



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**SISTEMÁTICA DO PRECEDENTE JUDICIAL E SUA DESENVOLTURA NO
BRASIL COM O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Valber Alves Araújo
Prof. Rafael Araújo de Sousa

Propriá
2016

VALBER ALVES ARAÚJO

**SISTEMÁTICA DO PRECEDENTE JUDICIAL E SUA DESENVOLTURA NO
BRASIL COM O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em ___/___/___.

Banca Examinadora

Rafael Araújo de Sousa - Professor Orientador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

SISTEMÁTICA DO PRECEDENTE JUDICIAL E SUA DESENVOLTURA NO BRASIL COM O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Valber Alves Araújo¹

RESUMO

Os precedentes judiciais, como principal marca do novo Código de Processo Civil, ganham um cenário de destaque nas discussões doutrinárias, no que tange à sua receptividade, praticidade e imposição de mudanças culturais para com os que exercem a judicatura no Brasil. O presente estudo, confeccionado através do método dialético de pesquisa qualitativa, bibliográfica, é fruto de um propósito pautado em analisar o acervo teórico da temática envolvendo precedentes judiciais, suas técnicas, implicações decorrentes do manuseio e, sobretudo, sua composição estrutural no modelo positivista brasileiro. Um regramento sofisticado, hoje concedido ao sistema pátrio, foi impulsionado pelo desejo de mudança frente ao Poder Judiciário, no sentido de obtermos uma melhor sintonia entre a prestação jurisdicional e os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos jurisdicionados. A conferência de eficácia jurídica aos precedentes judiciais prima pela isonomia, previsibilidade, confiabilidade, segurança jurídica e racionalidade do direito, nos moldes dos novos ditames legais comentados no presente artigo, os quais dão suporte ao processo no cumprimento de sua função, que é servir de instrumento para julgar os casos com justiça, dizendo a quem assiste o direito material, com base não somente na lei, mas em todo o complexo de fontes normativas.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Precedentes Judiciais. Efeitos. Inovações. Técnicas Utilizáveis.

1 INTRODUÇÃO

Essencialmente, no tocante a sistemas jurídicos, têm-se duas grandes e tradicionais escolas clássicas, quais sejam, a do *common law* e a do *civil law*.

O *common law*, também conhecido como sistema anglo-saxão, surgiu no século XI, especificadamente na Inglaterra. Na época, o Império Romano tinha sido incorporado ao

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. E-mail: valber.jus@outlook.com

Direito Europeu Continental, assim não acontecendo com os países insulares, como é o caso da Inglaterra. Este país que até então era significativamente segmentado em distritos e, conseqüentemente, com jurisdição não unificada, a partir da Conquista Normanda, passou a estruturar-se numa sociedade organizada, cujas circunstâncias fez surgir os primeiros registros da expressão *common law*.

Enquanto que no continente passou a ser aplicado o direito romano, na Inglaterra, talvez também em virtude da carência de corpos normativos escritos, continuou-se com a utilização dos costumes para o julgamento dos casos submetidos aos juízes e órgãos jurisdicionais, que criavam e aperfeiçoavam o direito, conferindo reverência especial aos pronunciamentos antepassados. Ainda hoje vigora esse pensamento na Inglaterra.

Sobre esse ponto, importante esclarecer que apesar dos Estados Unidos ser conhecida e predominantemente adepto do sistema *common law*, este apresenta certa flexibilização quanto à observância dos precedentes judiciais quando comparado com outros países, de modo que lá existem bem mais normas escritas que na Inglaterra, por exemplo.

Por seu turno, o modelo jurídico do *civil law*, também conhecido como sistema romano-germânico, o mais utilizado no mundo, surgiu por volta dos séculos XII e XIII, quando do período do Renascimento da Europa Ocidental, na transição do feudalismo para o capitalismo. Nesse período firmou-se a separação entre as leis morais e/ou religiosas e as regras de direito. Entendia-se que o direito deveria ser positivado e, com certa obrigatoriedade, disseminado na sociedade, principalmente nas universidades. Os parlamentares tinham as leis como meios necessários para limitar o poder dos magistrados. A lei escrita era vista como fruto do povo e ao juiz somente caberia aplicá-la.

Enfim, quando se fala do sistema do *civil law*, essa é a regra: a de um modelo baseado no direito positivo. Contudo, diz-se regra porque, atualmente, aos olhos dos estudiosos do direito, o *common law* e o *civil law* vêm estreitando suas relações, visando o aprimoramento dos seus sistemas. Como exemplo, cite-se a surpreendente entrada em vigor de um Código de Processo Civil escrito na Inglaterra (*Civil Procedure Rules - CPR*), em 1998.

O Brasil é adepto do *civil law*, demonstração disso é o art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, quando regula que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

De qualquer sorte, não de hoje, o Brasil se mostrou tendente a adotar o *stare decisis*, teoria muito difundida atualmente entre os países do *common law*.

O *stare decisis et non quieta movere* (ou simplesmente *stare decisis*), é a linha de entendimento que defende a obrigatoriedade de respeito aos precedentes judiciais, e não necessariamente aos antepassados. A própria tradução do latim ao português considera-se didática, pois significa "mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido".

Tal teoria, não pode ser compreendida como um desdobramento privativo do sistema anglo-saxão, muito embora consideravelmente ligada. Em verdade, são países preocupados em manter estabilidade no seio jurisdicional que a adotam, como é o caso da Alemanha, que plausivelmente a utiliza. É por aí que se convém falar em precedentes, decisões judiciais cuja argumentação jurídica serve de base para o julgamento de casos futuros semelhantes.

De certa forma o antigo Código Brasileiro de Processo Civil de 1973 já tratava dos precedentes judiciais, mas não do modo e com a intensidade como fez o novo Código de Processo Civil de 2015, com entrada em vigor em 16 de março de 2016, que buscou trazer instrumentos e diretrizes direcionados à temática.

Ademais, a própria ordem constitucional, originada em 1988, guarda base para tanto, desde princípios implícitos até princípios estampadas no Texto Magno, mormente os da isonomia (art. 5º, *caput*), segurança jurídica (art. 5º, XXXVI) e motivação das decisões (art. 93, IX).

Não obstante, o problema é que não é da cultura dos que exercem jurisdição no Brasil o respeito aos precedentes, aplicáveis a casos de fatos parecidos, total ou parcialmente. Em síntese, a jurisprudência do país se mostra por demais heterogênea. Enquanto que o juiz do *common law* é analítico, estudando devidamente caso a caso (*case to case*), o juiz brasileiro, em regra, é por demais dedutivo e pouco ou nada analítico.

Quando se estuda a estabilidade jurisprudencial da nação, uma série de problemas surgem em pauta. Não é raro encontrar no âmbito jurisdicional petições invocando precedentes nada a ver com os casos. Também não é raro os juízes aplicarem o direito de forma antagônica, antidemocrática. Até mesmo os Tribunais Superiores demonstraram esse déficit no sistema nacional, em virtude de seus próprios órgãos fracionários internos julgarem casos de forma discrepante.

