

A DIFICULDADE NA ADEQUADA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Luana Fernandes Guerra¹

Matusalém Jobson Bezerra Dantas²

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar as dificuldades dos operadores de direito, em especial os magistrados, ao aplicarem os precedentes judiciais, conforme preceitua o Código de Processo Civil de 2015 e a doutrina. Para tanto, são apresentados os sistemas jurídicos *common law* e *civil law* e feita uma breve explanação dos precedentes judiciais, as vantagens da adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro, os aspectos fundamentais para a identificação de um precedente e as técnicas para a aplicação. Foi utilizada bibliografia da literatura jurídica, analisaram-se dispositivos legais relevantes e jurisprudência atualizada. O resultado da pesquisa constatou que os magistrados enfrentam dificuldades na aplicação dos precedentes judiciais por ainda estarem atrelados à tradição meramente declarativa, devido ao momento de transição entre os Códigos Processuais Cíveis em que se encontram. Conclui-se que a falta de um conhecimento aprofundado acerca do tema e o fato de estarem atados à cultura predominantemente positivista, é o fator predominante para a dificuldade de os magistrados identificarem e aplicarem os precedentes adequados ao caso em julgamento, sendo, portanto, premente a necessidade, sobretudo, de se romper com a cultura meramente declaratória do Poder Judiciário, diante da remodelação do direito processual brasileiro.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais; Técnicas de Aplicação; Poder Judiciário.

THE DIFFICULTY ON ADEQUATE APPLICATION OF PRECEDENTS BY THE BRAZILIANS COURTS

ABSTRACT

The present research has as general objective to analyze the difficulties of the operators of law, especially the magistrates, when they are applying the judicial precedents, according to the Code of Civil Procedure of 2015 and the doctrine. Therefore, the legal systems common law and civil law are presented and is made a brief explanation of judicial precedents, the advantages of adoption in the Brazilian legal system, the

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

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

fundamental aspects for the identification of a precedent and the techniques for the application are presented. Was used bibliography of the legal literature, relevant legal provisions and actual jurisprudence were analyzed. The result found in the research was that magistrates face difficulties in applying judicial precedents because they are still tied to the declarative tradition, owing to the moment of transition between the Civil Procedural Code of 1973 and 2015. Concluded that the lack of an in-depth knowledge about the subject and the fact that they are tied to the predominantly positivist culture is the predominant factor for the difficulty of the magistrates to identify and apply the appropriate precedents to the case in judgment, being therefore pressing the need, above all, to break with the merely declaratory culture of the Judiciary, in view of the reshaping of Brazilian procedural law.

Keywords: Judicial Precedents; Application Techniques; Judicial Branch.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil (CPC/2015) inovou ao tratar expressamente, sobretudo, nos artigos 926 e 927, sobre a temática dos precedentes. Precedente era matéria deixada para a doutrina e jurisprudência, não tratada especificamente pelo legislador. Com o CPC/2015, a história mudou e o legislador “tomou partido” quanto ao assunto, passando a doutrina a levantar várias discussões sobre diversos tópicos dentro da teoria dos precedentes. Isso porque, é válido salientar, o sistema jurídico do Brasil segue, tradicionalmente, o regime do *civil law*, havendo, portanto, inúmeras características que se divergem daquele que inspirou os precedentes judiciais na *common law*.

Desse modo, é nítida a necessidade de que haja uma compreensão sobre a teoria dos precedentes judiciais, para que possa ser devidamente adaptada ao direito processual pátrio.

A aludida teoria tem como objetivo a uniformização da aplicação do direito, não sendo admitido que casos idênticos sejam julgados de maneiras distintas. Com efeito, a teoria visa garantir, acima de tudo, a segurança jurídica e a previsibilidade aos jurisdicionados, uma vez que será possível pautar suas condutas conforme o entendimento dos tribunais.

Contudo, por ter sido, a teoria dos precedentes, inserida em um país sem uma tradição precedentalista, como ocorre no Brasil, cujo regime jurídico tem sua base fundamentada no *civil law*, percebe-se que o dever atribuído aos tribunais de uniformizar suas decisões impõe uma atuação comissiva, que pela própria cultura

jurídica dos operadores do direito, natural que haja uma resistência e dificuldade em operar efetivamente os precedentes na prática.

