

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES

Sarah de Oliveira Tenório da Silva¹

Felipe Maciel Pinheiro Barros²

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar o sistema brasileiro de precedentes, que adota o regime da *civil law*, ao dar espaço ao sistema da *common law*, coaduna-se as inovações das técnicas de interpretação judicial onde há dominação de cláusulas gerais, interpretações jurisprudenciais como fonte do direito e, principalmente, a técnica dos precedentes vinculantes. Apresenta os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, bem como as técnicas de confronto e superação dos precedentes (*distinguishing* e *overruling*). O Novo Código de Processo Civil é influenciado pelos precedentes com o fito de uniformizar a jurisprudência nacional.

Palavras-chave: *Civil Law. Common Law. Stare Decisis.* Precedentes Judiciais. Novo Código de Processo Civil.

THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE BRAZILIAN SYSTEM PRECEDENTS

ABSTRACT

This study aims to analyze the Brazilian system of precedents, which adopts the civil law system, to make room for the common law system, innovations of judicial interpretation techniques is consistent where there is domination general terms and jurisprudential interpretations as source of law, and especially the technique of binding precedent. It introduces the concepts of *ratio decidendi* and *obiter dictum*, as well as the confrontation techniques and overcoming the previous (*distinguishing* and *overruling*). The new Civil Procedure Code is influenced by previous with the aim of standardizing the national jurisprudence.

Keywords: *Civil Law. Common Law. Stare Decisis.* Judicial precedents. New Civil Procedure Code.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: sarinha023@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: falipemaciel@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil inaugura uma tratativa específica dos precedentes judiciais, dando-lhes importante força obrigatória, com o objetivo de garantir mais segurança jurídica e unidade ao direito, como um todo, e ao processo civil, em particular.

Tais inovações, dentre as quais se destacam o julgamento dos incidentes de demandas repetitivas, a reclamação e uniformização da jurisprudência, acabaram por propagar ao sistema jurídico brasileiro características cada vez mais compatíveis ao sistema jurídico do *common law*, em que predomina a regra do precedente vinculante, ou *stare decisis*. Com efeito, na medida em que se fortalece a jurisprudência dos tribunais superiores se torna, gradativamente, fonte para a resolução de problemas que demandem a mesma aplicação do direito.

Nesse contexto, analisa-se a compreensão do tratamento conferido ao precedente nos países de *common law*, que por força de uma formação histórica, possuem tradição secular na adoção da decisão judicial como fonte do Direito. Examina-se a formação da teoria do precedente judicial no sistema do *common law*, com ênfase nas técnicas de aplicação e superação de precedentes.

Com efeito, o novo Código insere-se na realidade jurídica brasileira, de decisões contraditórias, aplicando o mesmo dispositivo legal em diversos sentidos, trazendo dispositivos normativos eficazes para tutelar a atual situação de insegurança e falta de igualdade entre os jurisdicionados.

Consoante disciplina o novo Código, constrói-se expressamente o dever de uniformidade, que exige que a mesma situação jurídica seja tratada de forma equivalente pelos tribunais pátrios, com o dever de estabilidade, que impõe a manutenção da *ratio decidendi*, e sua superação diante de mudanças contextuais, e apenas com a devida fundamentação. Há, também, o dever de integridade onde os órgãos jurisdicionais dialoguem com o que já foi posto anteriormente à causas que lhes são supervenientes, igualando as interpretações judiciais, e devem portar-se assim por qualquer que seja o órgão decisório. Por último, há o dever de coerência, segundo o qual o Judiciário precisa considerar a eficácia externa de sua fundamentação, no sentido de que deve coadunar-se com o direito material. Tudo isso, ressalte-se, é construído a partir do texto do caput do art. 926 do novo CPC, que possui uma potencialidade para a proteção da segurança jurídica.

Este artigo teve como base uma pesquisa explicativa, destinada a esclarecer tópicos importantes sobre o sistema brasileiro de precedentes, especialmente no tocante a sua aplicação na interpretação judicial. É explicativa, pois trata de fatos que condicionam a ocorrência do instituto, baseado na análise bibliográfica nacional, levando em consideração periódicos, livros e artigos pesquisados na Internet.

É importante, contudo, compreender o sistema jurídico adotado no Brasil, qual seja o *civil law* e sua diferenciação ao do *common law*. Em seguida, analisa-se o precedente judicial em sentido estrito e suas técnicas de aplicação e superação.

Ao passo que, a adoção de um sistema de precedentes pelo Novo Código de Processo Civil tem o objetivo do não engessamento do direito jurisprudencial.