Hoje, é indispensável ter em mente que a segurança jurídica, previsibilidade, confiança e isonomia devem permear o Poder Judiciário, no exercício de sua típica função. Resta superada aquela noção de que o direito legislado é quase que suficiente. A lei é uma das fontes do direito, porém não mais importante que as outras, notadamente a jurisprudência, única suficientemente rápida em acompanhar a mutabilidade social. Mesmo as normas-

princípios, vigas mestras do ordenamento, necessitam serem manuseadas sob o prisma da jurisprudência dominante.

O trabalho em testilha, por meio da pesquisa qualitativa bibliográfica, aflora-se no diagnóstico das questões jurídicas que envolvem o tema, inclusive com breve esboço a conceitos do direito comparado, além de, sobretudo, tomar por referencial a Constituição Federal, o inovador Código de Processo Civil de 2015 e a doutrina.

Destarte, este artigo tem por escopo um exame geral sobre a sistemática dos precedentes judiciais, agraciado por técnicas já vivenciadas em outros países, refletindo-se acerca de sua estrutura no Brasil. O assunto está para com o mundo moderno, que prima pela ordenação e pacificação dos julgados, com o fito do direito ser percebido como algo estável, íntegro e coerente, para benefício, em especial, dos jurisdicionados.

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Precedente judicial pode ser definido como sendo a decisão judicial atribuída a um caso concreto, cuja regra geral essencial pode servir de paradigma para o julgamento de demandas futuras, porventura semelhantes. Compõe o precedente: a) as circunstâncias fáticas do caso; b) a tese normativa ou princípio situado na motivação; c) a argumentação jurídica em torno do problema. Ensina-se que a eficácia jurídica do precedente na verdade é germinada da sua *ratio decidendi* ou *holding*.² Destaque-se que esses dois últimos termos estrangeiros mencionados são sinônimos, sendo o primeiro mais utilizado entre os ingleses e o segundo entre os norte-americanos.

Ao exercer jurisdição, o julgador necessariamente cria duas normas, a saber, uma norma geral (encontrável na fundamentação) e uma norma individual (dispositivo).³ A de caráter geral floresce da interpretação que se dá à causa ante o ordenamento jurídico (direito positivo, princípios, costumes etc.), por meio de um raciocínio indutivo, ao passo que, a de caráter individual, é invocada para regular a demanda específica que está sob o crivo do magistrado, e, por isto, faz coisa julgada entre as partes, enquanto que, aquela, não.

É a norma geral que se confunde com a *ratio decidendi*, no Brasil muito chamada de "fundamentos determinantes da decisão". Cuida-se a *ratio decidendi* da imprescindível motivação jurídica suscitada para julgar um caso concreto, ou seja, é a tese jurídica invocada

² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Oliveira de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2.

³ MITIDIERO, Daniel. "Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206.

que, de maneira suficiente, chega ao desfecho da lide. Fazendo um diagnóstico apurado, ainda é possível dizer que a razão de decidir (*ratio decidendi* ou *holding*) indica os fatos relevantes para o julgamento da causa (*statement of material facts*), parte de um raciocínio lógico-jurídico (*legal reasoning*), e é fruto de um juízo decisório (*judgment*).

Por outro lado, de suma importância observar que nem sempre toda a fundamentação serve como razão de decidir. Isso porque a fundamentação pode conter também argumentações simplesmente levantadas de passagem, que não necessariamente precisavam ali constar para a resolução do mérito. A isso se dá o nome de *obiter dictum* (no plural, *obiter dicta*). Trata-se de uma opinião jurídica acessória, secundária, como, por exemplo, as manifestações de um voto vencido em sua inteireza, proferido num determinado tribunal.

"O exemplo mais visível de utilização de um *dictum* é quando o tribunal de forma gratuita sugere como resolveria uma questão conexa ou relacionada com a questão dos autos, mas que no momento não está resolvendo".⁴

Apesar do *dictum* muitas das vezes ser visto de forma insignificante frente à *ratio decidendi*, merece destaque o fato do mesmo ter sua relevância no sistema de precedentes judiciais, pois, consoante mostra a tradição do *common law*, apesar de lhe faltar autoridade vinculante, pode estar nele presente uma força persuasiva de cognição, além de poder servir também como sinalização de alteração do entendimento. Muito depende de como o *dictum* é esposado e por quem o é, auferindo-se assim, o seu grau de autoridade.

3 EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

A eficácia jurídica dos precedentes, ou melhor, de sua *ratio*, brota do direito positivo, e por isso os efeitos atribuídos são gerados automaticamente, não sendo, portanto, uma faculdade do julgador.

Sobre o assunto, geralmente costuma ser atribuído aos precedentes dois efeitos, os mais famosos, a saber, o persuasivo e o vinculante.

Contudo, o complexo de efeitos no Brasil não se restringem só a esses, haja vista restarem ainda quatro: o obstativo, o autorizante, o rescindente, e o revisional.⁵ Nesse tom, faz-se também necessário ter em mente que um precedente pode ter mais de um efeito, não havendo qualquer obstáculo quanto a isso.

⁴ SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p. 185.

⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Oliveira de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2.

O efeito persuasivo é o efeito congênito do precedente, o mínimo esperado, pois todos tem o condão de influenciar o convencimento do juiz. Já o efeito vinculante, ou obrigatório, consubstancia-se nos precedentes que cogentemente devem ser levados em consideração, queira ou não o julgador, diante de um caso que supostamente se assemelhe ao que o gerou (*leading case*).

Noutro giro, o efeito obstativo é aquele capaz de forçar a parada de revisão de decisões, a exemplo da remessa necessária, ou de obstar de imediato postulações em dissonância com precedente obrigatório; o autorizante, como o próprio nome nos dá a entender, é aquele efeito que serve como determinante para o deferimento ou não de requerimentos, a exemplo de incidentes e tutelas provisórias; o rescindente é o que possui aptidão para dissolver, tornar insubsistente, decisões judiciais passadas contrárias à firmação de um precedente vinculante posterior, seja retirando a eficácia das que ainda não transitaram em julgado, seja servindo de fundamento para uma rescisória; e, por fim, o efeito revisional é o que faz com que o precedente reveja uma decisão dali adiante (*ex nunc*), em casos de relação jurídica consecutiva, ainda que já sob o manto da coisa julgada, *verbi gratia* um julgado a respeito de relação tributária continuada.

4 DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO BRASIL

O novo Código de Processo Civil (NCPC) trouxe uma significativa inovação ao modelo jurídico brasileiro. O art. 927 estabeleceu um rol de precedentes vinculantes. Segundo a lição de Didier, Oliveira e Braga,⁶ partem os precedentes de efeitos vinculantes de um nomeado "Microsistema de Formação Concentrada de Precedentes Obrigatórios", o qual por sua vez comporta subdivisões, brevemente comentadas nos subtópicos mais à frente.

Essa vivacidade de precedentes obrigatórios "pressupõe, a um só tempo, atividade constitutiva (de quem cria a norma) e atividade declaratória, destinada aos julgadores que têm o dever de seguir o precedente"⁷.

A visibilidade de que os precedentes judiciais obrigatórios foram tratados com predileção no atual CPC, parte ainda de disposições normativas que acentuam a sua autoridade. É o caso da possibilidade de julgamento liminar do pedido e do cabimento de reclamação.

⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Oliveira de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2.

⁷ DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil . 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1304.

O código, expressamente (art. 1.072, IV, CPC), revogou os arts. 13 a 18 da Lei 8.038/90 que tratavam da reclamação, alargou as hipóteses de seu cabimento e em seu corpo passou a dispor sobre o assunto. Segundo o art. 988 (já atualizado pela Lei nº 13.256, de 2016), é cabível reclamação, por requerimento da parte interessada ou do *Parquet*, para: a) preservar a competência do tribunal; b) garantir a autoridade das decisões do tribunal; c) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante; d) garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; e) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

A reclamação poderá ser protocolada perante qualquer tribunal, dirigida ao presidente. Pertencerá o julgamento ao tribunal cuja competência ou autoridade se pretenda conservar (§ 1º). Exige-se prova pré-constituída (§ 2º), pois não há dilação probatória em sede de reclamação, e será esta autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível (§ 3º). Calha destacar que, nas hipóteses dos itens "c", "d" e "e" supracitados, compreende-se também a aplicação indevida da tese jurídica (§ 4º).

Já quanto à possibilidade de improcedência liminar do pedido (art. 332 do NCPC), diz-se que nas causas em que seja dispensada a produção de provas, além das que já constam dos autos (sem fase instrutória), pode o juiz, independentemente de citação, julgar de pronto improcedente (a procedência liminar não é admitida) a pretensão.

Para isso, basta que o pedido contrarie enunciado de súmula do STF ou do STJ; ou acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ, em julgamento de recursos repetitivos; ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas; ou tese firmada em incidente de assunção de competência; ou enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Enfim, é notória a reverência de que gozam os precedentes judiciais obrigatórios no Código de Processo Civil em vigência.

4.1 Precedentes Provenientes de Decisões Prolatadas em Controle Concentrado de Constitucionalidade

Consoante o art. 927, I, do NCPC, as decisões de mérito da Suprema Corte em controle concentrado de constitucionalidade são dotadas de efeito vinculante.

Não é de hoje o conhecimento a respeito disso. A Emenda Constitucional nº 45, alterou o art. 102 da Carta Política e nele inseriu o § 2º. Este dispõe que as decisões proferidas

em ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e em ações declaratórias de constitucionalidade (ADC), produzem "eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Nessa mesma linha, por sinal, encontra-se o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, que trata do processo e julgamento da ADIN e da ADC, bem como o art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), dispositivos quais reforçam ainda mais o regramento.

Situação interessante é que, ao contrário do art. 102, § 2º, da CF, o art. 927 do NCPC só menciona em seu *caput* que "os juízes e os tribunais observarão" as decisões em controle concentrado de constitucionalidade. Isso ocorre porque, o efeito já bastante difundido antes do NCPC, previsto no texto constitucional citado, é o decorrente da coisa julgada, que possui efeitos *erga omnes*, vinculantes, e, em regra, retroativos (*ex tunc*).

Isso acontece, por exemplo, quando se diz que determinada lei "x" é inconstitucional ou que o ato normativo "y" é inconstitucional e em seguida ocorre o trânsito em julgado.

Contudo, ao passo que antes tínhamos efeito vinculante atribuído à coisa julgada do dispositivo das decisões em controle concentrado, hoje, além disso, temos o efeito vinculante do precedente, vale dizer, efeito vinculante atribuível aos fundamentos determinantes da decisão. Exemplo elucidativo: a) a coisa julgada vinculante, *erga omnes* e *ex tunc* do dispositivo da decisão em controle concentrado é que a lei estadual "x" é inconstitucional; b) por outro lado, a *ratio decidendi* de caráter vinculante é que lei estadual com tal conteúdo é inconstitucional, e assim, qualquer outra lei estadual futura que o traga, também será.

4.2 Precedentes Sedimentados em Enunciados de Súmulas

Para entender esse subtópico é necessário compreender a distinção entre jurisprudência, precedente e súmula. No Brasil a diferença destes termos as vezes é vista de forma errônea.

Jurisprudência é o termo utilizado quando um precedente, uma *ratio decidendi*, é aplicada reiteradamente em casos análogos. Assim, jurisprudência significa o uso reiterado de um precedente, e que, por isso, ganha propagação coletiva.

Noutro turno, a nomenclatura "jurisprudência dominante" é usada no Brasil para dizer respeito à jurisprudência que, além de representar a reiterada aplicação de uma razão de

decidir, é tida como preponderante, abarcadora do posicionamento mais aceito dentre dois ou mais que assombriam o judiciário, e, por conseguinte, é qualificada como dominante.

Desta feita, o precedente, que logo no início do trabalho foi devidamente conceituado, pode passar a ser jurisprudência quando inúmeras vezes aplicado. São temas intimamente ligados, mas distintos. De bom alvitre pôr em ênfase que um precedente vinculante não precisa passar a ser jurisprudência para efetivamente ser seguido, pois sua observância é cogente desde que firmado, salvo modulação de efeitos.

Já a súmula, traduz-se numa listagem jurisprudencial que vem sendo aplicada de forma constante. A súmula é um repositório de jurisprudência dominante, nascida após várias aplicações da *ratio decidendi* sobre determinado tema, e que, por conta disso, é convertida em enunciado, normalmente tombado sob numeração.

Assim, uma vez proveniente de casos julgados, é conjuntamente com eles que deve a súmula ser interpretada, da mesma forma que se procede com precedentes, e não puramente o seu texto enunciado, como se lei fosse.

Num raciocínio didático, confira-se um cenário imaginário: i) um órgão colegiado julgou um caso por intermédio da lei; ii) essa decisão passou a servir como precedente, precedente esse que contém a sua *ratio decidendi*; iii) essa *ratio* foi reiteradamente aplicada e, portanto, perfez jurisprudência; iv) por fim, o tribunal achou por bem sumular essa jurisprudência e a sedimentar em enunciado, que ganhou numeração.

Superada está a confusão terminológica.

Pois bem, o NCPC, em seu art. 927, II e IV, conferiu caráter vinculante a algumas súmulas. Muito já se sabe, nos tempos atuais, sobre a edição de súmulas pelos tribunais superiores. No âmbito do STF temos as súmulas ordinárias e as súmulas vinculantes, estas últimas introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o art. 103-A ao Texto Magno.⁸ Os enunciados de súmulas vinculantes consagram precedentes obrigatórios (art. 927, II, CPC).

Noutro giro, com a entrada em vigor do novo Código de Ritos, os enunciados de súmulas ordinárias (nominados igualmente como Enunciados Sumulares Persuasivos) também consagram precedentes obrigatórios (art. 927, IV, CPC), porém, frise-se, quanto às

⁸ Art. 103-A, *caput*, da CF/88: "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. "

do STF, desde que reflitam matéria constitucional, e quanto às do STJ, desde que reflitam matéria infraconstitucional federal. Assim, ainda não sendo, se aproximam do que seja uma súmula vinculante.

