica e conceitual dos precedentes, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, as técnicas de superação, bem como suas raízes nos princípios constitucionais para, ao final, confirmar que há no novo Código de Processo Civil uma inédita sistematização dos precedentes judiciais, sobretudo os vinculantes.

2 O *COMMON LAW*, O *CIVIL LAW* E SUAS PROXIMIDADES

O sistema processual de um país é essencialmente determinado por sua cultura, pela influência de seus pensadores e pela sua colonização, de modo que não há que se falar em uma cultura processual universal².

Todavia, atualmente é possível falar em um certo grau de convergência de várias culturas na aceitação de alguns princípios gerais relativos ao direito, sobretudo em relação aos direitos humanos, tidos como valores universais. Nesse sentido, é cada vez mais natural a influência, ou até mesmo a incorporação, de sistemas processuais entre culturas, cujo objetivo máximo é o aprimoramento do direito pátrio.

O sistema do *common law* – “direito comum” – teve sua origem na Inglaterra e se expandiu para vários países que um dia foram sua colônia ou de alguma forma tiveram sua influência cultural. De início, podemos destacar como exemplos da adoção do sistema do *common law* os EUA, Hong Kong, Áustria, Índia, Nigéria e Bangladesh.

Referido sistema não surgiu através de atos imediatos, como a codificação de leis, mas se consolidou através de um longo processo cultural, conforme ensina Cambi e Gomes de Filippo:

O *common law* reflete o dia a dia dos tribunais, com a construção paulatina de entendimentos jurisprudenciais, marcados pela influência cultural sobre os temas. Assim, a grande característica do sistema de *Common Law* reside na aplicação das regras extraídas de julgamentos a outros casos iguais ou semelhantes, o que gera estabilidade ao sistema, diante da previsibilidade das decisões oriundas do Poder Judiciário. (CAMBI; FILIPPO, 2013, p. 217).

Destarte, a perpetuação das regras tradicionais nativas através dos julgamentos pela corte de justiça (*House of Lords*), que atestavam os costumes locais, é o que podemos chamar inicialmente de precedente. Em outras palavras, o magistrado utilizava das decisões anteriores que guardavam estreita semelhança para julgar os novos casos.

Nesse sistema, tamanha é a importância dos precedentes que estes, ao lado da lei e dos costumes, constituem fonte de direito. Ademais, fonte primária (MARINONI, 2015a).

² Como exemplo da influência cultural, podemos citar os países islâmicos, onde o processo é fortemente influenciado pela religião. Já nas nações asiáticas, a tendência é a valorização da conciliação como método de resolução de conflitos. Tem-se, ainda, o sistema do júri, que está ligado a razões culturais inglesas e se faz presente em diversas de suas ex-colônias.

Já a tradição do *civil law*, também chamado de sistema romano-germânico, originou-se no século XII pela influência cultural que Roma exerceu sobre os países da Europa continental e suas colônias, cujo direito local era afastado pela inserção dos princípios do Direito romano. Nessa época, não havia nesses países um poder judiciário independente, sendo que os magistrados, com frequência, decidiam com base na vontade dos governantes.

Foi em face aos abusos cometidos pelos nobres, magistrados e clero que eclodiu, em 1789, a Revolução Francesa, sendo este o grande marco para a consolidação do modelo jurídico do *civil law*. A ideia era de contenção de abuso de poder e de preservação da igualdade entre os homens, cujas relações deveriam estar todas previstas em lei (CAMBI; FILIPPO, 2013).

Nesse momento, a lei escrita passou a ter o papel fundamental de representar a vontade do povo, devendo a decisão do juiz ficar adstrita ao texto legal, não admitindo qualquer forma de interpretação (WAMBIER, 2010). Assim, o poder de criar o direito era exclusivo do Poder Legislativo, de modo que a prestação judicial deveria se restringir à mera declaração da lei, deixando-se ao Executivo a tarefa de executar as decisões judiciais³.

Podemos citar como exemplos de adoção do sistema do *civil law* a França, Itália, Alemanha, Espanha, Portugal e todos os países da América Latina cuja colonização foi realizada por espanhóis e portugueses. No Brasil, a influência do *civil law* é facilmente perceptível, principalmente na nossa teoria geral do processo, com forte influência da doutrina italiana de Leibman, Chiovenda e Carnelutti.

O *civil law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos sistemas⁴.

Uma das marcantes diferenças refere-se ao método utilizado para se chegar à regra de direito aplicável ao caso. No *civil law*, o método é o dedutivo (geral para o particular), ao passo que, no *common law*, utiliza-se o método indutivo (particular para o geral), para o estudo e solução de casos concretos (CAMBI; FILIPPO, 2013).

Especificamente sobre os precedentes, note-se que estes, no sistema do *common law*, são uma das principais fontes do direito. Por outro lado, no sistema romano-germânico (*civil*

³ A ideia de que a codificação da lei seria capaz de solucionar todos os problemas, limitando o poder dos juízes à afirmação do que já havia sido dito pelo legislativo, originou a expressão “o juiz como *la bouche de la loi*” – boca da lei (MARINONI, 2010).

⁴ Certamente ambas as tradições evoluíram com o passar do tempo, ao passo que muito de sua essência foi sendo descaracterizada.

law), que tem por regra a lei como principal fonte do direito, os precedentes e a jurisprudência não têm, em regra, demasiada importância. Ademais, no *civil law* o papel da doutrina é de grande relevância – visto que auxilia na interpretação da legislação, de acordo com os princípios de direito –, ao passo que no *common law* seu papel é secundário, pois a interpretação encontra-se nos próprios fundamentos da decisão (CAMBI; FILIPPO, 2013).

Todavia, apesar da existência de substanciais diferenças, a aproximação das tradições do *civil law* e do *common law* no mundo contemporâneo é evidente. Nesse sentido, ensina Marinoni:

A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isto, fez surgir o princípio inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo. (MARINONI, 2010, p. 101).

Como exemplos desta aproximação no direito brasileiro, têm-se a existência do controle de constitucionalidade – de inspiração americana – e a crescente utilização da técnica legislativa aberta⁵ para a redação de textos legais, permitindo-se, a qualquer magistrado, a possibilidade de interpretação das normas legais, inclusive da lei maior.

Destarte, não se pode mais afirmar que o direito brasileiro é estritamente baseado no *civil law*, visto que a discussão sobre o uso dos precedentes pelos juízes avança consideravelmente, sobretudo com a expressa sistematização dos precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil.

3 DEFINIÇÃO DE PRECEDENTE E SUA OBSERVÂNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

O vocábulo “precedente” é definido como algo que está antes de outra coisa do mesmo gênero. Que precede ou antecede (FERREIRA, 1999).

No âmbito jurídico, Didier (2015, p. 441) conceitua precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

⁵ Em que há dois tipos normativos: conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

Para Cambi e Gomes de Filippo (2013, p. 224), precedentes são “orientações judiciais originárias já proferidas sobre certo tema e que podem ser utilizadas para a solução de outros casos que versem sobre o mesmo assunto ou assunto parecido”. E informam que o elemento novidade é ínsito à noção de precedente.

Poder-se-ia pensar que toda decisão judicial é um precedente, porém ambos não se confundem, de modo que só se pode atestar um precedente quando se tem uma decisão judicial dotada de características determinadas, como a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. Assim, todo precedente é uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial é um precedente (MARINONI, 2010).