É neste contexto que surge o interesse para desenvolver o presente trabalho acerca da problemática na aplicação dos precedentes no direito processual civil brasileiro. É necessário saber de fato o que é um precedente, com se forma, onde encontrar, como um juiz deve fazer para seguir um precedente, como se fundamentar as decisões a partir de precedentes, como fazer a distinção (*distinguishing*) etc. A problemática, enfim, é discutir sobre as dificuldades práticas que os operadores têm na aplicação dos precedentes, o que tem contribuído para a resistência na formação de uma “cultura dos precedentes”.

O trabalho utilizará como método científico o levantamento bibliográfico da literatura jurídica, além da análise dos dispositivos legais pertinentes, bem como de pesquisa jurisprudencial atualizada. Abordar-se-ão, ainda, decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, a fim de verificar, a partir de um tribunal, como tem sido tratada a matéria de precedentes pelas cortes de nosso país.

Trata-se, portanto, de uma análise sobre um direito em transição e, dessa forma, as conclusões trazidas à baila devem ser relativizadas, ante as incertezas e precariedades em torno do tema.

O estudo inicia com uma breve análise das principais características dos sistemas jurídicos *civil law* e *common law*, a aproximação entre eles, bem como as razões para a adoção da teoria em questão no direito processual brasileiro. Após, será analisada a estrutura dos precedentes e suas técnicas de aplicação e superação, demonstrando como seria, na teoria, a devida aplicação dos precedentes na jurisdição brasileira. Ato contínuo, será trazida uma análise crítica da dificuldade do Poder Judiciário em operar, na prática, as técnicas de aplicação dos precedentes, citando-se exemplos do Tribunal de Justiça Potiguar. O trabalho é encerrado com uma conclusão que busca trazer uma visão panorâmica do sistema de precedentes dimensionado no CPC/2015, com destaque aos desafios que os membros das Cortes de Justiça são levados a enfrentar ao imprimirem na prática a complexidade da situação advinda da implantação da teoria precedentalista no ordenamento jurídico brasileiro.

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

O *civil law* e o *commom law* são sistemas jurídicos que tiveram sua origem em cenários culturais e políticos totalmente distintos, fazendo com que definissem conceitos e institutos próprios com formação de tradições jurídicas diferentes (MARINONI, 2016, p. 25).

Os países que adotam o sistema jurídico do *commom law*, como os Estados Unidos da América, por exemplo, seguem um direito consuetudinário, isto é, costumeiro. Em que pese nesse modelo também haja leis, os casos são analisados principalmente de acordo com a jurisprudência. Para esse sistema, a atividade jurisdicional é limitada à declaração do direito fixado nos precedentes, garantindo-se uma maior previsibilidade e segurança jurídica. Logo, a autoridade do julgador não lhe dá o poder de criar um novo direito com base em convicções e interpretações próprias, mas apenas manter e declarar um direito já conhecido.

Por sua vez, os países que adotam o sistema jurídico do *civil law*, como é o caso do Brasil, seguem um direito positivado, no qual adotam a lei como fonte primária do direito. Nesse sistema, o juiz é o verdadeiro intérprete e aplicador da lei, não sendo vinculado aos precedentes, mas tão-somente orientado.

É irrefutável, então, que tanto no *commom law* quanto no *civil law*, uma mesma norma jurídica pode ser interpretada de diversas formas e, com isso, gerar variadas decisões judiciais. Entretanto, no *commom law*, foi-se constatado que a igualdade e previsibilidade somente conseguiria ser alcançada mediante o *stare decisis*, isto é, “respeitar as coisas decididas”. Já, no *civil law*, na sua origem, os julgadores não deviam qualquer respeito às decisões passadas, pois acreditavam que a vinculação do juiz ao passado afrontava a sua liberdade de julgar. (GAMBARO, 2009 *apud* MARINONI, 2016, p. 32).