O fato é que a súmula vinculante, consoante Didier, Oliveira e Braga:

[...] se trata de enunciado diferenciado, pois: *a)* exige pressupostos próprios para ser criada, como a controvérsia atual sobre matéria constitucional, que gere grave insegurança e risco de multiplicação de processos; *b)* conta com rito próprio de edição, revisão ou cancelamento; *c)* tem regras próprias acerca da legitimidade para iniciar o rito respectivo; *d)* vincula não só juízes e tribunais como também a própria administração pública; isso sem falar que *e)* há casos em que a lei opta por só dar força obrigatória ou atribuir determinados efeitos jurídicos apenas à súmula vinculante propriamente dita (ex.: art. 928, IV, CPC), excluindo as demais.⁹

Portanto, apesar de ambas exclamarem precedentes obrigatórios, é notório que as súmulas vinculantes se diferenciam das ordinárias, de forma considerável.

4.3 Precedentes Oriundos de Julgamento de Casos Repetitivos

Eis um novíssimo assunto. O art. 928 diz que a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou em recursos especiais e extraordinários repetitivos considera-se julgamento de casos repetitivos, seja resolvendo questão material, repetitiva, seja resolvendo questão processual, repetitiva, porém, frise-se, jamais questões de fato repetitivas.

É de bom alvitre ressaltar que embora não conste do rol do referido dispositivo, tem-se que nele está também incluída a decisão proferida em julgamento de recursos de revista repetitivos, regulamentados pela Lei Trabalhista nº 13.015/2014, de modo que igualmente compõe o subtema de casos repetitivos, com regramentos que se complementam.

De suma importância deixar claro que o julgamento de casos repetitivos tem natureza híbrida. A uma porque julga os casos em multiplicidade. A duas porque fixa precedente vinculante para ser aplicado aos processos futuros análogos, individuais ou coletivos, que tramitem na jurisdição do tribunal, inclusive nos juizados especiais.

Tendo em vista que o NCPC contempla as hipóteses de recursos repetitivos e incidentes de demandas repetitivas, é certo que para cada um existem regramentos organizados. Não obstante, nada mais impróprio do que nos afastarmos da ideia de que ambos compõem o mesmo gênero, a saber, o de julgamento de casos repetitivos, e que, por isso,

⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Oliveira de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2, p. 478.

possuem normas que apesar de supostamente previstas somente para um, se aplicam aos dois, por analogia, assim como também normas que realmente são privativas de um ou de outro.

Confirmam-se abaixo as principais regras em comum, desde as idênticas, previstas para ambos, até as que por analogia se estendem.

Adota-se a regra do caso-piloto ou processo-piloto.¹⁰ Em síntese: i) identificam-se as causas repetitivas; ii) percebe-se que entre elas há afinidade; iii) escolhem-se causas representativas abrangedoras de conteúdo argumentativo vasto para auxiliar na adoção da tese (os que servirão como pilotos); iv) suspendem-se as demais não escolhidas (arts. 982, I c/c 1.037, II, c/c 1.036, § 6º, CPC).

Na hipótese de uma causa representativa ser abandonada ou ser objeto de pedido de desistência, o processo ainda assim continuará em curso, até que seja fixada a tese. Nesse caso, embora não seja julgado o processo, servirá este como representativo na fixação da tese normativa (art. 976, § 1, c/c art. 988, p.ú., CPC).

É cabível *amicus curie*, na modalidade intervenção de terceiros, possuindo este, inclusive, legitimidade para recorrer da decisão (art. 138, § 3º, c/c art. 983 c/c 1.038, I, CPC).

Noutro turno, caso seja necessário requerer tutela de urgência nos processos que restam suspensos, será isso feito perante o juízo onde permaneceu o processo, por exemplo, no primeiro grau de jurisdição (art. 982, § 2º, CPC).

O código também se ateve em estimular o pedido de desistência de causas suspensas, no juízo onde estão, independentemente do consentimento do réu, ainda que já apresentada contestação, cuja questão discutida seja idêntica à de algum processo representativo da controvérsia, sendo que, se tal pleito for formulado antes de apresentada a contestação, ficará também a parte autora isenta de custas (art. 1.040, §§ 1º, 2º e 3º, CPC).

A fixação do precedente precisa ser apoiada em um conhecimento amplo, pormenorizado sobre o assunto controvertido. Exige-se um debate ampliado, uma saudação maior ao contraditório e uma motivação de destaque, enfrentadora dos argumentos favoráveis e contrários (arts. 984, §2º c/c 1.038, §3º, CPC).

A tese jurídica deve ser congruente, delimitadora de toda questão sobre a qual gira o debate (art. 1.037, I, CPC).

Não obstante, quando no tribunal os processos representativos, afetados, contiverem questões peculiares face a questão circulada, cabe ao tribunal decidir as peculiares em

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v.2.

primeiro lugar e depois a questão delimitada à tese, em acórdão específico para cada qual (§ 7º, art. 1.037, CPC).

Outrossim, a publicidade deve ser rigorosa (art. 979, *caput*, CPC). Cabe aos tribunais manterem banco de dados eletrônico organizado, sofisticado e com menu de fácil identificação das partes, processos, ramos do direito, temas, tese jurídica sedimentada e a legislação correlata (art. 979, §§ 1º, 2º e 3º, CPC).

Na eventualidade de uma tese firmada por intermédio de casos repetitivos ensejar ser superada, deverá isso ser feito pelo mesmo tribunal, de ofício ou após requerimento do Ministério Público ou Defensoria Pública (art. 986, CPC), aplicando-se basicamente as normas insertas nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 927 do NCPC. Sublinhe-se que a superação se dá por um outro semelhante julgamento de casos repetitivos e, por isso, deve atentar-se aos mesmos regramentos, uma vez que a superação de um precedente pressupõe a fixação de outro.

A parte tem o direito de requerer ao relator ou juiz de primeiro grau, a depender do lugar em que o processo esteja suspenso, que seja reconhecida diferença (*distinguish*, a ser visto) existente entre a questão discutida, que compõe os processos paradigmáticos afetados e seu caso, para que este não fique sobrestado e retome seu curso (art. 1.037 do CPC, § 9º).

Vale ressaltar que a participação do *Parquet* é obrigatória (arts. 976, § 2º e 1.038, § 3º, CPC), além de ser possível a realização de audiência pública (arts. 983, *caput* e § 1º, e 1.038, I e II, CPC).

Por fim, calha salientar que o julgamento dos casos repetitivos tem preferência de apreciação (salvo as exceções legais) e possui prazo máximo de um ano, oportunidade em que, esgotado, a suspensão dos processos cessa automaticamente, salvo na hipótese de decisão motivada do relator. Ainda, assegura a lei a possibilidade de diverso relator afetar dois ou mais processos representativos, dada a inércia de um outro (art. 980, *caput* e p.ú., e 1.037, §§ 4º e 6º, CPC).

Pois bem, superadas as regras em comum, convém trabalhar a respeito das principais peculiaridades do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos repetitivos.

Começemos pelo IRDR. Tal incidente compete aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e, por analogia, aos Tribunais Regionais do Trabalho. Essa analogia usada decorre do fato de que a Lei Trabalhista nº 13.015/2014 expressamente menciona ser cabível, nos TRTs, incidente de uniformização de jurisprudência. Contudo, tal incidente deixou de existir, somente agora tendo vez o IRDR.