2 OS SISTEMAS JURÍDICOS DA *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

O *common law* é o nome que se dá ao ordenamento jurídico de origem Anglo-Saxônica, e de outros países de igual tradição. O que caracteriza o *common law* é não basear-se seu direito na lei, mas nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais. É, assim, um direito costumeiro-jurisprudencial (REALE, 2002, pág. 86).

O sistema do *common law* é informado pela teoria do *stare decisis*, instituto representado pela vinculação das decisões judiciais nos julgamentos de casos análogos aos precedentes judiciais que tratam da mesma causa de pedir a ser analisada por um magistrado no caso concreto.

O precedente judicial é instituto típico do sistema jurídico do *common law*, pois desempenha papel importante como fonte do direito, baseado em decisões usuais e costumeiras.

O direito no *common law* se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos (REALE, 2002, pág. 110).

O *civil law* considera a lei como a única expressão do Direito e, consequentemente, o instrumento apto a solucionar as demandas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. Os ordenamentos jurídicos dos países que adotam o sistema da *civil law* são estruturados preponderantemente com a finalidade de aplicar o direito escrito, positivado. Em outras

palavras, consideram que o juiz é o aplicador da lei, na qual é clara e completa, e não um intérprete dotado de amplos poderes para desenvolver o Direito.

Em síntese, caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social* (REALE, 2002, pág. 110).

O Brasil, segue o sistema jurídico da *civil law*, onde prevalece diversas normas positivadas, que visam tutelar de forma genérica e abstrata os direitos dos quais os jurisdicionados são detentores, partindo da regra positivada em direção ao caso concreto. Tais normas geram uma obrigatoriedade, onde o Poder Judiciário se encontra vinculado aos dispositivos legais, não podendo inovar a matéria que literalmente dispõe a lei.

Observa-se, todavia, um evoluir deste posicionamento, tendo a sua natureza transformada com o pós-positivismo, ou neoconstitucionalismo, ante a incorporação, inegavelmente, de características típicas do *common law*, como a inserção da faculdade de complementação da lei por meio das jurisprudências nos casos em que a lei é omissa, bem como com a capacidade de se julgar, ante a omissão legislativa, pela analogia, os costumes, e os princípios gerais de direito.

A polimerização destes dois sistemas jurídicos, que exercem uma mútua influência na seara jurídica brasileira, hasteiam uma nova visão da atividade jurídica, suas acepções e finalidades.

3 O SISTEMA DE PRECEDENTES E A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES PARA SEGURANÇA JURÍDICA

Segundo Marinoni, precedentes são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais, e trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. (2015, p. 871)

O precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, pág. 441).

Logo, para constituir precedente, a decisão tem que enfrentar todos os principais argumentos a favor e contra relacionados à tese jurídica aplicável à questão de direito do caso concreto, sob pena de não valer-se para inúmeras decisões, o qual será definitivamente delineado. Em outras palavras, a decisão judicial será um precedente na medida em que possuir aptidão para vincular as demais autoridades julgadoras.

Precedente judicial também difere-se de jurisprudência. O precedente judicial limita-se a uma única decisão, enquanto a jurisprudência, seja uniforme ou não, são reiteradas decisões.

Para compreender melhor os precedentes, é indispensável expor os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, conforme a doutrina proveniente do *common law*.

A *ratio decidendi* é a motivação da decisão, os fundamentos jurídicos do juiz, a opção hermenêutica adotada na sentença, sem as quais esta não teria sido proferida como foi (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, pág. 442).

A rigor, são os argumentos do magistrado utilizados como a essência da decisão, ou seja, os fundamentos essenciais do caso concreto, cuja ausência seria decidido de outra forma, e que podem servir de paradigma para futuras decisões.

Observa-se que a *ratio decidendi* deve ser interpretada e compreendida à luz do caso concreto, pois a fundamentação da decisão sucessiva deverá conter expressa alusão à jurisprudência do tribunal superior ou da própria corte.

São as razões de decidir do precedente que vão operar a vinculação, extraindo-se uma regra geral que se aplica a outras situações semelhantes. Ao analisar o precedente, deve-se delimitar o conteúdo decisório suficiente para resolver a tese jurídica do caso concreto.

Considera-se no momento que esta engloba não só a parte dispositiva da sentença, mas também os fundamentos principais para aquela decisão, pois inclui os fatos relevantes da causa, o raciocínio lógico-jurídico da decisão e o juízo decisório, ao passo que levam a fixação de existir do precedente.