Contudo, malgrado a lei ser fonte primária do direito brasileiro, percebeu-se que é impossível um Estado se manter exclusivamente legalista. Ora, com o passar do tempo e das constantes modificações que a sociedade sofre (culturais, econômicas, políticas, sociais, etc), o ordenamento jurídico necessita acompanhar essas mudanças, tendo vista ser evidentemente impossível que haja previsão legal para todas as situações fáticas futuras. Logo, essas oscilações frequentes no ordenamento jurídico traz, notoriamente, uma insegurança jurídica diante de sua imprevisibilidade. É exatamente por tais razões que o Judiciário vem se preocupando mais em uniformizar suas decisões, tendo em vista que os cidadãos, para pautar suas condutas, delas dependem.

Dessa forma, tem-se a aproximação dos dois sistemas, sobretudo no que tange ao *civil law* com relação à adoção do *stare decisis*, que vem sendo percebida pela maioria dos doutrinadores. Inclusive, sobre o assunto, o doutrinador Professor Luiz Guilherme Marinoni, afirma que o atual papel do juiz brasileiro, que é regido pelo sistema *civil law*, a quem é atribuído o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, tem sua função aproximada àquela exercida pelo juiz do *common law*. (MARINONI. 2012, p. 04).

A par disto, indiscutível que o direito brasileiro vem, cada vez mais, aproximando-se da teoria dos precedentes obrigatórios e, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, essa vinculação vem ganhando forças diante de sua maior expressividade.

3. CIVIL LAW E AS RAZÕES PARA SEGUIR OS PRECEDENTES

A princípio, convém reprimir que os adeptos ao sistema do *civil law* atrelaram a ideia da segurança jurídica à mera observância da lei. Assim, acreditavam que a subordinação e a vinculação das decisões às interpretações da letra da lei seriam suficientemente necessárias para a concretização desse ideal.

Todavia, sabe-se que uma norma pode ser interpretada nas mais variadas formas, a depender da convicção moral de quem está interpretando e julgando, mostrando ser insuficiente e instável a concepção adotada pelo *civil law* em sua origem.

Além disso, é dever do Estado realizar suas funções a fim de promover a segurança jurídica. Neste desiderato, a jurisdição brasileira vem adotando o sistema de precedentes, que parte da concepção de que se deve tratamento igualitário aos jurisdicionados, pois é impedido que um mesmo caso jurídico seja julgado de forma distinta, com posições antagônicas, por órgãos diversos.

Outrossim, a sociedade, para poder determinar seu comportamento e prever as consequências das suas ações, precisa que haja univocidade nas soluções das situações jurídica. Ora, a constância na interpretação e aplicação do direito é substancial ao Estado de Direito. Logo, percebe-se que um direito instável de acordo com o caso concreto traz problemas para o Estado e, por conseguinte, para a sociedade.

Com efeito, convém demonstrar individualmente as razões para que se adote a teoria dos precedentes no direito brasileiro e ter uma noção mais ampla das utilidades e vantagens que serão acrescidas ao nosso sistema jurídico.

Inclusive, com relação a isso, é válido ressaltar que, em contrapartida, há doutrinadores, como o professor Lenio Luiz Streck, que alegam ser, os dispositivos do CPC/2015 que se referem ao “sistema de precedentes”, incongruentes e inconstitucionais. Afirmam, ainda, que a criação de meios de vinculação decisória é antagônica à própria Constituição Federal, que legisla acerca da atuação do Judiciário que efetivamente vincula, como, por exemplo, as súmulas vinculantes, objetivação do controle difuso de constitucionalidade, dentre outros.

3.1. Previsibilidade jurídica

Para o *civil law*, a concepção da previsibilidade estaria atrelada à prévia codificação de normas, à pretensão de se ter códigos aptos a regular todas as circunstâncias. Já, no *commom law*, a previsibilidade não está relacionada ao conhecimento das lei, mas sim às decisões do Poder Judiciário, trazendo, com isso, uma maior garantia à segurança jurídica diante do que se vinha entendendo e sendo aplicado no direito.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni traz em sua obra “Precedentes Obrigatórios”, um exemplo de uma situação fática, fazendo uma comparação da concepção de previsibilidade para cada um dos sistemas jurídicos mencionados. Primeiro, se refere ao “advogado do *common law*”, afirmando que este teria a possibilidade de orientar o jurisdicionado, pois poderia valer-se dos precedentes já existentes. Porém, no que se refere ao “advogado do *civil law*”, afirma que este é obrigado a informar ao seu cliente de que determinada lei pode ser interpretada ao seu favor ou não, a depender do juiz que analisará o caso. (MARINONI. 2016, p. 100).