Como pressupostos para sua instauração, tem-se necessário que, concomitantemente: a) haja ao menos uma causa no tribunal que o julgará, seja recurso, remessa necessária ou causa de competência originária; b) haja efetiva repetição de processos sobre a questão jurídica (questão de fato jamais); c) haja risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica.

Tache-se que os dois últimos pressupostos citados encontram-se no art. 976 do CPC, sendo que o primeiro é implícito, sobretudo em respeito à vedação de supressão de instância.

Em adição, convém salientar que o art. 976, do NCPC, dispõe ser "incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva". Trata-se de um pressuposto negativo, que também deve ser atendido, junto aos pressupostos positivos já descritos.

Por último, temos a regra insculpida no § 3º do art. 982, segundo a qual é permitido às partes, ao Ministério Público, e à Defensoria, requerer ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão dos processos, individuais ou coletivos, no território nacional, que contemplem a questão debatida no IRDR (§ 3º, art. 982, CPC). É como se fosse um aviso de protocolamento de recurso extraordinário e/ou especial, e assim, ser pleiteada desde logo a suspensão dos processos nacionais que englobem a questão. Não obstante, diz o § 5º do mesmo dispositivo, que cessa automaticamente o sobrestamento, porventura deferido, com a simples não interposição do(s) recurso(s).

Dito isso, passemos, sem esgotá-las, às principais particularidades dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, que se dão no STJ e no STF, respectivamente.

De pronto, convém salientar que os processos que não são afetados pelos Tribunais Superiores ficam sobrestados nos tribunais de origem, para que, decididos os recursos afetados, uma vez publicado o acórdão paradigma, o presidente ou o vice-presidente do tribunal negue seguimento aos recursos cujo acórdão recorrido coincida com a orientação do tribunal superior, bem como seja reexaminado pelo órgão colegiado o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, acaso o acórdão recorrido contrarie a orientação do tribunal superior (art. 1.040, I e II, CPC). Doutra banda, se sequer for reconhecida repercussão geral nos recursos extraordinários afetados, os demais recursos suspensos automaticamente serão inadmitidos (art. 1.039, p.ú., CPC).

Realce-se que na hipótese de ter sido intempestiva a interposição de recurso, e o processo se encontrar sobrestado, pode o interessado requerer, ao Presidente ou ao Vice-

presidente, a retirada do processo da suspensão, visando ter reconhecido logo o trânsito em julgado (§ 2º, do art. 1.036, CPC). Não seria justo ter a parte que aguardar a tese para tanto.

Por fim, acrescente-se que eventuais processos suspensos, em primeiro ou segundo grau, retomam o seu curso para julgamento conforme a tese firmada (art. 1.040, III, CPC).

4.4 Precedentes Oriundos de Julgamento de Incidentes de Assunção de Competência

É certo que o CPC de 1973 já previa uma hipótese de assunção de competência (art. 555, § 1º, CPC/73), entretanto, de forma tão ínfima frente ao que o novo Código instituiu que sequer merece comparação. No máximo, se comparado, podemos dizer que houve um aperfeiçoamento de significativa dimensão no incidente de assunção de competência (IAC).

O IAC cabe em qualquer tribunal, inclusive nos trabalhistas. Além disso, o IAC é cabível por intermédio de qualquer causa que tramite no tribunal, e não somente apelação ou agravo, como somente se permitia no Código de 1973. Tem cabimento em causas de competência originária, em recurso ou em remessa necessária.

O grande marco do IAC é ser um incidente capaz de alterar a competência para julgar, a qual é avocada por determinado tribunal, sendo a causa julgada por um órgão colegiado.

Os seus pressupostos de instauração, três ao total, são encontrados no art. 947 do NCPC, sendo que o último é um pressuposto negativo. São eles: 1) prevenir ou compor divergência interna do tribunal; 2) decidir uma questão de direito relevante, com grande repercussão social; 3) não repetição de processos.

Quanto ao primeiro item, no tocante a possibilidade do IAC ser preventivo, percebe-se uma grande diferença frente ao IRDR, pois este de forma alguma pode ter caráter preventivo. Ademais, mesmo sem divergência interna, pode o IAC ser instaurado.

O que resta saber é se a relevância justifica de imediato o tribunal tomar uma atitude e assumir a competência para debater e firmar uma tese, evitando embaraços jurisprudenciais futuros.

Por relevante questão de direito ou jurídica entende-se aquela de direito material ou processual. Oportuno mencionar que, da mesma forma como no IRDR, no IAC também não importa a significância que tenha uma questão fática. Esta jamais será tida como pressuposto válido a ensejar IAC ou IRDR.

Já a repercussão social pode ser compreendida como de matéria atinente a qualquer ramo da ciência jurídica. Pode ser matéria tributária, familiar, cível, do consumidor, administrativa etc. A repercussão social inclusive possui ligação com a repercussão geral já

tão conhecida no mundo jurídico. Basicamente o termo repercussão social foi lavrado pelo legislador com o fito de ter um caráter amplo, capaz de abarcar uma gama complexa de assuntos, como políticos, econômicos, jurídicos, culturais, morais e outros.

Por sua vez, o pressuposto negativo falado, atribui um caráter residual ao IAC. Ainda que presentes os demais pressupostos, verificada a repetição de processos, ou seja, múltiplos litígios, o incidente será o IRDR, cujas normas de logística são mais apropriadas.

Dito sobre os pressupostos, mudemos de assunto. Sobre a legitimidade, é o § 1º do art. 947 do NCPC que nos dá respaldo. São legitimados o relator, de ofício, ou a parte, o Ministério Público e a Defensoria Pública, através de requerimento. Vê-se que são os mesmos legitimados para propor IRDR, com exceção do juiz de direito.

Doutra sorte, o IAC assemelha-se ao IRDR por ter igualmente natureza híbrida, com uma só peculiaridade. A natureza híbrida do IRDR se consubstancia em julgar os casos representativos e suspensos e, também, criar precedente. Já no IAC, além da fixação de precedente, tão somente é julgado aquele caso (ou casos de número inexpressivo) cuja competência foi transferida (art. 947, § 2º, do CPC), pois não há casos suspensos repetitivos.

O § 3º do mesmo dispositivo citado ainda assevera ser a decisão proferida em IAC um precedente vinculante a todos os juízes e órgãos fracionários, e que somente deixará de ser se superada sua tese (tema ilustrado adiante).

Pois bem, é de se reconhecer que o regramento do IAC possui um repertório menor quando comparado com o de normas a respeito de casos repetitivos. Nada obstante, haja vista se retratarem como instrumentos de formação concentrada de precedentes, as normas se complementam, no que compatível for. De qualquer sorte, confirmam-se os itens abaixo:

- I) permite-se a intervenção de *amicus curie* (art. 983 e 1.038, I, CPC);
- II) é possível a realização de audiência pública (arts. 983, § 1º, e 1.038, II, CPC);
- III) o dever de fundamentar é diferenciado, pois todos os argumentos, favoráveis e contrários à indagação, devem ser enfrentados (arts. 984, § 2º e o 1.038, § 3º, CPC);
- IV) a intervenção do Ministério Público é obrigatória (arts. 976, § 2 e 1038, III, CPC);
- V) a publicidade deve ser primorosa, organizada e de fácil acesso (art. 979, CPC).