É imperioso, ainda, destacar a diferença entre precedente e jurisprudência, comumente confundidos na prática forense. Quando reiteradamente aplicado, o precedente se transforma em jurisprudência, que, se predominantemente aplicada por um tribunal, pode se tornar um enunciado de súmula. Nesse contexto, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (normal geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente (DIDIER, 2015).

Já para a existência e aplicação de um precedente são necessárias determinadas práticas, sinteticamente explicadas por Lemos:

Para a existência e formação de um precedente necessitamos de: provocação jurisdicional pela parte, caso concreto, delimitação fática e jurídica, interpretação, a decisão judicial. Para a utilização do precedente, incluímos um novo item, os casos análogos futuros. A interpretação realizada entre os fatos e o direito positivo são os elementos que formam o precedente, como decisão concreta e sua possibilidade de utilização em casos posteriores, dada sua relevância. (LEMOS, 2015, p. 140).

Ademais, não é qualquer atividade jurisdicional que tem aptidão para formar um precedente. Por exemplo, uma sentença de primeiro grau não forma um precedente. Os tribunais de segundo grau também não têm essa função como prioridade, já que sua função é possibilitar o duplo grau de jurisdição com a aplicação do direito de reexame. Como regra, os precedentes judiciais são formados nos tribunais superiores, cujas decisões possuem maior impacto, ante a completa jurisdição territorial e superioridade hierárquica.

No Brasil, apesar da prevalência do sistema jurídico do *civil law*, a influência da técnica de julgamento com base em precedentes judiciais remonta, sutilmente, já à primeira Constituição⁶.

A ausência de sistematização das hipóteses de utilização da técnica dos precedentes – ainda que rudimentares, mas existentes – fez com que o anterior diploma processual (o Código de Processo Civil de 1973) fosse gradativamente alterado, a ponto de estabelecer mecanismos de uniformização da jurisprudência, destinados a dirimir divergência sobre a adequada interpretação do direito, ou seja, harmonizar a interpretação das teses jurídicas.

A Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, trouxe significativos avanços, introduzindo, de forma mais profunda, a teoria do precedente no direito brasileiro. Como exemplo, podemos citar o art. 926 e parágrafos, em que há expressa distinção de precedente, jurisprudência e súmula⁷. Mais pragmático é o seu artigo subsequente, que será adiante analisado, em que se determina expressamente o caráter obrigatório de determinados precedentes.

Todavia, mesmo com uma clara evolução da teoria do precedente no direito brasileiro, muitas críticas são tecidas pelos juristas da corrente pura do *civil law*. Muito se fala, equivocadamente, que a utilização de precedente é uma forma de simplificação do julgamento. Acerca desta afirmação, explica Ascensão:

Invoca-se o precedente porque se pretende que há nele uma analogia, substancialmente, falando, que permite que o princípio que justifica o caso anterior cubra também o novo caso. Vai-se do particular ao geral, como é típico do sistema anglo-americano e inverso do nosso. Mas a afirmação da analogia tem de sujeitar-se ao *distinguo*. Pode objetar-se que no novo caso há elementos relevantes que o subtraem à sorte jurídica do caso anterior. (ASCENÇÃO, 1975, p. 5).

⁶ A Constituição do Império de 1824 criou o Supremo Tribunal de Justiça, transformado, posteriormente, no Supremo Tribunal Federal pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Todavia, aquela Suprema Corte não tinha direta e expressa legitimação constitucional para examinar invalidações de leis tidas por inconstitucionais. Suas decisões valiam apenas como forma de resolução de controvérsia indicada no processo, sem que o precedente se tornasse obrigatório no exame de idêntico caso. O primeiro Código de Processo Civil nacional, de 1º de março de 1940, previa o recurso de revista, destinado às câmaras civil reunidas, e tinha como objetivo afastar divergência entre duas ou mais câmaras ou turmas. Um momento importante, no sentido de conferir eficácia (ainda que apenas persuasiva) aos precedentes judiciais, ocorreu em 1963, com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que atribuiu competência ao relator para determinar o arquivamento de recurso extraordinário ou agravo de instrumento interposto da decisão denegatória de seu processamento, sempre que essa sua decisão fosse fundada em matéria já sumulada pela Corte Suprema (MARCATO, 2015, p. 163-164).

⁷ 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.

A cultura jurídica brasileira não tem como preceito a observância dos precedentes, sendo, via de regra, autorizado aos magistrados a livre interpretação das leis. Todavia, com o advento do novo Código de Processo Civil, é possível verificar um claro espelhamento no regime de precedentes judiciais do sistema do *common law*, mormente no que tange aos precedentes vinculantes, dispostos no art. 927, apoiando-se de forma forte no trinômio *estabilidade-previsibilidade-segurança*.

4 INSTITUTOS E UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Para melhor compreensão do tema, é imprescindível analisarmos alguns institutos relacionados aos precedentes judiciais, seus efeitos e utilização prática. Serão abordadas, ainda, as técnicas de aplicação e superação dos precedentes, fundamentais para o progresso jurídico.

4.1 *Ratio Decidendi e Obiter Dictum*

Todo precedente é composto de duas partes distintas: as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório. Esta última é denominada *ratio decidendi*.

No campo conceitual, podemos definir que *ratio decidendi*, ou *holding* para os estadunidenses, constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz (MITIDIERO, 2015).

A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, ou ainda, é a opção hermenêutica utilizada na decisão, sem a qual esta não teria sido proferida. Assim, trata-se de norma jurídica geral, que, construída por um órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto, pode servir como diretriz no julgamento de demandas análogas (DIDIER, 2015).

Necessário observar que o magistrado ao dirimir um conflito cria duas normas jurídicas: uma de caráter geral (fruto da interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformidade com o direito positivado – é delimitada na fundamentação do julgado) e outra de caráter individual (inserida na parte dispositiva da decisão, tem por

objetivo apenas reger a situação específica de determinado caso – é a conclusão da demanda, se procedente ou improcedente).

Pode-se afirmar, então, que, uma vez inserta na norma geral, a *ratio decidendi* é o elemento do precedente judicial capaz de ser universalizado, com potencialidade de vinculação.

Marinoni (2010, p. 221), por sua vez, aduz que “a razão de decidir (*ratio decidendi*) certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra”. Nessa mesma linha, Mitidiero faz uma interessante observação quanto à diferenciação entre *ratio decidendi* e fundamentação:

É preciso perceber que a *ratio decidendi* não é sinônimo de fundamentação – tampouco, de raciocínio judiciário. A fundamentação – e o raciocínio judiciário que nela tem lugar – diz com o caso particular. A *ratio decidendi* refere-se à unidade do direito. Nada obstante, tanto a *ratio* como a fundamentação são formadas com material recolhido na justificação. (MITIDIERO, 2015, p. 343).

A despeito de a *ratio decidendi* se encontrar na fundamentação da decisão – ainda que não lhe corresponda integralmente –, ela não se confunde com nenhum dos elementos da decisão judicial (relatório, fundamentação e dispositivo), mas é extraída ou elabora a partir desses elementos, visto que os fatos narrados no relatório, a tese jurídica adotada pelo magistrado na fundamentação e a norma jurídica individualizada no dispositivo são necessários para identificação da *ratio decidendi* (MARINONI, 2010).