A parte não vinculante do precedente define-se em *obiter dictum*, consistente nas compreensões que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão, prescindível para o deslinde da controvérsia (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, pág. 444).

Normalmente é definido de forma negativa, sendo o *obiter dictum* uma observação ou regra de Direito que não compuser a *ratio decidendi*. É um entendimento que não pode ser considerado necessário e com força vinculativa determinante para a solução decisão, como,

por exemplo, mais visível de utilização de um *dictum* é o voto vencido de uma decisão colegiada.

Embora o *obiter dictum* não sirva como precedente, não é desprezível. O *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, servindo de base para o julgamento de uma apelação, agravo ou ação rescisória, cujo resultado não seja unânime. Bem como, tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura superação do precedente, caso em que a condição da *ratio* será rebaixada a condição de *obiter dictum* (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, pág. 446).

3.1 Aplicação (*distinguishing*) e Superação (*overruling*) dos precedentes

O precedente forma-se de um caso concreto e, para ser aplicado as teses jurídicas neles veiculadas deverão ser amadurecidas e discutidas por diversos juízes e tribunais por todo o território jurisdicional, e exige-se, ainda, a demonstração da semelhança entre aquele e o caso sub judice. De igual modo, deverá ser enfrentada a norma jurídica firmada no precedente (*ratio decidendi*).

Entretanto, não devem ser aplicados de qualquer maneira pelos juízes, pois há necessidade de que seja demonstrada uma identidade fática entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática. É preciso analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-as com os elementos caracterizadores de demandas anteriores, considerar as particularidades de cada demanda submetida ao conhecimento judicial e, assim, verificar se o caso paradigma possui alguma identidade com aquele que será analisado.

Essa comparação leva o nome de *distinguishing*, que, segundo Cruz e Tucci (2004, p. 174) é o método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”, ou seja se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o precedente.

Se não for identificado pontos essenciais entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica tratada no precedente, ou, ainda, se houver alguma particularidade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o magistrado poderá, na hipótese sub judice, não se vincular ao julgamento anterior, nos termos do art. 489, §1º, VI do CPC/15, pois até mesmo nos casos com fatos que podem guardar similitude, mas as particularidades de cada caso os tornam essencialmente diferentes.

Como se pode perceber, apesar da eficácia obrigatória, os precedentes não devem ser recorridos em toda e qualquer situação. Há muitos casos em que os fatos não são semelhantes, mas exigem a mesma conclusão jurídica, nos termos do art. 489, §1º, V do CPC/15, então é a hipótese de aplicar o precedente.

Assim, até mesmo nas hipóteses em que se estiver diante de um precedente vinculante o julgador poderá fazer o *distinguished* do caso concreto que lhe é submetido, buscando, assim, a individualização do direito (DONIZETTI, 2015).

O mais importante é que haja motivação na análise da distinção (art. 93, IX, CF). Essa motivação infere-se que as decisões judiciais não devem apenas se reportar a artigos de lei ou empregar conceitos jurídicos indeterminados sem explicitar a incidência no caso concreto. Elas devem fundamentar os elementos fáticos e jurídicos em que o magistrado se apoiou para decidir, principalmente quando o juiz deve delimitar estritamente as questões que reputou como essenciais para a solução da causa, notadamente a tese jurídica escolhida.

Noutro prisma, ocorre que a atividade interpretativa tende a se modificar ao longo dos anos, com a constante evolução da sociedade e a necessidade de institucionalização dos princípios, de modo a considerá-los em correlação com outras normas do ordenamento, são formas que possibilitam a mudança no sentido interpretativo nas normas jurídicas.

A atividade interpretativa do julgador não encontra fundamento somente na lei, mas, também, em princípios e entendimentos jurisprudenciais, normalmente considerados ao prolatar uma decisão.

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

Por tais razões é que se propõe a adoção da técnica de superação dos precedentes judiciais, portanto, trata-se do *overruling*, técnica que se difere do *distinguishing*, na medida em que este se caracteriza pela submissão do caso à *ratio decidendi*, enquanto aquele corresponde à revogação do entendimento consubstanciado na tese jurídica do precedente.

Através da técnica do *overruling* o precedente é revogado, superado, em razão do desgaste da sua congruência social e coerência sistemática (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, pág. 616).

Bem como, também, é através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, pág. 456).

Além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que construir uma nova posição jurídica para aquele julgamento, a fim de que possam ser compatibilizadas com o novo precedente.