4.5 Precedentes Produzidos por Plenário ou Órgão Especial

Além dos precedentes obrigatórios já analisados, as orientações oriundas do plenário ou órgão especial de determinado tribunal, consoante art. 927, V, do NCPC, também receberam tratamento como sendo de caráter cogente, com âmbito restrito ao Estado, em se

tratando de Tribunal de Justiça, ou à região, em se tratando de Tribunal Regional Federal. As orientações estendem-se ao próprio Tribunal e, também, aos Juízes a ele submetidos.

Assim, os juízos de primeiro grau devem, além de seguir os precedentes vistos nos subtópicos anteriores, observar também as orientações do Tribunal respectivo.

Com isso, as orientações dos TJs e TRFs são vistas sob duas vertentes, quais sejam, a interna e a hierárquica¹¹. A primeira por conta dos pronunciamentos judiciais do plenário ou órgão especial os autovincularem e vincularem os órgãos fracionários do mesmo Tribunal. A segunda por conta dos juízos inferiores, em virtude de serem subordinados a determinado Tribunal, deverem adotar suas orientações.

5 O PAPEL DOS TRIBUNAIS NO TOCANTE AO TEMA

O NCPC de 2015 ao estruturar um sistema de precedentes judiciais imputa aos Tribunais cinco deveres institucionais para sua consolidação e efetivação. Passaremos então aos comentários pertinentes a cada um deles.

Dispõe o art. 927, § 5º do NCPC que "os tribunais darão publicidade aos precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores". Esse é o dever de publicidade, o dever de prestação de uma efetiva divulgação, parametrizada, organizada.

Paralelamente ao supracitado dispositivo tem-se o art. 979, *caput* e parágrafos, do mesmo diploma, cuja interpretação, apesar do texto se referir somente ao IRDR, deve ser analogicamente estendida a todo o sistema de precedentes, inclusive aos recursos de revista repetitivos, na esfera do direito do trabalho.

Depreende-se do artigo que os procedimentos de formação concentrada de precedentes obrigatórios devem ser sucedidos da mais abrangente divulgação e publicidade, por meio de registro no Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Ademais, impõe igualmente o dever dos Tribunais manterem banco de dados atualizados, com informações específicas sobre as questões de direito debatidas, no mínimo indicando os fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*) e os dispositivos normativos correlatos.

Enfim, o sistema de precedentes pressupõe uma envolvente publicidade, de forma a facilitar a pesquisa por parte dos interessados, dando transparência ao sistema.

Noutro ângulo, está para com os tribunais também o dever de uniformização da jurisprudência, além da obrigação de mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926, CPC).

¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Oliveira de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2.

Uniformizar significa padronizar, alinhar aquilo que eventualmente esteja em desordem. Não se aceita mais a dispersão jurisprudencial no âmbito do Poder Judiciário.

Por oportuno, acrescente-se que, assim como o NCPC, a Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, traz em seu bojo novas diretrizes à Consolidação das Leis Trabalhistas, acerca do processamento de recursos perante o TST, impondo também o dever de uniformização jurisprudencial. Vê-se que o assunto é contemplado com prestígio nas novas leis positivadas.

Já o dever de manter a jurisprudência estável visa evitar mudanças inesperadas, repentinas, infundadas, que culminem em afronta à segurança jurídica.

Nessa linha, o dever de estabilidade defende que se for necessário mudar, assim o faça de forma justificada, prudente, com uma argumentação profunda. Numa mudança, a carga de motivação é elevada, diferentemente do que se espera quando se aplica um precedente. Isso porque, nesse último caso, impera o princípio da inércia argumentativa, ou seja, se o caso gerador do precedente já enfrentou com afinco a matéria jurídica, o judicante basicamente só irá trabalhar em dizer porque a tese normativa determinante ali se aplica.

Quanto aos deveres de integridade e coerência, é de se confessar que precisam ser estudados conjuntamente. Costuma-se usar os termos para se referir ao direito como um todo. Assim, defende-se a ideia de que a doutrina, a lei positivada, os costumes, os tribunais, as decisões judiciais, devem guardá-lo como uno.

Sob a perspectiva dos precedentes judiciais, a integridade e a coerência se dirigem a um propósito em comum: a consistência jurisprudencial. Os deveres de integridade e de coerência por terem em vista um mesmo objetivo, a consistência, formam um amálgama que a engloba.¹² A consistência é resultado de uma jurisprudência íntegra e coerente. Somente assim esta possuirá aptidão para ser universalizada e fazer com que a coletividade, a partir de então, molde segundo ela suas condutas.

A fusão dos deveres em testilha acaba por criar parâmetros interpretativos do direito, segundo os quais os Tribunais devem se pautar na busca pela consistência.

Noutra linha, cumpre esclarecer que integridade não é sinônimo de coerência. Necessitam de um balanceamento, é verdade, mas gozam de particularidades.

Integridade tem a ver com unidade do direito. Dizer que a decisão respeita a integridade é dizer que a decisão respeitou o direito como um todo, em toda sua complexidade, atentando-se, por exemplo, para uma sintonia entre o direito processual e material, bem como para uma interpretação hermenêutica sistêmica que vise a sua unidade.

¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Oliveira de. Curso de direito processual civil. 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2.

O direito deve ser percebido como um complexo de normas, que dialogam entre si. Assim, decisão íntegra é aquela que a isso observa.

Desta feita, o que se proíbe terminantemente é o voluntarismo jurídico ou direito alternativo, ou seja, decidir sem apego aos formalismos jurídicos positivados.

Já no tocante à conceituação pertinente do que seja uma jurisprudência coerente, primeiro é necessário ter em mente que não seja ela contraditória. As orientações de um mesmo juiz, de um mesmo tribunal, devem ser lógicas, no sentido de guardarem completude.

Sob essa premissa, somente será coerente uma jurisprudência que parta de uma fundamentação diferenciada e seja produzida após um exame pormenorizado de tudo que lhe é contrário e favorável. Só assim é possível a chamar de completa.

As decisões judiciais devem ser tomadas em conversa com as que já foram invocadas no mesmo contexto, respeitando-se a linha evolutiva lógica do desenvolvimento jurisprudencial. A doutrina nomeia esse diálogo como o dever de autorreferência, ou seja, é quando a jurisprudência dialoga consigo mesma, se refere a ela própria. Esta se desenvolve em cadeia, e assim, cada nova decisão deve analisar as anteriores, para, de acordo com o já experimentado, não errar novamente ou continuar avançando.

Do mesmo modo, não se pode promover mudanças bruscas a ponto de ao final não notarmos uma esquematização progressiva. Assim, para mudar deve haver justificação, demonstrando as razões pelas quais se faz necessário.