No Brasil, a *ratio decidendi* é também chamada de motivo determinante de uma decisão judicial. O motivo determinante, individualizado na fundamentação, é a premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão. É o motivo determinante de uma decisão que pode gozar da eficácia transcendente da fundamentação. Portanto, a eficácia transcendente da fundamentação equivale à eficácia vinculante da norma jurídica geral extraída do precedente (ATAÍDE JÚNIOR, 2012).

Por outro lado, o *obiter dictum* (no plural *obiter dicta*), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, a consideração ou o comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão. Trata-se de questões discutidas ou emanadas que não revelam influência relevante ou substancial para a decisão, sendo, portanto, prescindível para o deslinde da demanda (DIDIER, 2015). Podem ser, inclusive, juízos normativos acessórios, secundários ou provisórios e opiniões jurídicas adicionais ou paralelas.

Sinteticamente, no plano conceitual, podemos afirmar que *obiter dictum* é o material constante na fundamentação, mas que não tem o condão de alterar a norma jurídica individual.

Um exemplo genérico e visível de *obiter dictum* é a hipótese de um tribunal sugerir como resolveria uma questão conexa ou relacionada com a questão dos autos. Especificamente, o STJ⁸ já afirmou ser admissível mandado de segurança como substitutivo de ação rescisória nos juizados, diante da proibição do art. 59 da Lei 9.009/95, contudo o ponto central do acórdão era a competência dos Juizados Especiais Cíveis; assim, essa não é a posição do STJ, mas uma sinalização.

A caracterização do *obiter dictum* normalmente é feita de forma negativa, ou seja, tudo aquilo constante na fundamentação que não for *ratio decidendi* é *obiter dictum*. Deve, então, o julgador se ater na essencialidade da fundamentação. Se fundamental para a parte dispositiva é *ratio*, se não, é *obiter dictum*.

Em um ordenamento jurídico em que se adotam precedentes, o *obiter dictum*, apesar de elemento secundário do precedente judicial – prescindível para a norma jurídica individual –, pode desempenhar importantes funções.

Primeiramente, pode ser um auxílio (não essencial) na construção da motivação e do raciocínio exposto na decisão. O *obiter dictum* pode ainda sinalizar uma futura orientação do tribunal, ou seja, servir de diretriz para o julgamento futuro de questões que venham a ser suscitadas. Pode, outrossim, ser um instrumento para a superação de um precedente judicial (DIDIER, 2015).

Por fim, especificamente no direito brasileiro, o *obiter dictum* serve de instrumento para elaboração de recurso fundado em controvérsia; ou seja, em um julgamento colegiado não unânime, o voto vencido é de bastante relevância para que se aplique a técnica de julgamento da apelação, do agravo de instrumento contra decisão de mérito e da ação rescisória, nos termos do art. 942 do CPC.

4.2 Efeitos do Precedente

Os efeitos de um precedente decorrem diretamente da opção legislativa de cada país, pois, uma vez anexos à decisão judicial, independem da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu.

A coisa julgada garante às partes a imutabilidade da decisão. O respeito aos precedentes confere aos jurisdicionados a estabilidade de dada interpretação jurídica (MARINONI, 2010). Então, só há garantia de respeito aos precedentes quando existe o correspondente dever judicial de respeito, que pode ter diferentes intensidades, variando de um respeito absoluto a um respeito despido de vinculação. Pode-se, assim, dizer eficácias variadas.

Em especial no Brasil, os precedentes possuem aptidão para produzir diversos efeitos jurídicos, que não se excluem, podendo, inclusive, o mesmo precedente produzir mais de um tipo de efeito.

Didier (2015, p. 454) visualiza ao menos seis tipos de efeitos jurídicos que um precedente pode ter no Brasil⁹: “vinculante/obrigatório; persuasivo; obstativo da revisão de decisões; autorizante; rescindente/deseficacizante; e de revisão da sentença”.

O precedente é vinculante (*binding precedente*), ou dotado de autoridade vinculante (*binding authority*), quando possuir eficácia obrigatória em relação a outros casos similares supervenientes. Nesses casos, o efeito do precedente decorre da sua *ratio decidendi*, que, estabelecida na fundamentação, obriga os órgãos jurisdicionais a adotar a mesma tese jurídica (DIDIER, 2015).

É o efeito mais intenso e, em razão disto, abrange todos os demais. Ademais, em razão da sua força obrigacional, os precedentes vinculantes devem ser conhecidos de ofício¹⁰, sob pena de omissão e denegação da justiça (DIDIER, 2015).

Para Marinoni (2010, p. 112), “o que caracteriza a eficácia absolutamente vinculante é a circunstância de o juiz não poder revogar a decisão, ainda que tenha bons fundamentos para não respeitá-la”.

No Brasil, o novo Código de Processo Civil aumentou o rol de precedentes vinculantes – que serão analisados à frente –, conforme disposição contida no art. 927.

O poder de vinculação dos precedentes obrigatórios abrange os órgãos jurisdicionais de maneira interna e externa, de modo que se tornam impositivos para o tribunal que o produziu, bem como para os demais órgãos a ele subordinados.

Marinoni (2010) chama esse poder de eficácia vertical e horizontal dos precedentes. Para o mestre, a eficácia vertical incide sobre os tribunais e juízes que lhes são inferiores. Já a

⁸ STJ, 3ª T, MC 15465/SC, rel. Min Nancy Andriahi, DJ 28.04.2009.

⁹ Muitos doutrinadores discorrem pela existência de apenas três tipos de efeito: vinculante, persuasivo e impeditivo.

¹⁰ Deve-se, contudo, antes ouvir as partes, conforme dicção dos art. 10 e 927, §1º, do CPC.

vinculação dos órgãos do próprio tribunal de que provém o precedente é a chamada eficácia horizontal.

Como regra geral, diz-se que toda decisão que não constituir precedente obrigatório deve ser considerada como precedente persuasivo.

Como o próprio nome sugere, o precedente persuasivo (*persuasive precedente*) não possui eficácia vinculante, mas apenas força persuasiva (*persuasive authority*), e, assim sendo, nenhum magistrado está obrigado a segui-lo.

Esses precedentes funcionam como uma tendência, um indicativo de um tribunal, podendo, pelo seu teor de interpretação, ajudar na resolução do caso concreto (LEMOS, 2015). Didier (2015, p. 456) afirma que “é a eficácia mínima de todo precedente”.

Os precedentes judiciais com eficácia de obstar a revisão de decisões, também chamados de precedentes judiciais impeditivos, possuem a finalidade específica de impedir a apreciação de demanda, recursos e remessa necessária. Assim, o precedente tem um caráter de obstar que a matéria seja revisitada (LEMOS, 2015). Como exemplos, no direito pátrio, podemos citar os arts. 496, §4º, e 932, IV, do CPC, em que há expressa autorização para obstar a revisão da decisão em face de diretrizes já lançadas em precedentes vinculantes preexistentes.