Nota-se, então, que a relativa concepção de previsibilidade no *civil law* estimula a propositura de ações, aumentando a possibilidade de diversas interpretações sobre uma determinada norma e, portanto, decisões judiciais divergentes. Com isso, percebe-se nitidamente que a certeza da previsibilidade, de fato, encontra-se mais ligada às normas advindas das decisões judiciais do que às normas jurídicas em abstrato, pois são nas decisões judiciais que se define a interpretação que melhor reflete a *mens legis*.

3.2. Garantia da imparcialidade

Sabe-se que, de forma ampla, para o *civil law*, a fundamentação, além de conferir legitimação à atividade jurisdicional, tem o fim de demonstrar a imparcialidade do julgador. No entanto, se for feita uma análise minuciosa dessa tese, vê-se o quão falha ela é. Ora, se o magistrado tem liberdade em julgar casos iguais de forma diferente, atribuindo interpretações distintas a uma mesma norma, é notória a impossibilidade de, dessa forma, garantir-se a imparcialidade. Pelo contrário, ao propiciar decisões díspares a casos idênticos, estar-se estimulando o arbítrio e a parcialidade.

Entretanto, de acordo com a teoria dos precedentes, adotada pelo atual Código de Processo Civil, para evitar decisões tendenciosas, o juiz terá suas decisões atreladas às repercussões do precedente, o que, por óbvio, irá incumbir-lhe maior responsabilidade ao decidir. Isto porque o juiz se sentirá inibido de decidir os casos que lhe serão submetidos de forma arbitrária, visto que essas decisões terão impacto sob as futuras. Assim, a observância aos precedentes também contribui para a garantia da imparcialidade.

Com efeito, verifica-se que para se garantir de forma efetiva a equidade, a justiça, não basta simplesmente impor a necessidade de uma fundamentação devida, deve-se impedir que o juiz decida de forma arbitrária, o que significa a uniformidade da interpretação de uma norma e, conseqüentemente, das decisões de casos iguais.

3.3. Coerência jurídica como consectário lógico da isonomia

O sistema de duplo juízo sobre o mérito pressupõe a necessidade de a ação judicial passar pela análise de dois juízos, sendo um de primeiro grau e o outro, um tribunal. Assim, tem-se a impressão de que, para se considerar vencedor, terá que receber decisão favorável do tribunal. No entanto, essa impressão de só quem tem poder é a decisão proferida pelo tribunal é falsa perante o Poder Judiciário. Isto porque, a lógica e a racionalidade do sistema constituir duplo grau de jurisdição, exige a formação de jurisprudência nos tribunais e seu respeito por parte do Juízo *a quo*.

Ademais, em se tratando da teoria dos precedentes, o que interessa é a expressão dinâmica das leis transladada pela boca dos juízes. Ora, quando se tem a imagem do juiz como “a boca da lei” – como queria Montesquieu³ –, se tem, evidentemente, o discurso do Poder Legislativo. (MARINONI. 2016, p. 48.)

A partir do momento em que o julgador passa a interpretar a lei, conferindo-lhe feição ao direito, resta-se clara a efetiva participação do Poder Judiciário na produção normativa. Sendo assim, torna-se, o Judiciário, responsável pela coerência do direito.

De maneira diversa pensa o professor Lenio Luiz Streck, quanto a essa participação do Poder Judiciário na criação normativa, ao afirmar que os precedentes

³ “Montesquieu, ao elaborar a tese de que não poderia haver liberdade caso o ‘poder de julgar’ não estivesse separado dos poderes legislativos e executivos, partiu da sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juízes da sua época. (...). O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades da sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes” (CAPPELLETI *apud* MARINONI, 2016, p. 46).

dariam fim à função meramente declaratória do juiz, ao sustentar que o “antigo juiz boca-fria-da-lei” seria substituído por um “juiz boca-da-súmula” ou “juiz boca-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores”

Contudo, ocorre que a coerência do direito firmado pelo Judiciário, é diversa da coerência do ordenamento jurídico. Isso se dá pelo fato de que cada norma rege sobre determinado assunto de forma única e, necessariamente, compatível com as demais, sob pena de invalidez e revogação. Já, as decisões judiciais que se divergem, não excluem outra e nem a torna inválida, podendo, assim, várias decisões reconhecerem diferentes significados a um mesmo dispositivo legal.