Quando um precedente já está consolidado, no sentido dos tribunais permaneceram decidindo de forma reiterada em determinado entendimento, a sua superação não deveria ter efeitos retroativos, eis que todos os jurisdicionados foram beneficiados pelo precedente superado.

Essa não é, no entanto, a regra que rege o nosso sistema, porquanto prevalece, no âmbito das decisões judiciais, a máxima *tempus regit actum*³. No Brasil, se há revogação de um precedente e a aplicação de uma nova tese jurídica, esta passará a reger as demandas que ainda não tenham sido atingidas pela imutabilidade da coisa julgada. É o que se denomina de retroatividade plena (DONIZETTI, 2015).

Em relação a coisa julgada, podemos afirmar que, atualmente, o entendimento dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a jurisprudência não deve retroagir para atingir a coisa julgada. Ou seja, mesmo que haja mudança de entendimento da Corte Suprema, as situações já consolidadas não deverão ser revistas, mesmo que se refira à matéria constitucional⁴.

Apesar de estarmos observando coisas distintas (precedente e jurisprudência), a ideia é que a coisa julgada não pode ser relativizada para atingir situações já consolidadas. Assim, um precedente revogado não deverá retroagir para atingir situações jurídicas definitivamente decididas.

Para evitar essas situações a superação do precedente pode admitir, excepcionalmente, a adoção de efeitos prospectivos, não abrangendo as relações jurídicas antes da prolação da decisão revogadora. Tal proposição incrementa o respeito à segurança jurídica, devendo a alteração do precedente ser sinalizada (*signaling*) pela Corte aos interessados a possibilidade de mudança do entendimento judicial (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, pág. 616).

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”. Coaduna-se com a opção de densificar a segurança jurídica e a proteção da coisa julgada.

³ *Tempus regit actum* é uma expressão jurídica latina que significa literalmente o tempo rege o ato, no sentido de que os atos jurídicos se regem pela lei da época em que ocorreram. Porém, existem duas exceções possíveis que consistem na validade da lei a algo ocorrido anteriormente ao início de sua vigência (retroatividade) e futuramente à revogação da referida (ultratatividade).

⁴ STF, Recurso Extraordinário nº. 590.809, julgado em 22/10/2014.

Entretanto, estabelecendo-se um paralelo entre o dispositivo constitucional e o sistema de precedentes, pode-se dizer que a Constituição também não admita que as soluções apontadas pelo Judiciário para uma mesma questão de direito sejam dadas diversamente no mesmo lapso temporal. Em outras palavras, o que a Constituição quer garantir é certa previsibilidade do resultado de determinadas demandas, de forma a proporcionar aos jurisdicionados maior crédito as decisões judiciais no momento de se buscar a tutela jurisdicional (DONIZETTI, 2015).

Com a máxima vênia, entende-se que o escopo dos precedentes judiciais dentro do nosso ordenamento jurídico “é alcançar a exegese que dê certeza aos jurisdicionados em temas polêmicos, uma vez que ninguém ficará seguro de seu direito ante jurisprudência incerta.”⁵

Oportuno observar que a previsibilidade do julgamento de certas demandas não traz o engessamento do Poder Judiciário, pois os tribunais poderão modificar precedentes já consolidados, com o fito de arejar o sistema e mantê-lo atualizado, desde que o façam em decisão fundamentada.

3.2 Efeito vinculante dos precedentes e o Princípio da Segurança Jurídica

O efeito do precedente decorre de sua *ratio decidendi*, operando-se a sua vinculação, obrigatoriamente, e devem ser observados, pois ostentam uma eficácia normativa. O *stare decisis* ou força vinculante dos precedentes trata de conservar as *rationes decidendi* dos casos anteriores.

Os precedentes vinculantes projetam efeitos não apenas entre as partes de um caso concreto, mas fixam um entendimento obrigatório a seguir em todas as hipóteses semelhantes. Geram, para além da demanda específica que lhes foi submetida, uma norma generalizada, a todos os demais casos semelhantes, e sob pena de sanção.

As *ratios decidendi* de decisões prolatadas por uma corte superior devem, necessariamente, serem seguidas pelos juízes e tribunais inferiores, para garantir de forma plena a isonomia entre os jurisdicionados, tendo em vista que estes devem ser tratados igualmente perante a ordem jurídica.

⁵ STJ, Recurso Especial nº. 14.945-0/MG, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diário da Justiça de 13 de abril de 1992.