Diversamente dos impeditivos, é considerado precedente autorizante aquele que é determinante para a admissão ou acolhimento de determinado ato postulatório (como recurso, demanda ou incidente processual). Somente com a existência de um precedente é que o ato judicial pode ser interposto, tornando-se o precedente um requisito de admissibilidade específico do ato determinado (LEMOS, 2015). A título de exemplo, no caso de recurso especial interposto com base no art. 105, III, ‘c’, da CF, a admissão do recurso pressupõe a demonstração de um precedente para a comprovação da divergência jurisprudencial dada por outro tribunal.

O precedente pode, ainda, ter aptidão para rescindir ou retirar a eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado. É o caso de ação rescisória proposta por violação à norma jurídica (arts. 966, V, e 525, §15, do CPC), hipótese em que o precedente do STF é posterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda (DIDIER, 2015).

Por fim, há precedentes que podem autorizar a ação de revisão de coisa julgada que diga respeito a uma relação jurídica sucessiva (art. 505, I, CPC), como a relação jurídica tributária. Nessa hipótese, um precedente do STF poderia, por exemplo, autorizar a revisão de

sentença que regulasse uma relação sucessiva, a fim de adequá-la ao entendimento jurídico do precedente (LEMOS, 2015).

4.3 Técnica de Aplicação do Precedente (*Distinguishing*)

Podemos elencar três exigências para a aplicação de um precedente: a) a existência de uma norma geral constante de uma decisão judicial anterior; b) a similaridade entre as questões de fato e/ou de direito entre os casos julgados (o precedente e o posterior); e c) a aplicação da norma jurídica criada no precedente para a decisão do caso controverso no processo posterior (CARDOSO, 2014).

O precedente tem sua origem em um caso concreto e sua utilização em outra demanda exige a demonstração da semelhança existente entre os casos. Deve-se, então, fazer um cotejo inicial para depois enfrentar a norma jurídica firmada no precedente (TUTTI, 2004).

Para verificação da semelhança, o magistrado deve se valer de comparação. Assim, a luz de um caso concreto, deve ser analisado os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos de demandas anteriores. Se houver aproximação, o segundo passo é analisar a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nestas demandas anteriores (DIDIER, 2015).

Essa comparação e eventual distinção entre os casos leva o nome técnico de *distinguishing* (ou *distinguish*). Ademais, a técnica de distinção deve ser empregada por todo órgão jurisdicional quando restar diante de qualquer precedente.

Destarte, há *distinguishing* quando existir distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja por não haver similaridade entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à tese jurídica (*ratio decidendi*) constante no precedente, seja pela existência de alguma peculiaridade no caso em julgamento que afaste a aplicação do precedente, mesmo se existente alguma aproximação entre eles (DIDIER, 2015).

Mitidiero (2015) entende que para a aplicação de um precedente deve-se fazer um raciocínio puramente analógico, ou seja, analisar se a questão é idêntica ou semelhante. E não sendo o caso, é caso de *distinguishing*. Todavia, para que exista fidelidade ao precedente, as distinções têm de ser consistentes, isto é, têm de ser realizadas a partir de uma real diferenciação subjacente entre as questões examinadas pelo órgão jurisdicional.

Trata-se o *distinguishing* de uma declaração negativa, pois somente revela que o direito evidenciado no precedente não deve regular o caso em julgamento e, sendo assim, não tem o condão de declarar um direito novo ou constituí-lo.

Se o julgador chegar à conclusão de que há distinção (*distinguishing*) entre os casos, poderá seguir dois caminhos: a) poderá dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada – *restrictive distinguishing* –, caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente¹¹; ou b) poderá estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável¹² – *ampliative distinguishing* (DIDIER, 2015).

Essa técnica combate a ideia de que o juiz, diante de uma invocação de precedente(s) – sobretudo o(s) vinculante(s) –, fica “engessado”, sem outra opção senão a de aplicar o(s) precedente(s).

Verifica-se que essa técnica de confronto, interpretação e aplicação do precedente judicial está incorporada no nosso direito pátrio, tendo por fundamento norma legal positivada (arts. 489, §1º, V e VI, e 927, §1º, do CPC) e jurisprudencial (ex.: Ação Cautelar n. 1.549 STF, Reclamação Constitucional n. 1.132-1/RS STF e Habeas Corpus 85.185-1 STF).

4.4 Técnicas de Superação do Precedente (*Overruling* e *Overriding*)

Em razão da dinamicidade da ciência jurídica, são necessários mecanismos para que seja possível a revisão/superação dos precedentes, seja pelo próprio órgão que o formou, seja por outro, com competência subsidiária. As técnicas de superação são basicamente duas: a) *overruling* (quando o precedente é substituído por outro); e b) *overriding* (quando o precedente é reformado parcialmente).

O *overruling* é a técnica através da qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente, não porque os fatos do caso presente sejam diferentes dos fatos do caso paradigma, mas sim porque outra tese jurídica deve ser a ele aplicada (ROSITO, 2012).

A superação de um precedente pode se dar de forma expressa (*express overruling*) ou tácita/implícita (*implied overruling*); todavia, no sistema brasileiro, ante a obrigatoriedade de

¹¹ Arts. 489, §1º, VI, e 927, §1º, do CPC.

¹² Arts. 489, §1º, V, e 927, §1º, do CPC.

fundamentação adequada e específica para fundamentação das decisões judiciais, a *implied overruling* não é aceita (DIDIER, 2015).

Pode, ainda, a superação se dar de maneira difusa ou concentrada. Na hipótese primeira, o *overruling* pode ocorrer em qualquer processo que, chegando ao tribunal, permita a superação do precedente anterior, ou seja, qualquer pessoa (polo ativo da demanda) pode contribuir para a revisão de um entendimento jurisprudencial. Concentradamente, o pedido de revisão deve ser realizado por determinadas pessoas com capacidade processual definida em lei, e cujo objetivo seja a revisão de um entendimento já consolidado no tribunal (como exemplo, cita-se o pedido de revisão ou cancelamento de súmula vinculante, art. 3º da Lei n. 11.417/2006, e o pedido de revisão de tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas, art. 986, CPC).

O ordenamento jurídico brasileiro prevê hipóteses expressas de *overruling*, inclusive autorizando a participação de terceiros para rediscussão da tese¹³.

A possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedente, sendo que a perseguida estabilidade das decisões não impede sua alteração, desde que devidamente fundamentada. Nos dizeres de Marinoni (2010, p. 346), “o *overruling* não contradiz a estabilidade do sistema, mas, ao contrário, a garante”.

Destarte, são vários os motivos que autorizam a superação de um precedente, sendo os mais comuns: a) o precedente judicial se torna inexecutável ou obsoleto; b) é absolutamente injusto e/ou incorreto; c) surge nova concepção do direito; d) o precedente não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica (SILVA, 2005).

Ressalta-se que o *overruling* só deve ocorrer quando as normas jurídicas que sustentam a estabilidade – isonomia, proteção da confiança e segurança jurídica – mais fundamentam a revogação do precedente do que a sua preservação.

O *overriding*, também chamado de reescrita, se trata de uma espécie de revogação parcial do precedente e funciona como redefinição do âmbito de incidência deste. O precedente é reescrito com o fim de restringir o seu âmbito de aplicação. O precedente não é totalmente revogado, mas perde espaço de incidência (MITIDIERO, 2015).