Ora, não é possível haver uma coerência jurídica se o direito trata casos iguais de maneira desigual. É por tais razões que se vê necessária a adoção da teoria precedentalista, limitando a atuação dos juízes, na medida em que precisam respeitar os precedentes já firmados ao interpretarem uma norma e proferirem uma decisão judicial, conferindo-se o mesmo significado a uma única norma legal.

3.4. Desestímulo à litigância

Mais uma razão para se adotar a teoria dos precedentes é o desestímulo à litigância.

Sabe-se que atualmente, há uma enorme preocupação com o grande número de processos no Poder Judiciário e isso vem trazendo certos prejuízos à qualidade e tempestividade de seus julgamentos.

Isso se dá devido à incerteza que os litigantes têm acerca dos posicionamentos do Judiciário, sendo ora sua pretensão amparada, ora não. Com isso, a parte é naturalmente incentivada a propor a demanda, arriscando obter uma decisão favorável.

Contudo, havendo a previsibilidade das decisões judiciais, a consequência lógica seria o desestímulo e, assim, o desafogamento de inúmeras demandas. Isto porque, a parte, tendo conhecimento de que o direito não lhe é favorável, por exemplo, certamente não irá recorrer ao Judiciário, gastando tempo e dinheiro para receber uma solução judicial ao seu desfavor.

Além disso, haveria o favorecimento de acordos por serem escolhidos como meios mais maleáveis e econômicos para solucionar diversos conflitos, tornando a ação judicial a última opção. Com efeito, para alcançar um acordo, as partes devem conhecer claramente suas vantagens e desvantagens. (MARINONI. 2016, p. 135).

Outrossim, sendo o assoberbamento de demandas um dos maiores e mais preocupantes problemas que o Poder Judiciário vem atualmente enfrentando, nada mais apropriado do que à inibição de litígios desnecessários.

Por tais razões, verifica-se que os precedentes são fundamentais para a garantia da segurança jurídica, imparcialidade, coerência, celeridade judicial, entre outros direitos fundamentais, dentro do âmbito jurisdicional que a sociedade tem.

4 CONCEITOS FUNDAMENTAIS À COMPREENSÃO DOS PRECEDENTES

Atualmente, o direito brasileiro vem superando a ideia de que o juiz está subordinado às leis. Assim, vem sendo observado com mais relevância os fatos do caso concreto para que, com isso, seja identificada a norma que regular-lhe-á ou, até mesmo, que seja elaborado um precedente.

Além disso, com a observância e individualização dos fatos do caso em julgamento, torna-se mais viável a identificação de qual precedente aplicar, já que será possível verificar os fatos que o juiz admitiu como fundamentais ou materiais para decidir e criar o precedente.

Da mesma forma, no *commom law*, dá-se grande relevância aos fatos do caso sob julgamento, fazendo a interação entre os fatos e as normas jurídicas, seja para elaborar um precedente, seja na aplicação de um precedente já existente. É, também, por isso que há a nítida aproximação entre os sistemas jurídicos do *civil law* e *commom law*.

Essa relevância dada à individualização dos fatos do caso concreto, conforme observado acima, contribui com a verdadeira eficácia normativa dos precedentes, devendo, então, ser obrigatoriamente respeitados pelos magistrados ao prolatarem suas decisões. Daí, fala-se no *stare decisis*, entendido como uma doutrina que utiliza as decisões passadas como “guias” para futuras decisões a casos semelhantes.

Por tais razões, a essência da obrigatoriedade aos precedentes pressupõe, simultaneamente, a atividade constitutiva (criação da norma) e a atividade declaratória, isto é, o dever dos julgadores em segui-los.