É exatamente nesse contexto que a segurança jurídica precisa ser repensada. Trata-se de princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas a às condutas adotadas de um comportamento presente, qual seja o respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada é com base na jurisprudência já consolidada não sendo juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, pág. 470).

Isso desperta, de igual forma, a previsibilidade e a estabilidade na aplicação do direito. Assim, quanto mais consolidada a jurisprudência mais se garante a segurança jurídica, munindo o jurisdicionado de um modelo seguro de conduta, induzindo confiança, e possibilitando uma expectativa legítima daquele na busca do reconhecimento de determinado direito.

4 OS PRECEDENTES NO SISTEMA BRASILEIRO ATUAL E A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Analizados os conceitos fundamentais da teoria do precedente judicial, verifica-se que todos os seus institutos foram incorporados pelo Novo Código de Processo Civil, que também tratou de atribuir eficácia vinculante a determinadas decisões judiciais.

Recapitulando a historicidade da evolução dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, temos que a Emenda Constitucional nº. 03/1993, acrescentou o § 2º ao art. 102 da Constituição Federal e atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade, podendo ser considerada marco normativo da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil (DONIZETTI, 2015).

Após a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que promoveu uma grande reforma no Poder Judiciário e introduziu em nosso ordenamento os enunciados de súmula vinculante, através da atuação exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

No Código de Processo Civil de 1973, diversos dispositivos aprovados ao longo dos anos demonstram que a teoria dos precedentes também ganhou relevância no âmbito processual. Exemplos: art. 285-A; art. 475, § 3º; art. 481, parágrafo único; art. 518, § 1º e art. 557. (DONIZETTI, 2015)

Como se pode perceber, a gradativa ênfase ao caráter paradigmático das decisões dos tribunais superiores nós dá a noção da importância do tema, sobretudo quando pensamos nos precedentes como instrumentos que podem dar efetividade aos princípios elencados no texto constitucional, como da isonomia (art. 5º, caput), da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), e principalmente da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI) (DONIZETTI, 2015).

No entanto, em razão da lenta celeridade pela qual se processam as alterações legislativas no Brasil, a tendência é o desenvolvimento da jurisprudência – que é a reiterada aplicação de um precedente – como forma de solucionar as situações omissas da lei.

Pensando nisso, o Novo Código de Processo Civil trouxe importantes mecanismos de aperfeiçoamento do sistema de precedentes judiciais e, conseqüentemente, de uniformização e estabilização da jurisprudência nacional.

O sistema de precedentes brasileiro é voltado para as cortes da justiça (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), para interpretar os fatos da causa, o direito aplicável ao caso concreto e as possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência das Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, pág. 608).

Segundo o art. 927, §1º, do NCPC, a formação do precedente judicial observará os arts. 10 e 489, §1º, da mesma Lei, levando-se à conclusão de que toda decisão judicial constitui um precedente judicial, pois de um lado o art. 10 impõe a observância do contraditório na formação do precedente judicial e, de outro, o art. 489, §1º, determina que o precedente judicial, entendido como decisão judicial observe a regra da motivação.

O órgão julgador subordinar-se às exigências responsáveis pelas balizas relativas à correta validade dos fundamentos das decisões, prevendo o respeito à oportunidade das partes de terem se manifestado sobre o caso como base da fundamentação no decorrer da tramitação processual (art. 10), bem como se limitar a invocar “precedente” ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos e ainda, deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, V e VI).

Isso quer dizer que há o dever de debater previamente a aplicação de um precedente a um dado caso concreto e, que há, também, um dever de identificação precisa da identidade ou semelhança entre os aspectos fático-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação do precedente (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, pág. 874).

4.1 Fundamentação dos atos judiciais

A decisão judicial deve observar a regra da motivação, e quando proferidas, os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores (art. 927, §5º, do NCPC).

O novo código traz a necessidade da demonstração à existência da conclusão adotada pelo julgador para a demanda proposta pela parte, enfrentando todos os argumentos deduzidos no processo.

Ao passo que ao estabelecer os elementos, requisitos e efeitos da sentença, o novo CPC, também detém-se minuciosamente o que entende por uma decisão não fundamentada, dispondo que:

Art. 489 (...)

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

(...)

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

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De acordo com o dispositivo, não basta que o juiz invoque o precedente ou a súmula em seu julgado, cabendo ao magistrado, fundamentar sua decisão identificando os fundamentos determinantes que o levaram a seguir o precedente, e a semelhança entre os casos, onde aqui se encontra o fundamento do *distinguishing*.