Cabe aqui uma importante diferenciação entre a técnica do *distinguishing* e do *overriding*. No primeiro uma questão de fato impede a incidência da norma, ao passo que no

¹³ Art. 927, §2º - a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

segundo é uma questão de direito (um novo posicionamento) que limita ou restringe o suporte fático. Assim, no *distinguishing* são os fatos materialmente relevantes do novo caso concreto que afastam o precedente, enquanto que no *overriding* o afastamento é decorrente de um novo entendimento – portanto, de um elemento externo à relação jurídica discutida (DIDIER, 2015).

A fim de confirmar a segurança jurídica e a vedação a não surpresa no sistema de precedentes, é importante que a alteração do entendimento seja sinalizada pela Corte responsável, sobretudo para indicar aos interessados (em especial aos jurisdicionados e advogados) a possibilidade de mudança de posicionamento. Essa sinalização é chamada de *signaling*.

O *signaling* é uma técnica preparatória para a revogação do precedente e se situa num espaço entre o *distinguishing* e o *overruling*. O tribunal não revoga o precedente, mas também não realiza o adequado *distinguishing*, de modo que apenas anuncia que poderá modificar o entendimento, seja porque tornou-se desatualizado ou porque configura-se equivocado (MARINONI, 2010).

Conclui-se, então, que o *overruling* e o *overriding* são técnicas que impedem a estatização/petrificação do direito, mantendo-o atualizado e de acordo com os anseios temporais e sociais. Destarte, permite a flexibilidade do ordenamento jurídico, indispensável à evolução e o progresso do direito.

5 OS PRECEDENTES VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Desde a década de 1990 foram várias as reformas na nossa legislação processual, visando a aceleração do julgamento. São exemplos desse movimento o julgamento monocrático de recurso pelo relator com base na jurisprudência dominante, julgamento de improcedência *prima facie*, a adoção de súmulas vinculantes e o procedimento para julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos.

Nesse mesmo sentido, porém não só visando à economicidade da demanda, mas, sobretudo, à garantia da segurança jurídica, igualdade e coerência das decisões judiciais, o novo Código de Processo Civil dedicou especial atenção aos precedentes vinculantes/obrigatórios.

Os precedentes tidos expressamente como vinculantes estão dispostos no art. 927:

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.

Porém, esse rol não é exaustivo. Embora não expressamente previsto, os precedentes cujo entendimento é consolidado em súmula de cada tribunal (mesmo que não seja tribunal superior) têm força obrigatória em relação ao próprio tribunal e aos magistrados a ele vinculados. Nesse sentido é a previsão do art. 926 do CPC (“os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”).

Interessante posição é a adotada por Nery Junior (2015), que entende ser constitucional somente os incisos I e II do art. 927 do CPC, pois nos demais incisos há ausência de previsão constitucional para o Poder Judiciário legislar, razão pela qual a vinculação dos precedentes constantes nos incisos III a V são inconstitucionais.

O novo Código de Processo Civil determina que a prerrogativa para a formação dos precedentes pertence aos tribunais superiores, com exceção do incidente de assunção de competência e da resolução de demandas repetitivas, em que foi atribuída competência aos tribunais de segundo grau para a formação em seu âmbito territorial e jurisdicional.

Destarte, será visto especificamente cada precedente vinculante trazido pelo novo Código de Processo Civil, porém antes serão analisados alguns princípios constitucionais afirmadores do sistema de precedentes.

5.1 Precedentes Vinculantes à Luz dos Princípios Constitucionais

Para um melhor entendimento acerca dos precedentes, necessário se faz a correta compreensão de alguns princípios constitucionais – já insertos no nosso ordenamento jurídico, mas com relevância para a existência do precedente como norma jurídica. São eles: a) isonomia; b) segurança jurídica; c) contraditório; e d) motivação das decisões.

5.1.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA/IGUALDADE

O princípio da isonomia é um norte necessário ao sistema de precedentes e está previsto no art. 5º da Constituição Federal (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”). Todavia, o termo “lei” contido no texto constitucional deve ser interpretado como “norma jurídica”, ou seja, devem todos ser tratados como iguais, independentemente da norma jurídica ou de quem a emane (DIDIER, 2015). Isso vale, claro, para decisões judiciais.

O princípio da isonomia submete tanto o Estado como seus articulares. Assim, o administrador público tem sua atividade regulada pela igualdade, o legislador não pode editar leis desiguais infundadamente, e o judiciário deve tratar igualmente as partes no interior do processo (MARINONI, 2010).

A isonomia não permite que situações idênticas levadas à justiça encontrem decisões distintas. São inconcebíveis decisões diversas para situações idênticas. Da mesma forma, não se admite situação inversa, ou seja, não se admite que, pela falta de cotejo correto das circunstâncias fáticas da demanda, não seja dado tratamento diferenciado a situações distintas.

5.1.2 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A Constituição Brasileira refere-se ao princípio da segurança jurídica como valor fundamental, inserindo-a no *caput* do art. 5º (“[...] garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”), bem como em vários de seus incisos¹⁴ (MARINONI, 2010).

Esse corolário vai além da igualdade, pois garante à sociedade uma segurança na aplicação do direito. Trata-se de princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente (DIDIER, 2015).

No campo dos precedentes judiciais, para assegurar a segurança jurídica, deve-se considerar a previsibilidade e estabilidade¹⁵.

¹⁴ Ex.: incs. XXXIX, XL e XXXVI.

¹⁵ A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito” (MARINONI, 2010, p. 121).

Previsibilidade é a necessidade de se poder prever a consequência de uma determinada conduta jurisdicional, bem como a confiança atribuída ao poder estatal, que tem a função de estabelecer a qualificação jurídica sobre os fatos discutidos em juízo (CAMBI; HELLMAN, 2015).

Já a estabilidade dá dimensão objetiva à segurança jurídica para que seja assegurado um mínimo de continuidade ao poder estatal, garantindo a potencialidade e eficácia da ordem jurídica aos jurisdicionados (CAMBI; HELLMAN, 2015).

O respeito pelos precedentes, na forma dos art. 926 e 927 do CPC, garante maior segurança jurídica à sociedade, pois quanto mais uniforme e estável um pensamento do tribunal, maior é a segurança repassada aos jurisdicionados.

5.1.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O contraditório é normalmente analisado como a garantia de que a solução final de uma demanda seja alcançada mediante a participação efetiva das partes (ou dos sujeitos diretamente envolvidos), ou seja, deve ser dado aos litigantes a possibilidade de participar e influenciar. É constitucionalmente garantido pelo art. 5º, LV (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

O contraditório já possui enorme importância no processo civil, porém dentro de um sistema de precedentes sua expressão é ainda mais importante.

Não há precedente sem o contraditório¹⁶.

O contraditório na formação ou superação de um precedente está presente não só pela participação das partes, mas também pela presença do Ministério Público – quando necessário –, e do *amicus curiae*¹⁷ e pelas audiências públicas, conforme previsão expressa no art. 927, §2º, do CPC.

Para a formação de um precedente há necessidade de exaurimento da matéria. Quanto mais a matéria for contraditada, com a exposição exauriente dos fatos e argumentos, melhor será o precedente e maior será a vinculação e utilidade jurídica posterior (LEMOS, 2015).

¹⁶ Enunciado 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.

¹⁷ Outras possibilidades de manifestação do *amicus curiae*: arts. 138, 983 e 1.038, I e II, do CPC.