Se um Tribunal ou um Juiz não buscar aplicar a mesma norma geral, ou melhor, a mesma tese jurídica em casos semelhantes, ou sequer se referir àquela, conclui-se que além de estar sendo incoerente, não se mostra preocupado em atingir a coerência.

Ponto importante quando se fala de coerência é entender também o papel da doutrina. A doutrina entra como a máquina de fornecer condições objetivas para um diálogo jurídico racional. É a doutrina que fornece o repertório conceitual de comunicação jurídica e sem ela corremos o risco de não termos o domínio científico dos temas, vale dizer, uma linguagem jurídica apropriada, para discutir o direito de modo controlado.

Então, decisões que atoplem a teoria doutrinária aceita como, por exemplo, uma decisão que adote como existente uma concepção de ato inexistente, ou uma visão absolutamente peculiar e única do que seja ordem pública, ou um entendimento exorbitante do que seja legítima defesa, culmina em incoerência, somente sanável com um discernimento prudente extraído da dogmática doutrinária. O direito seria maculado de incoerência se diante

de posicionamentos não aceitos pelo senso comum, pelos padrões mínimos doutrinários difundidos, fosse a tese abarcada pelo Judiciário.

Numa última palavra, repise-se que os postulados da coerência, somados aos que decorrem da integridade, pelem por uma jurisprudência consistente.

6 TÉCNICAS DE DINAMICIDADE ATINENTES AO SISTEMA DE PRECEDENTES

Foi falado que um precedente vinculante não pode ser ignorado. Como de respeito obrigatório, sobre ele deve o Juiz ou Tribunal se pronunciar quando estiver de frente para um caso que, em tese, assemelha-se ao que o gerou.

Nessa situação, três alternativas surgem: aplicação, distinção ou superação, sendo que, nesta última, há de se ter competência para tanto, sob pena de ficar restrito às duas possibilidades primeiras. A aplicação deve respeitar os moldes do art. 489, § 1º, V, do NCPC, em síntese, exigindo uma justificação explicitadora da utilização dos fundamentos determinantes. O conteúdo da aplicação depreende-se de todo o esboçado no trabalho. Assim, o que nos falta no momento é discorrer sobre distinção e superação, outras duas técnicas indissociáveis em um sistema de precedentes. Vejamos.

6.1 Distinção de Casos (*Distinguishing*)

Duas acepções na linguagem jurídica compreende a técnica da distinção, ou *distinguishing* ou *distinguish*, estes últimos termos em inglês. A uma, é um método de confronto entre caso e precedente – distinção-método. A duas, cuida-se de um resultado a que se chega após o método de confronto anterior, cujo resultado diz respeito à presença ou não de peculiaridades capazes de distinguirem o caso do precedente – distinção-resultado. Em apertado resumo: distinção é o método e o resultado do método.¹³

Pois bem, é de suma relevância compreender que o juízo de distinção não é capaz de revogar o precedente, bem como não pode ser entendido como um desrespeito ao precedente.

O juiz, ao distinguir um caso de um precedente, está agindo com inteira justiça, eis que se coloca fazendo uso de uma típica técnica do mundo dos precedentes judiciais.

Há necessidade de que seja realizada uma comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática. É preciso, em poucas palavras, considerar as particularidades de cada situação submetida à apreciação judicial e, assim, verificar se o caso paradigma possui alguma semelhança com aquele que será analisado.

[...]

¹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do direito. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Como se pode perceber, apesar da noção de obrigatoriedade, os precedentes não devem ser invocados em toda e qualquer situação. Há muitos casos em que os fatos não guardam relação de semelhança, mas exigem a mesma conclusão jurídica. Noutros, os fatos podem até guardar similitude, mas as particularidades de cada caso os tornam substancialmente diferentes.¹⁴

O *distinguishing* vigora como um corolário do princípio da igualdade, tendo todos o direito de em juízo argumentar e defender ser seu caso diferente de algum precedente.

Assim, diante da teoria do precedente, a função extraprocessual deve ser reforçada, identificando exatamente as questões de fato que se reputam como essenciais ao deslinde da causa e se delimite, precisamente, a tese jurídica acolhida, justamente porque a fundamentação será a norma geral, um modelo de conduta para a sociedade, principalmente para os indivíduos que nunca participaram daquele processo, e para os demais órgãos do Judiciário, haja vista ser legitimante da conduta presente.¹⁵

De tão afeto à operação com precedentes, a técnica do *distinguishing* sequer precisaria ser prevista no NCPC de 2015. No entanto, "o novo Código em inúmeras passagens alude à necessidade de distinção entre casos (v.g., arts. 1.029, § 2.º, 1.037, § 9.º)".¹⁶

Enfim, o Código trabalhou também no sentido de demonstrar a importância da ferramenta ora discutida. Prima-se pela devida motivação (art. 93, IX, CF) e a individualização do direito.

6.2 Superação (*Overruling* e *Overriding*)

Superar um precedente é revogá-lo, mudando a orientação para uma nova. A superação, assim como o *distinguishing*, é uma técnica inerente à atividade com precedentes.

A técnica se coloca como uma confissão de que a jurisprudência não pode ser imutável frente à sociedade, eis que essa é por demais mutável. Assim, é possível a superação total ou parcial da tese (*overruling* ou *overriding*, em inglês, respectivamente). Frise-se que tal revogação deve ser feita pelo mesmo tribunal que a criou, essa é uma regra importante.

Assevere-se que a possibilidade de superação não torna a jurisprudência instável, eis que ser estável não é ser perpétuo. Ser estável é não admitir que um entendimento seja

¹⁴ DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil . 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1305.

¹⁵ LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: < <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em 21 de outubro de 2016.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v.2., p. 615.

mudado de uma hora para outra sem qualquer fundamentação, causando surpresa aos jurisdicionados.

Ademais, essa maleabilidade jurisprudencial é tida como positiva, haja vista possuir uma capacidade inigualável de se aperfeiçoar, ao revés do lento direito legislado.

Ora, se a percepção social sobre o que imprimia a tese anterior muda, não há motivos para que não se proceda à sua alteração, desde que de forma devidamente fundamentada. É justamente por isso, inclusive, que é inadmissível uma superação implícita (*implied overruling*), qual seja, aquela que é promovida de forma não expressa, sem fundamentação justificante e sem diálogo com o passado. A superação implícita puniria todo avanço que a nova sistemática de precedentes quis trazer.

Noutro giro, quando se fala em superação de precedente, surge em pauta outro assunto relevante. Cuida-se da possibilidade de modulação dos efeitos, cujo objetivo é evitar impacto ou surpresa nos que pautam suas condutas segundo um precedente que carece ser modificado.

É cediço que um precedente em vigor por considerável tempo, ao ser alterado, precisa igualmente de um tempo considerável para que se propague na população e esta, tendo conhecimento da mudança, passe a alterar seus hábitos e agir conforme as novas diretrizes.

Por isso, a eficácia de precedente surgido em decorrência da superação de outro em vigor por um lapso temporal considerável, necessita ser modulada.

Ora, as pessoas acreditavam na tese e, por conseguinte, uma superação com efeitos imediatos ou retroativos geraria uma insegurança jurídica absurda, violaria a boa-fé, abalaria a confiança, e culminaria num descrédito à justiça.