Assim, com a adoção dos precedentes no direito brasileiro como um meio de fonte jurídica, a teoria dos precedentes deverá ser aplicada, observando-se cada um de seus institutos, cuja delimitação será vista a seguir.

4.1. *Ratio Decidendi* (ou *holding*)

Primordialmente, convém destacar que a essência do precedente é encontrada na sua fundamentação, não bastando, assim, observar tão somente à sua parte dispositiva. Todavia, não se pode confundir a razão de decidir com a fundamentação, em que pese seja nela que se encontra.

No *commom law*, não se chegou, ainda, à uma definição concreta para o que se conhece sobre a *ratio decidendi*, ou mesmo um método eficaz para possibilitar sua identificação. Entretanto, é válido fazer uma breve análise de dois testes, o de Wambaugh e o método de Goodhart, diante da notoriedade que esses métodos tiveram na tentativa de identificar a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais.

Para Wambaugh (1894, *apud* MARINONI, 2016, p. 163), ausente a *ratio decidendi*, o caso seria decidido de forma diversa. Crendo nessa premissa, o jurista defendia que para se chegar a *ratio* de um precedente, deveria, a princípio, formular-se uma suposta proposição de direito. Posteriormente, deveria inserir-se na proposição uma palavra que invertesse totalmente o seu sentido. Diante disso, se, ao inverter o sentido da proposição, a Corte não pudesse decidir da mesma forma, a proposição original constituía a *ratio decidendi*, caso contrário, sendo admitida decisão igual, representaria o *obiter dictum*.

No entanto, levando em consideração que a Corte pode decidir com base em dois fundamentos que, isoladamente, podem resultar na mesma solução, o teste configura-se de forma ineficaz.

Por sua vez, o método de Goodhart (1931, *apud* MARINONI, 2016, p. 164-165), dá maior relevância aos fatos do caso que determinou o precedente. Admite que a *ratio decidendi* seja determinada pela análise dos fatos tratados como fundamentais ou materiais da decisão que originou o precedente. Isto é, para ele, a *ratio*, além de ser os fatos que o juiz considerou materiais, também seria os fatos que embasaram a decisão.

Dessa forma, pelo método Goodhart, delimitados os fatos materiais (descartados os imateriais), a *ratio decidendi* será construída da seguinte forma: se num caso futuro, os fatos forem A, B, e C (tidos como fatos materiais ou fundamentais no caso precedente), a conclusão a que se deve chegar é X (igual conclusão a que se chegou no precedente). Existindo mais de um grupo de fatos materiais, que considerados, levem à formulação de mais de uma conclusão, teremos mais de uma *ratio decidendi*.

Todavia, cada caso tem suas particularidades fáticas, o que debilita o método de Goodhart. Ora, se o precedente basear-se tão-somente nos fatos do caso sob análise, sua aplicação aos casos futuros dar-se-ia apenas àqueles que forem minuciosamente idênticos ao daquele que serviu para sua elaboração, perdendo, o precedente, portanto, a sua essência. Sendo assim, esse método tem a virtude de valorizar os fatos para a definição do precedente, mas acaba ignorando a fundamentação (PEIXOTO. 2016, p. 175).

Ora, sabe-se que para o juiz ou o tribunal proferir julgamento aplicando-lhe um precedente obrigatório, é essencial que haja a demonstração de que a solução daquele caso está relacionada à questão de direito resolvida mediante a *ratio decidendi*. Não é imprescindível que o caso, enquanto sua situação fática, seja absolutamente igual ao solucionado quando da elaboração da *ratio*.

Pois bem. A despeito de que possa ser relevante à definição de um método para se alcançar a *ratio decidendi* (PEIXOTO. 2016, p. 183), revela-se praticamente impossível definir um único método infalível, mesmo porque, a *ratio decidendi* é norma que pressupõe interpretação, seja pra cria-la, seja para aplica-la no futuro.