Ademais, em demandas futuras o contraditório também possui papel fundamental, pois é através dele que as partes poderão explorar o precedente paradigma com o caso concreto. É o momento do *distinguishing*, de as partes analisarem se a *ratio decidendi* converge ou diverge da situação fática presente.

5.1.4 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

A motivação ou fundamentação das decisões judiciais está inserta no art. 93, IX, da Constituição Federal (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”). Tão importante é a fundamentação que sua ausência ou insuficiência torna a decisão nula.

A fundamentação é relacionada com a necessidade de o magistrado apresentar expressamente as razões que lhe permitiram chegar à decisão. A fundamentação permite ao vencido entender os motivos de seu insucesso e ainda clareia suas razões para interposição de eventual recurso. Outrossim, permite ao tribunal entender os motivos que levaram o magistrado a decidir da forma exposta (MARINONI, 2010). Em suma, não basta o juiz estar convencido, é necessário demonstrar as razões do seu convencimento.

O novo código, em seu art. 489, §1º, deu maior valorização à devida fundamentação, ao expressar o que seria uma decisão não fundamentada. Não se pode ter como suficiente a fundamentação que se limita a apenas repetir os termos legais ou jurisprudenciais ou, ainda, que empregue conceitos jurídicos indeterminados, sem explicitar a incidência no caso concreto¹⁸. A fundamentação de uma decisão deve identificar exatamente as questões de fato que se reputam essenciais para o deslinde da causa e descrever, também explicitamente, a tese jurídica adotada para sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva (DIDIER, 2015).

¹⁸ Como exemplo de decisão sem fundamentação: “indefiro o pedido de tutela ante a ausência de *periculum in mora*”; ou, ainda, “nego seguimento ao recurso por ser manifestamente contrário à jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça”.

5.2 Decisões do Supremo Tribunal Federal em Controle Concentrado de Constitucionalidade

O primeiro inciso do art. 927 trata da eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Essa modalidade de obrigatoriedade, apesar de só agora positivada no direito processual pátrio, já era fruto de entendimento jurisprudencial do próprio STF – denominada transcendência dos motivos determinantes¹⁹.

Há de se ressaltar que o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade (que obriga todos os demais órgãos jurisdicionais e a administração pública direta e indireta – em todas as esferas federativas) advém do fato de a coisa julgada ser *erga omnes* por expressa disposição legal (art. 102, §2º, da CF; art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99; e art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/99). Destarte, o Poder Público não está vinculado à tese jurídica (*ratio decidendi*) firmada no julgado, mas à norma estabelecida na parte dispositiva da decisão (única que transita em julgado²⁰).

Não se trata de respeito à coisa julgada produzida nesses processos, até porque o respeito à coisa julgada é basilar do direito, sobretudo quando a decisão produz efeito *erga omnes*, como é o caso de decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. Para a norma processual, o que produz o efeito vinculante é *ratio decidendi*²¹ (fundamentos determinantes) extraída do julgado (DIDIER, 2015).

Cabe aqui uma pequena distinção entre o respeito à coisa julgada e ao precedente vinculante. Nas palavras de Marinoni:

O respeito aos precedentes garante a previsibilidade em relação as decisões judiciais, assim como a continuidade da afirmação da ordem jurídica. A coisa julgada, por sua vez, garante que nenhuma decisão estatal interferirá de modo a inutilizar o resultado obtido pela parte com a decisão acobertada pela coisa julgada, assim como a estabilidade das decisões judiciais. [...] No primeiro caso, a confiança é na imutabilidade do ato do poder jurisdicional. No segundo, a confiança é na orientação advinda da jurisdição. (MARINONI, 2010, p. 139-140).

¹⁹ STF, Plenário, Rcl. 2.363, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.04.2005.

²⁰ CPC, Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.

²¹ Nesse sentido é o teor do Enunciado 168 do Fórum Permanente de Processualista Civis: os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.

Dessa forma, apesar de afins, a eficácia “*erga omnes*” (força de lei) e o efeito vinculante não são institutos iguais. Em suma, pode-se afirmar que a força *erga omnes* se refere à parte dispositiva da decisão, ao passo que o efeito vinculante está contido nos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e visa a conferir maior eficácia às decisões, *in casu* do STF, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão.

Em outra perspectiva, a característica *erga omnes* da coisa julgada tem mais força do que o respeito aos precedentes, pois a estabilidade garantida pelo precedente não é absoluta, visto que podem ser revogados.

Imperioso ressaltar que a eficácia vinculante não atinge o próprio Supremo Tribunal Federal, que, em determinadas circunstâncias, poderá rever suas decisões²², bem como não se aplica ao Poder Legislativo, que tem permissão para editar uma nova lei com o conteúdo material semelhante, ou até idêntico, ao do texto normativo declarado inconstitucional.

Verifica-se, então, que o legislador processual optou por conferir dupla eficácia vinculante, por assim dizer, às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade, tornando obrigatória a orientação firmada na fundamentação (*ratio decidendi*), bem como no dispositivo (efeito legal *erga omnes*). Porém, para que ocorra a eficácia vinculante, é necessário que o acórdão seja de mérito e tenha transitado em julgado.

Destarte, o desrespeito à eficácia vinculante autoriza o uso da reclamação, nos termos do art. 102, I, “I”, da CF e art. 988, III, do CPC, que poderá ser proposta por todos aqueles que forem atingidos pela decisão contrária ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

5.3 Enunciados de Súmulas do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Súmulas Vinculantes

A súmula é o enunciado normativo de caráter geral de uma tese jurídica (*ratio decidendi*) consolidada, ou seja, a reiteração de um precedente. A súmula advém de um caso, ou um conjunto de casos, a partir dos quais se identificam os motivos determinantes responsáveis pela consolidação de um critério normativo generalizante.

O enunciado de súmula deve ser escrito da forma mais precisa possível, pois ele terá que ser reinterpretado quando da sua aplicação ao caso concreto em julgamento. É o que

²² STF, ADI nº 2675/PE, rel. Min. Carlos Velloso e ADI nº 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso.

determina o art. 926, §2º, do CPC: “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

O novo CPC, em seu art. 926, conferiu às súmulas a importante função de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. Destarte, são as súmulas ferramentas importantes e práticas, pois, muitas vezes, representam a síntese de juízos complexos de ponderação entre valores constitucionais, de modo que o julgador, ao aplicar a súmula, não precisará tecer extensa fundamentação sobre essas questões, visto que estas já foram objeto de deliberação pelo órgão criador do enunciado (GOMES DE FILIPPO, 2015). Bastará, então, que a decisão seja fundamentada na forma do art. 489, §1º, V, c/c art. 927, §1º, do CPC.

O art. 927, II e IV, estabelece que são vinculantes as súmulas do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, e do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, bem como as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

A novidade do art. 927 é com relação aos enunciados sumulares do STF e STJ, que passam agora a ser de observância obrigatória, como acontece com as súmulas vinculantes, já anteriormente compulsórias. Todavia, as súmulas do STF e STJ possuem um efeito obrigatório menos intenso do que o das súmulas vinculantes, pois estas além de vincularem juízes e tribunais, vinculam a própria administração pública.

Outra característica peculiar da súmula vinculante é que ela possui pressupostos próprios de criação; ritos próprios de edição, revisão e cancelamento; e regras próprias de legitimidade.