Em regra, a fixação de uma nova tese tem efeitos retroativos, abarcando até feitura já consumadas. Contudo, essa regra somente merece ser usada para precedentes recentes, cujo tempo escasso não permitiu gerar uma confiança legítima e digna de proteção, de modo que os efeitos retroativos não gerem tamanho impacto.

Ao contrário, como já dito, em se tratando de um precedente antigo, por exemplo, é imperioso que não tenha a nova tese efeitos operados *ex tunc*, isto é, de modo retroativo.

É por essa linha que reza o art. 927, § 3º, do NCPC. Segundo ele "na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica".

Em adição, o § 4º entabula que "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".

Sobre esse ponto, calha frisar que mesmo diante da modulação de efeitos, uma exceção ganha cena: pode acontecer da nova tese já servir para a parte que eventualmente requereu e defendeu a superação.

Enfim, muito irá depender do tribunal a respeito de como se dará a aplicação dos efeitos. Nada impede que um tribunal supere para o futuro, ou seja, não imponha efeitos retroativos, e também que não aplique a nova tese para o caso em que houve a discussão da revisão, como se estivesse aplicando a tese anterior e expressamente denotando uma que virá a ser aplicada para os próximos casos.

Nesse sentido, dispõe Donizetti:

[...] essa ideia se coaduna com a previsão contida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, segundo a qual a lei "não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Isso porque o que a Constituição não permite é que os atos normativos do Estado atinjam situações passadas. [...] Entretanto, estabelecendo-se um paralelo entre o dispositivo constitucional e o sistema de precedentes, pode-se dizer que a Constituição também não admite que as soluções apontadas pelo Judiciário para uma mesma questão de direito sejam dadas das mais diversas formas dentro de um curto espaço de tempo. Em outras palavras, o que a Constituição quer garantir é certa previsibilidade do resultado de determinadas demandas, de forma a proporcionar aos jurisdicionados maior segurança jurídica, seja por ocasião da formação do ato jurídico, seja no momento de se buscar a tutela jurisdicional.¹⁷

Ainda, outra técnica atinente ao sistema de precedentes é a possibilidade do Tribunal fazer um pronunciamento-alerta, no sentido de não superar, mas passar a mensagem de estar prestes a assim proceder. Esse aviso é chamado de sinalização (*signaling*, em inglês), cujo objetivo é indicar a iminência da superação, podendo ainda a decisão-alerta já esmiuçar breves comentários sobre como será a futura tese.

Sem perder o tom, calha destacar uma ideia interessante, advinda do art. 927, § 2º, do NCPC. Depreende-se que para a alteração da tese (*overruling* ou *overriding*) é necessária a mesma forma concentrada numa fixação. Ou seja, é possível instaurar incidente para tanto. Do mesmo modo, sumariar-se, será exigível uma ampliação da participação, um debate qualificado e uma fundamentação reforçada.

Óbvio, é também possível utilizar a superação difusa, ou seja, sem a formalidade da instauração de um incidente específico. Contudo, como exceção, cite-se que a superação

¹⁷ DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil . 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1308.

difusa não é permitida para súmulas vinculantes, pois, como já visto, estas impõem um procedimento administrativo próprio.

Em tom final, reflita-se: mudar precedentes obrigatórios e/ou jurisprudência é fundamental, mas deve haver muita cautela.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do que foi percebido, deu o Brasil, país de tradição *civil law*, um grande passo ao avanço, quando por intermédio do novo Código de Processo Civil, insuflado de espírito constitucional, instituiu um regramento denso e inovador no tocante aos precedentes judiciais, dando-lhes uma saudação especial, principalmente aos dotados de força vinculante.

Vislumbrou-se que a temática do presente trabalho consubstancia-se numa harmonização de normas que fazem os precedentes judiciais envolverem-se em considerados momentos do processo, desde o ingresso da inicial até eventual fase recursal.

Na mesma linha, entendemos que a nova visão de processo não engessa o magistrado. Isso porque demonstramos ao longo do trabalho que o sistema é dotado de técnicas que exigem do julgador cuidadosa valoração, havendo a possibilidade de distinção e de superação do precedente. De fato, o precedente pode ser modificado se a percepção sobre o direito mudar, é claro, nos limites legais e principiológicos, quando oportuno e conveniente.

Os precedentes judiciais, como fonte normativa, não vêm restringir o livre convencimento do julgante, mas lhe auxiliar para que as decisões judiciais não sejam tomadas por entendimentos que embacem o espelho que reflete um ordenamento jurídico uno, coerente, consistente.

Outrossim, preocupou-se o novo diploma em trazer institutos específicos voltados à formação concentrada de precedentes de caráter obrigatório, bem como mecanismos que os prestigiem e os defendam, impondo obediência compulsiva.

A exigência de uma fundamentação detalhista, de uma sofisticada publicidade e de uma maior veneração à democracia, na formação de precedentes, fazem com que os jurisdicionados mais do que nunca se aproximem do judiciário.

Nessa linha, também foram positivados deveres institucionais para os Juízes e Tribunais, sem os quais, uma vez não imbuídos da boa vontade de zelar pela boa prática do sistema, nos faria mergulhar num lago utópico.

O Poder Judiciário deve aos poucos, e, nesse contexto, também a sociedade, adaptar-se à nova sistemática dos precedentes judiciais. Sem dúvidas, o assunto trabalhado implora ser

difundido e bem discernido entre os operadores do direito, além de inserto nas grades universitárias.

Como dito no início, o respeito aos precedentes judiciais é exigência da modernidade, que anseia cada vez mais por uma justiça qualificada e não temente aos desafios do progresso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de outubro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 de outubro de 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Oliveira de. **Curso de direito processual civil.** 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil.** 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do Direito:** algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em 25 de outubro de 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v.2.

MITIDIERO, Daniel. "Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial". **Revista de Processo.** São Paulo: RT, 2012, n. 206.

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

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

SISTEMATIC OF PRECEDENT JUDICIAL AND ITS RESOURCEFULNESS IN BRAZIL WITH THE ADVENT OF CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015

ABSTRACT

Judicial precedents, as the main brand of the new Civil Procedure Code, gain a prominent scene in doctrinal discussions regarding its reception, practicality and imposition of cultural change towards those who exercise judicial duties in Brazil. This study, made by the dialectical method of qualitative literature, is the result of a purpose guided to analyze the theoretical collection of themes involving judicial precedents, their techniques, implications of handling and, above all, its structural composition in the Brazilian positivist model . One sophisticated regramento today granted the national system was driven by the desire to move forward to the power judiciary in order to obtain a better alignment of the judicial assistance and the rights and guarantees of the jurisdictional individuals. The legal effectiveness of conference to judicial precedents visa for equality, predictability, reliability, legal certainty and rationality of law, along the lines of the new legal dictates commented in this article, which support the process in fulfilling its function, which is to serve as instrument to judge the case fairly, telling those who have the right material, based not only in law but in the whole complex of normative sources.

Keywords: New Civil Procedure Code. Judicial Precedent. Effects. Innovations. Technical Usable.