Dito isto, curial fazer ainda duas observações: A primeira é a possibilidade de extrair mais de uma *ratio decidendi* de um precedente, mormente quando se trata de cumulação de pedidos, admitindo-se tantas normas do precedente quanto são os capítulos da decisão (MACÊDO. 2015, p. 333). A segunda é que, tanto o precedente como a súmula não são estáticos, permitindo sua reconstrução com a evolução do direito, com as mudanças sociais, o que significa que a *ratio decidendi*, por ser uma norma, com o passar do tempo, poderá ser interpretada e aplicada de forma diferente, de sorte que a regra extraída de um precedente nunca pode estar acabada, apresentando caráter permanentemente incompleto, o qual paulatinamente evolui em conjunto com as demais modificações ocorridas no direito e na sociedade (PEIXOTO. 2016, p. 187).

Portanto, conclui-se que a *ratio decidendi* surge de uma parte ou de todos os fundamentos que determinam o dispositivo da decisão, sendo relevante destacar que as considerações expostas de passagem ou àquelas que não são necessárias ao alcance do resultado são denominadas como *obiter dicta*.

Assim, definida a *ratio* e suas peculiaridade no direito brasileiro, passa-se à análise do *obiter dictum*.

4.2. *Obiter Dictum*

O *obiter dictum* (ou *obiter dicta*, no plural), por estar diretamente atrelado ao conceito da *ratio decidendi*, não possui conceito definido e concreto. No entanto, a doutrina majoritária entende como *obiter dictum* tudo aquilo que pertence à fundamentação de um precedente que, se for retirado, não modificará a regra criada por aquele julgador. Isto é, são os fundamentos jurídicos externados apenas como passagem para a razão da decisão, que revelam juízos normativos acessórios, impressões que não induzem de forma significativa e essencial para a decisão (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA. 2016, p. 458). Finalmente, *obiter dictum* nada mais é do que meras opiniões jurídicas adicionais ou paralelas do magistrado que realizou a atividade criativa da elaboração do precedentes.

Levando em consideração o conceito exposto supra, para o jurista Arthur L. Goodhart (1931, *apud* MARINONI, 2016, p. 164-165), *obiter dictum* seria o fato hipotético que não foi deliberado pelo juiz. Em outras palavras, é quando o julgador propõe a solução de um caso conexo ou que possua relação com a questão dos autos, mas que não está sendo objeto da lide.

Por sua vez, o doutrinador brasileiro Luiz Guilherme Marinoni defende que tudo o que diz respeito à causa de pedir e pedido não formulados, são *obiter dicta* (MARINONI. 2016, p. 171).

Como exemplo, para corroborar com seu entendimento, Marinoni, em sua obra Precedentes Obrigatórios, cita o julgado REsp 954.859, do Superior Tribunal de Justiça, que trata sobre a multa que incidiria independentemente de intimação pessoal do condenado (MARINONI. 2016, p. 202). No voto do relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, é possível verificar a distinção da *ratio decidendi* e do *obiter dicta*, como observa-se no trecho da passagem do livro acerca deste julgado:

O relator, Min. Humberto Gomes de Barros, assim argumentou: “Alguns doutrinadores enxergam a exigência de intimação pessoal. Louvam-se no argumento de que não se pode presumir que a sentença publicada no Diário tenha chegado ao conhecimento da parte que deverá cumpri-la, pois quem acompanha as publicações é o advogado. O argumento não convence. Primeiro, porque não há previsão legal para tal intimação, o que já deveria bastar. Os arts. 236 e 237 do CPC são suficientemente claros neste sentido. Depois, porque o advogado não é, obviamente, um estranho a quem o constituiu. Cabe a ele comunicar seu cliente de que houve a condenação.

Em verdade, o bom patrono deve adiantar-se à intimação formal, prevenindo seu constituinte para que se prepare e fique em condições de cumprir a condenação. Se o causídico, por desleixo, omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, ele deve responder por tal prejuízo.”.

Ora, ao analisar o julgado, sabe-se que a Corte não estava deliberando acerca da responsabilidade do advogado, mas da necessidade de intimação pessoal do condenado para a incidência da multa. Assim, trata-se de um verdadeiro *obiter dictum* tal observação feita pelo relator. Dessa forma, a responsabilidade apontada ao advogado de comunicar a multa do art. 475-J, do antigo CPC, à parte, de maneira alguma poderia ser invocada como *ratio decidendi*, pelas razões já expostas.