Conforme a redação do inciso VI, se o juiz deixar de aplicar precedente invocado pela parte, deverá fundamentar que existe distinção entre a tese jurídica do precedente e a situação concretamente apresentada, se utilizando de argumento contrário, no qual carece de incidência

por se tratar de circunstancia peculiar que autoriza o afastamento do precedente invocado, ou que já há superação do entendimento sedimentado.

4.2 Precedente judicial e a uniformização da jurisprudência

Uniformizar é controlar a unidade do direito através da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, respectivamente emanados pelo STF e STJ, ao passo que os TRF's e TJ's têm o dever de aplicação obrigatória desses precedentes. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, pág. 608)

Daí que o incidente de uniformização de jurisprudência tem o condão de manter a unidade ao direito para guiar a interpretação futura pelas demais Cortes de justiça, e deve ter o enunciado da regra geral expressamente delimitado, posto que o juiz de direito não indica, expressamente, o que compõe a *ratio decidendi* de sua decisão, e sim o exame do precedente, o qual extrairá/analizará a norma geral para proceder com o cotejo ao caso concreto.

No título relativo aos processos nos tribunais, há um capítulo reservado a uniformização da jurisprudência (arts. 926 a 928), buscando a aplicação obrigatória dos entendimentos jurisprudenciais, evitando a dispersão da jurisprudência, para que haja a razoável previsibilidade de julgamento de casos idênticos.

Nesse passo, o art. 926 do NCPC compatibiliza o dever de uniformizar à necessidade de estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência, posto que a interpretação judicial deve ser segura e constituir uma conexão lógica de conformidade com o direito material, em respeito à Constituição Federal.

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.

No § 2º do art. 926 o legislador traz novamente a aplicação do *distinguishing* na edição de súmulas que não se atenham aos detalhes fáticos do precedente que motivou a sua criação. Desta forma, busca-se o dever de congruência entre as súmulas e a parte fática dos casos que motivaram a sua criação.

De início pode-se pensar que o NCPC está afastando a independência do juízo e o princípio do livre convencimento, que habilita o magistrado a valer-se do seu entendimento para julgar a causa, entretanto, é preciso ponderar que aquele, deve se ater aos fatos narrados na inicial, das provas, das particularidades do caso, ao comando legislativo que entender aplicável ao caso e, ainda, das decisões anteriores já proferidas sobre o tema (DONIZETTI, 2015).

Ao passo que, se cabe ao STJ interpretar a legislação infraconstitucional e ao STF interpretar sobre as controvérsias constitucionais, ainda que o juiz de primeiro grau entenda que a solução da demanda é diferente, a contrariedade só terá o condão de protelar o processo.

O juiz competente pelo processo e julgamento do feito ainda lhe competirá a valoração da prova e, conseqüentemente, a possibilidade de decidir o processo atendendo aos fatos constantes dos autos, desde que não entendendo seguir o precedente ou a jurisprudência, deverá demonstrar, de forma fundamentada, que se trata de situação particularizada e que não merece a aplicação do precedente (*distinguishing*).

É de suma importância que os operadores do direito conheçam os precedentes e a jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores, posto que evitará a propositura de ações e recursos desnecessários, e tornará mais segura a consulta acerca das possíveis consequências de uma demanda (DONIZETTI, 2015).

4.2.1 Modificação do entendimento

O § 4º do art. 927 do NCPC traz os meios de se modificar o entendimento sedimentado, tais como alteração de súmula vinculante, alteração de súmula de jurisprudência dominante e pacificada, prevista no regimento interno do respectivo tribunal, e à modificação do entendimento sedimentado, incidentalmente, no julgamento de casos repetitivos.

Segundo o NCPC, a modificação do entendimento sedimentado deverá fundar-se em fundamentos adequados e específicos, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como a necessidade de se superar o precedente,

com argumentos ainda não suscitados e a justificativa suplementar de superação, ou seja, o legislador traz a aplicação do *overruling*.

O que o NCPC visa é permitir a revogação de precedentes que já não correspondam mais à realidade econômica, política, social ou jurídica. Em todas essas hipóteses o órgão julgador deve observar os fundamentos legais que podem subsidiar a alteração do precedente.

A possibilidade de superação dos precedentes deve ser realizada com cautela, podendo, segundo o NCPC, ser precedida de audiências públicas que servirão para democratizar o debate e legitimar as novas decisões sobre o tema em discussão (art. 927, § 2º).