A súmula vinculante foi inserida no direito pátrio a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o art. 103-A ao texto constitucional, e está regulamentada na Lei n. 11.417/2006²³.

O efeito vinculante se opera de imediato, a partir da publicação do enunciado em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o que deve ser feito em até dez dias após a sessão de aprovação²⁴. É possível a modulação dos efeitos do enunciado de súmula vinculante, postergando-se sua eficácia vinculativa para o futuro, uma vez demonstradas as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, e por decisão de 2/3 dos membros²⁵.

²³ O procedimento ainda está previsto nas Resoluções 381/2008 e 388/2008 do Supremo Tribunal Federal.

²⁴ Art. 2º, §4º, da Lei n. 11.417/2006.

²⁵ Art. 4º da Lei n. 11.417/2006.

Só se admite a edição de súmula vinculante sobre matéria constitucional e que tenha por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão²⁶.

A competência para a edição, revisão e cancelamento de enunciado sumular vinculante é apenas do Supremo Tribunal Federal, porém a Constituição Federal autoriza os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade a provocar/requerer sua alteração.

O Supremo Tribunal Federal pode proceder ao *overruling* (superação/cancelamento) ou ao *overriding* (revisão/superação parcial) do seu próprio enunciado, porém ao fazê-lo deve ser expresso (*express overruling*), mediante devido processo legal previamente estabelecido em lei. Outrossim, nada impede o Supremo Tribunal Federal de restringir ou ampliar os efeitos da súmula, através do *restrictive distinguishing* ou do *ampliative distinguishing*, respectivamente, na hipótese de um caso concreto não se adequar à exata norma sumular (DIDIER, 2015).

5.4 Incidente de Assunção de Competência

Trata-se de uma técnica inédita no sistema processual brasileiro, especificamente para os tribunais de segundo grau, disposta no art. 947 do CPC.

A assunção de competência é um incidente que pode ser utilizado por qualquer tribunal (exceto os superiores), desde que o caso envolva relevante questão de direito, com grande repercussão social e sem repetição de múltiplos processos (havendo efetiva repetição, o incidente apropriado é o de resolução de demandas repetitivas).

O dispositivo tem origem/influência na previsão do art. 14, II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça²⁷ e tem o objetivo de afastar ou evitar a divergência interna do tribunal (entre turmas, seções)²⁸ – função esta semelhante à que se pretendia pelo revogado

²⁶ Art. 103-A, §1º, CF, e art. 2º, §1º, da Lei n. 11.417/2006.

²⁷ Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: [...]; II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção;

²⁸ O afastamento de divergência externa, entre tribunais, é função confiada ao Recurso Especial.

incidente de uniformização de jurisprudência. Na realidade, essa técnica, criada para os demais tribunais, já existia no âmbito do STF e STJ²⁹.

Sobre o instituto, ensina Marinoni:

A medida em exame não é novo recurso. Trata-se, antes, de incidente do procedimento recursal por meio do qual se atribui o julgamento do recurso (de qualquer um deles) ou eventualmente de reexame necessário ou ainda de ação de competência originária, a outro colegiado, maior que o original, a fim de fixar a orientação da Corte sobre questão de direito ou de prevenir ou compor divergência de interpretação sobre alguma questão de direito. (MARINONI, 2015b, p. 253).

A assunção de competência é realizada por uma técnica de deslocamento de competência para julgamento da causa, a qual será atribuída a órgão que, segundo o regimento interno da própria Corte, seja capaz de representar o entendimento de todo o colegiado, fixando a orientação a ser seguida obrigatoriamente pelos demais órgãos e magistrados vinculados ao tribunal.

Ademais, é necessário que o recurso, o reexame necessário ou a ação originária contenham relevante questão de direito, caracterizada pelo interesse público ou por ampla repercussão social. Outrossim, a divergência inserta no §4º deve ser atual (não podendo basear-se em situações pretéritas já superadas) e, conforme visto, verificada no interior do próprio tribunal – e não entre tribunais ou dentro de outro tribunal (MARINONI, 2015b).

5.5 Resolução de Demandas Repetitivas e Julgamento de Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos

O art. 927, III, do CPC prevê que os juízes e tribunais deverão observar “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Nos três casos do inciso III há previsão de incidente processual para elaboração de precedente obrigatório, com natureza de processo objetivo. Didier (2015, p. 465) afirma que “é uma espécie de formação concentrada de precedentes obrigatórios”. Ademais, nesses incidentes o contraditório é expandido, com a possibilidade de participação de *amicus curiae* e audiências públicas³⁰.

²⁹ No âmbito das cortes supremas, os respectivos regimentos internos já preveem a figura da assunção de competência - arts. 14, II, e 127 do RISTJ e arts. 11 e 22 do RISTF (MARINONI, 2015b).

³⁰ Arts. 927, 983, 1.038, I e II, do CPC.

O objetivo primário desses incidentes é uniformizar o entendimento, de modo a não permitir decisões diversas para casos iguais, ou seja, não permitir que questões de direito recebam respostas diferentes pelos vários órgãos do Poder Judiciário, sobretudo quando há multiplicidade de demandas similares. Como consequência, também objetivada pela lei, é esperada a diminuição do excesso de demandas.

No novo CPC, o julgamento de casos repetitivos compreende o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 a 987) e o recurso extraordinário e especial repetitivos (art. 1.036 a 1.041).

Especificamente, o incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser instaurado em tribunal (exceto os superiores) e é cabível quando, simultaneamente, houver: “I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976 do CPC).

Em resumo, o incidente será apreciado pelos tribunais de justiça ou tribunais regionais federais, podendo ser suscitado ao presidente do tribunal pelas partes ou Ministério Público, ou de ofício pelo relator ou órgão colegiado. Uma vez admitido, o incidente será julgado pelo órgão colegiado determinado pelo regimento interno, implicando sua admissão na suspensão de todos os processos relacionados do respectivo Estado ou região federal até o julgamento final ou pelo prazo de um ano. Ao final, a tese adotada deverá ser aplicada a todas as demandas que versem sobre a mesma questão naquele Estado ou região federal. A inobservância da tese firmada no incidente é passível de reclamação.

Observa-se que, para a instauração do incidente, não é necessário existir pendência de análise, pelo tribunal, da questão de direito, bastando apenas a existência, perante o Poder Judiciário, de multiplicidade de demandas com a mesma questão de direito, que envolva risco à isonomia e à segurança jurídica (MARINONI, 2015b).

Ao julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, os quais independem de juízo de admissibilidade, sendo presumida a repercussão geral. Decidido o excepcional, a decisão ali alcançada deverá ser aplicada para todos os processos, individuais ou coletivos, em tramitação no país, bem como aos processos futuros (art. 987).

A técnica de julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos foi introduzido no sistema processual brasileiro com o advento das Leis n. 11.418/2006 e

11.672/2008. O novo CPC avançou em diversos aspectos e dispôs para esse regime jurídico uma subseção própria.

A base jurídica desse incidente é a existência de multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito (art. 1.036), ou seja, não basta apenas a controvérsia de questão jurídica; ela deve estar contida em recursos excepcionais.

Sucintamente, para a instauração do julgamento de recursos extraordinários e especial, o presidente ou o vice-presidente de qualquer tribunal de justiça ou de tribunal regional federal³¹ selecionará dois ou mais recursos representativos da controvérsia para serem afetados por julgamento pela Corte Superior (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso), determinando a suspensão dos demais processos na origem (aqueles que tramitam no Estado ou região federal). Admitindo o incidente, o relator do tribunal superior proferirá decisão de afetação que compreenderá: a) a identificação precisa da questão a ser submetida a julgamento; b) a suspensão de todos os processos pendentes no território nacional, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão; c) requisição, aos presidentes ou vice-presidentes de todos os tribunais de justiça ou tribunais regionais federais, da remessa de um recurso representativo da controvérsia (optativo). O prazo para julgamento é o mesmo do incidente de resolução de demandas repetitivas, ou seja, um ano, quando então os processos suspensos deverão retornar a sua regular tramitação. Decidido o incidente, o entendimento do acórdão paradigma deverá ser observado em todos os processos do território nacional que envolvam a mesma questão.

Os incidentes tratados neste tópico, bem como no anterior, devem ser formados exatamente nos termos expostos na lei, pois na sua aplicação e interpretação para os casos futuros e similares bastará o órgão julgador verificar se é ou não caso de distinção ou superação, de modo que, na hipótese de aplicação do precedente, a fundamentação nele contida incorporará a própria decisão que o invoca, sem necessidade de maiores fundamentações³² (DIDIER, 2015).

³¹ O relator em tribunal superior também poderá selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito, independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem (art. 1.036, §5º).

³² No caso, é inaplicável a regra do art. 489, §1º, IV, do CPC.

5.6 Orientação do Plenário ou Órgão Especial Superior

Por derradeiro, o art. 927, V, do CPC determina que os juízes e tribunais devem seguir “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Aqui o legislador conferiu eficácia obrigatória ao posicionamento do tribunal (seja superior ou não).

São duas espécies de vinculações existentes no texto normativo: interna e externa. A vinculação interna se dá para os membros e órgãos fracionários de um determinado tribunal, ou seja, se um precedente foi firmado pelo plenário ou órgão especial daquele tribunal, todos os demais integrantes daquela corte devem obedecê-lo. Já a externa vincula os demais órgãos de instância inferior (juízes e tribunais) aos precedentes do plenário ou órgão especial a que estiverem submetidos. Trata-se da eficácia vertical, em que o precedente não deve vincular só o tribunal que o produziu, mas também os órgãos a ele subordinados (DIDIER, 2015).

Dessa forma, precedentes do plenário do STF vinculam todos os tribunais e juízes do país; precedentes do plenário e órgão especial do STJ vinculam o próprio STJ, TRFs, TJs e juízes (estaduais e federais) a eles vinculados; precedentes do plenário e órgão especial do TRF vinculam o próprio TRF e juízes a ele subordinados; e precedentes do plenário e órgão especial do TJ vinculam o próprio TJ e juízes a ele vinculados.

6 CONCLUSÃO

Os precedentes obrigatórios detêm tamanha importância na cultura jurídica do *common law* que são tratados como fonte do direito. No Brasil, cuja cultura jurídica teve origem no sistema do *civil law*, a influência de institutos do *common law* torna-se cada vez mais evidente, de modo que a miscigenação entre os dois sistemas está se tornando uma tendência no mundo moderno – as experiências positivas vão sendo incorporadas e adaptadas, respeitada cada peculiaridade jurídico-cultural.

Hodiernamente, no nosso país, não se vê a almejada unidade ou estabilidade da jurisprudência, pois mesmo os tribunais superiores por vezes não respeitam seus próprios precedentes (os órgãos fracionários, em inúmeras vezes, ignoram o precedente firmado pelo plenário). Ademais, são habituais as decisões, mormente de juízes de primeira instância, tomadas conforme a consciência³³, ignorando-se o posicionamento do órgão superior.

³³ A liberdade de julgamento é garantia basilar inerente ao julgador, porém, o que aqui se defende é o dispêndio de tempo prescindível para garantir uma decisão judicial homogênea para casos análogos.

Alguns institutos e técnicas do sistema de precedentes já existiam no Brasil antes do advento do novo Código de Processo Civil, que, indubitavelmente, expressou sua preocupação com a insegurança jurídica causada pelas decisões judiciais divergentes em casos análogos. Destarte, foram sistematizados na norma processual os precedentes vinculantes, visando, outrossim, a uniformização do posicionamento jurídico e a redução de demandas semelhantes, o que possibilita maior racionalização e celeridade da efetivação jurisdicional.

A conveniência da adoção de um sistema de precedentes obrigatórios assenta-se, em primazia, em dois princípios constitucionais, quais sejam, segurança jurídica e isonomia, já que os jurisdicionados devem ter, ao menos, o mínimo de segurança acerca da resposta que terão do poder judiciário, a qual deve ser igualitária para todos na mesma circunstância fático-jurídica.

O novo Código de Processo Civil avançou, visto que a correta aplicação dos precedentes é positiva para a atividade jurisdicional; porém, é necessária uma alteração cultural dos operadores do direito e dos jurisdicionados, a fim de se valorizar e respeitar os precedentes consolidados.

THE SYSTEMATIZATION OF BINDING PRECEDENTS IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Lucas Albanez Gallo

ABSTRACT

In order to improve the Brazilian legal system and inhibit conflicting decisions, the new Civil Procedure Code devoted special attention to the requirement of judicial precedents, which, if handled and understood accurately, can be an effective legal instrument. This study aims to analyze the judicial precedents from its origins to the present times, especially its strengthening on the new Civil Procedure Code. This is a historical and conceptual study of institutions that guide the foregoing, aiming to facilitate the understanding of its importance to the promptness and especially for the legal security of a nation. In this study, you can see that the willing binding precedents in the new Code of Civil Procedure are closely linked to

several constitutional principles, such as legality, equality, legal certainty, contradictory and motivation, and that it is a remarkable advance in procedural law parental rights.

Keywords: Judicial Precedent. Effectiveness. Obligatoriness. New Civil Procedure Code.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Fontes do direito no sistema da *common law*. **Revista de Direito Público**, n. 35-36, p. 5, jul./dez. 1975.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015.

CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes Vinculantes. **Revista de Processo**. ano 38, n. 215, p. 207-246, jan. 2013.

CARDOSO, Oscar Valente. Precedentes judiciais: aspectos principais. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 140, p. 87-95, nov. 2014.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

FERREIRA. Aurélio Albuquerque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes judiciais e separação de poderes. **Revista de Processo**. ano 40, n. 247, p. 423-448, set. 2015.

LEMONS, Vinicius Silva. Os precedentes judiciais e seus princípios no novo Código de Processo Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 153, p. 137-152, dez. 2015.

MARCATO, Antonio Carlos. Os precedentes judiciais e o novo CPC. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. v. 13, n. 97, p. 163-164, set./out. 2015.

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

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b. v.2.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**. ano 40, n. 245, p. 333-349, jul. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

SARRO, Luís Antônio Giampaulo (coord.). **Novo Código de Processo Civil**: principais alterações do sistema processual civil. São Paulo: Rideel, 2014.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. **Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano LXIII, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

TUTTI, José Roberto Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. **Revista dos Tribunais**. ano 99, v. 893, p. 33-45, mar. 2010.