4.2.2 Efeitos e modulação

Sendo de grande relevância ao que se refere os efeitos da modificação dos precedentes, nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante ou das decisões oriundas de julgamento de casos repetitivos, poderão os tribunais modular os efeitos de modo a determinar a amplitude da sua retroatividade, ou determinar efeitos prospectivos à decisão.

Em regra geral, o entendimento dos tribunais se aplica aos processos em tramitação, ou seja, às demandas pendentes de julgamento, de acordo com a regra do *tempus regit actum*.

Por outro lado, aquelas ações que já tenham sido decididas sob a égide do entendimento anterior não poderão sofrer com a modificação do precedente, em respeito à imutabilidade da coisa julgada.

Como forma de evitar prejuízos em razão da alteração brusca de entendimento dos tribunais e, assim, proporcionar ao jurisdicionado maior segurança jurídica no momento do exercício de seu direito constitucional de ação e no interesse social, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão, limitando sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos prospectivos (art. 927, § 3º).

Essa modulação vale para os processos que ainda estejam em andamento, não sendo possível se falar em relativização da coisa julgada pela alteração de precedente judicial.

Há, por outro lado, uma técnica preparatória para a revogação de precedentes denominada *signaling*. Por meio dela, o tribunal, percebendo a desatualização de um precedente anuncia que poderá modifica-lo. Servirá de moldagem da eficácia temporal

quando o precedente for efetivamente revogado. (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, pág. 505).

A autorização da modulação de efeitos, caberá aos tribunais, caso a caso, analisando quanto à necessidade ou não de barrar os efeitos retroativos da mudança de jurisprudência ou alteração de súmula, observando a necessidade de fundamentação adequada e específica.

4.2.3 Eficácia vinculante

Pelo espírito do NCPC os precedentes judiciais obrigatórios gozam de eficácia vertical, vinculando os juízes e tribunais, dispondo que a observância da jurisprudência e dos precedentes se dará nos termos seguintes:

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.

Quando a *ratio* do precedente judicial tiver que ser observada pelas cortes hierarquicamente inferiores, será classificado como precedente de vinculação vertical. Quando tiver que ser observada pela própria corte que a prolatou, será considerado precedente judicial de vinculação horizontal. E ele pode ser vinculante em ambas as dimensões (vertical e horizontal).

Daí a previsão do art. 926 do NCPC, quanto ao dever genérico de os tribunais brasileiros uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, pág. 461).

A vinculação dos precedentes judiciais poderá vir a ser uma solução para a divergência de decisões judiciais, pois o magistrado ao constatar a existência de um precedente para aquele caso, com identificação da analogia, deverá aplicá-lo, garantindo-se a interpretação uniforme da jurisprudência nacional.

Esse novo regramento impede situações nas quais dois jurisdicionados, em demandas juridicamente semelhantes, sejam julgadas de forma completamente distintas.

4.3 Precedente judicial e a Reclamação

Na esteira das disposições constitucionais (art. 102, I, l e art. 105, I, f, ambos da CF/88), a Reclamação é cabível para preservar a competência do STF e do STJ, assim como para garantir a autoridade das decisões em matéria infraconstitucional e constitucional por eles prolatadas. Também é possível ajuizar Reclamação para garantir a autoridade das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, CF/88). A medida não se aplica, contudo, às súmulas convencionais da jurisprudência dominante do próprio Supremo ou da Corte Cidadã (DONIZETTI, 2015).

O NCPC alarga de forma expressa as hipóteses de cabimento da reclamação ao prever que ela poderá ser ajuizada para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (art. 988, IV).

Agora, para o cabimento da reclamação, com vistas a observar a decisão prolatada, deverá o reclamante instruir com provas documentais que demonstrem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam (art. 988, § 4º).

No entanto, o cabimento da reclamação está adstrito até o trânsito em julgado da decisão reclamada, com o fito de proteger a imutabilidade da coisa julgada. Bem como, não se deve valer-se deste instituto para constituir um sucedâneo da ação rescisória (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, pág. 602).

Ao passo que, da procedência do julgamento da reclamação, o tribunal determinará de imediato a aplicação da decisão adequada à solução da controvérsia, cassando a decisão exorbitante (art. 992).

Extraí-se mais uma vez a técnica do *distinguishing*, pela demonstração probatória de aplicação indevida do precedente ou a sua não aplicação.

4.4 Precedente judicial e o incidente de resolução de demandas repetitivas

Insurge-se no sistema processual demandas repetitivas com a mesma causa de pedir e questão de direito, apenas diferenciando-se as partes litigantes, e por vezes examinadas pelo judiciário gerando os efeitos da decisão, apenas, em relação as partes (*inter partes*).

Neste pesar, acaba levando inúmeros problemas do ponto de vista processual e material, principalmente ligados a possibilidade do tratamento diverso à situações idênticas.

Por sorte, umas das novidades trazidas pelo NCPC é o incidente de resolução de demandas repetitivas. Esse procedimento caberá quando for reconhecida controvérsia com potencial de ocasionar a repetição de processos com causas fundadas na mesma questão de direito, e apta a gerar risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, frente à possibilidade de coexistirem respostas diferentes.

Conforme dicção do art. 976 do NCPC, *in verbis*:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

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.

O incidente apresenta-se como método de solução de demandas múltiplas, em que se parte de um caso concreto entre litigantes individuais, cujo debate permite visualizar uma pretensão de direito material ou processual apta a repetir-se.

No incidente de resolução de demandas repetitivas dar-se-á atribuição exclusiva ao acórdão do Tribunal de Justiça ou do TRF (art. 977) como parâmetro para o julgamento de todos os processos – presentes e futuros, individuais ou coletivos – que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território de competência do respectivo tribunal, ou seja, vinculará os órgãos de primeiro grau e o próprio tribunal (art. 985). Diante dos Tribunais Superiores (STF e STJ) o julgamento de recursos repetitivos se dará mediante recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos.

O julgado do incidente passará a ser o precedente que irá ser aplicado aos processos em tramitação individuais ou coletivos, bem como aqueles que venham a ser instaurados com idêntica questão de direito (art. 985).

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Eventualmente, do julgamento do mérito do incidente, caberá a interposição de recurso extraordinário ou especial, analisadas a repercussão geral conforme o caso, e que, logicamente, poderá ser obrigatório a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se em todo o território nacional (art. 987, §2º).

Conforme a fixação da tese jurídica do incidente, é inevitável o respeito e aplicação ao precedente formado, sob pena de sua inobservância sujeita a reclamação (art. 988, IV).

É, assim, mais uma medida para minimizar os efeitos decorrentes do excessivo número de processos em tramitação no Judiciário e viabilizar um tratamento igualitário aos jurisdicionados.

5 CONCLUSÃO

Percebe-se, diante de tudo que foi exposto, que nosso ordenamento, indiscutivelmente, está em nítida mudança, abandonando um pouco das premissas do sistema da *civil law*, sujeitando-se às influências da teoria do *stare decisis*.

A aplicabilidade de um sistema de precedentes pelo NCPC atende à expectativa de todo e qualquer jurisdicionado de ter a decisão da sua causa em consonância com o entendimento majoritário do juízo ao qual peticiona e, conseqüentemente, ver assegurada a justiça pelo tratamento semelhante de demandas idênticas.

O Poder Judiciário no Brasil objetiva a resolução cada vez mais profícua das demandas levadas a ele e o uso de precedentes permite um caminhar mais célere, sem retirar a característica da jurisdição da decisão.

Ao passo que da vinculação do precedente resulta celeridade, porque já oferece uma solução pronta para situações que se assemelhem a sua tese jurídica, sem que haja o risco de tratamento diferenciado, todavia, deve o magistrado motivar e fundamentar a aplicação daquele precedente.

Bem como, busca-se a não fossilização do entendimento jurisprudencial promovida pela dinâmica social e jurídica da sociedade, a partir da mudança do entendimento, ao passo que autoriza a modulação dos seus efeitos a momentos futuros para não atingir situações já consolidadas.

Conclui-se o presente artigo observando-se o fato de que todos os conceitos fundamentais da teoria do precedente judicial (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*) foram incorporados pelo NCPC, sendo amplamente demonstrado, que também tratou de atribuir eficácia vinculante a determinadas decisões jurisdicionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso desperta a análise da interpretação judicial à lei e quais seus efeitos jurídicos da necessidade de assegurar a isonomia e a segurança jurídica com a aplicação dos precedentes oriundos dos tribunais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº. 13105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, 17 mar 2015. Seção 1, p. 1 a 51.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, v.2.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 2. 10. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpidio. **A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 15 nov 2015.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC**. Revista Temas Atuais de Processo Civil. Vol 1, N. 6, 2011. 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 15 nov 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol. 1. Editora revista dos tribunais. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. **O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=213410>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de; ANDERLE, Rene José. **O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito?**. Revista de Processo. vol. 232/2014. Pág. 307 a 324. Jun/2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.