Enfim, em que pese a doutrina apontar, ainda que de forma ampla, elementos que podem ser tidos como *obiter dicta*, a sua identificação é feita com observância às particularidades de cada caso e por exclusão, isto é, tudo aquilo que não for razão de decidir, é *obiter dictum*.

5. TÉCNICAS PARA A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

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

5.1. Incidência do *Distinguishing*

Na utilização do precedente, é indispensável delimitar a sua *ratio decidendi*, afastando-se os elementos acidentais (*obiter dictum*), não obrigatórios. Na sequência, o órgão julgador deverá confrontar o caso *sub examine* com o caso do precedente paradigma, analisando-se as suas circunstâncias fáticas, considerando-se os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão.

Constatada similitude entre os feitos, o julgador deverá interpretar a norma do precedente, aplicando-a ao caso, exceto na hipótese de superação (*overruling*).

De outro modo, caso o julgador entenda que há distinções entre a tese do precedente paradigma e o feito em julgamento, poderá deixar de aplicá-lo ou interpretá-lo de forma ampliativa ou restritiva, incidindo no caso.

Tal análise comparativa, visando distinguir o precedente do caso em julgamento, consiste no “*distinguishing*”, ou seja, a distinção entre os casos para o efeito de subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente. Nesta prática, o julgador deve se pautar com prudência e a partir de critérios, não sendo suficiente apontar fatos diferentes para não aplicar o paradigma. Assim, é curial que, de forma argumentativa, seja indicada que a distinção é material, capaz de permitir o isolamento do caso em julgamento do precedente, o que justificaria a não aplicação deste último (MARINONI, 2016, p. 232).

Ademais, o juiz poderá ampliar a extensão e os limites da decisão utilizada como paradigma, hipótese em que a distinção será ampliativa. O *distinguish* é um instituto absolutamente indispensável na aplicação dos precedentes, de sorte que esta não é automática, sendo necessário verificar em que medida o caso atual comporta o precedente anterior.

A técnica do *distinguishing* deve ser realizada por qualquer magistrado, uma vez que é considerada técnica de aplicação do direito, conforme Enunciado nº 174 do Fórum Permanente de Processo Civil.⁴

Urge ressaltar que a *ratio decidendi* de um precedente paradigma, muitas vezes demandará a utilização de outros precedentes posteriores para que seja delimitado o alcance dos seus efeitos. Lado outro, a técnica do *distinguishing* afasta do julgador a ideia de que seria mero aplicador de precedentes ou súmula, eis que na prestação da atividade jurisdicional, é levado a proceder à interpretação caso a caso.

Nota-se que, na esteira da valorização e necessária incidência dos precedentes, o Código de Processo Civil prevê a hipótese de cabimento de ação rescisória quando um julgado se baseia em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, sem considerar a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o precedente utilizado (art. 966, § 5.º).⁵ Nesses casos, é essencial que o autor

⁴ Enunciado nº 174, FPPC: “A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado. (Grupo: Precedentes).”

⁵ Art. 966, §5º, CPC – “Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.”

da rescisória demonstre a distinção entre o caso concreto e o precedente utilizado, sob pena de inépcia da inicial (art. 966, § 6.º).⁶

Portanto, percebe-se que, existindo precedente vinculante sobre a questão posta em julgamento, ao juiz, não se dá opção para escolher outro parâmetro de apreciação do direito. De outro modo, somente lhe será lícito recorrer à lei ou ao arcabouço principiológico para valorar os fatos na ausência de precedentes. Ora, pode até utilizar de tais espécies normativas para construir a fundamentação do ato decisório, sendo-lhe, porém, vedado renegar o precedente que contemple julgamento de caso idêntico ou similar. Essa obrigatoriedade, essa força normativa cogencial, encontra a sua racionalidade no fato de que, cabe ao STJ interpretar a legislação infraconstitucional e ao STF dar a última palavra sobre as controvérsias constitucionais.

A par disso, ainda que o julgador tenha outra compreensão da matéria *sub judice*, a contrariedade só terá o condão de protelar o processo por meio de sucessivos recursos e, conseqüentemente, de adiar a resolução da controvérsia. No CPC/2015, observa-se que a técnica da distinção está prevista em vários preceptivos legais, como se infere no artigo 489, §1º, incisos V e VI, no artigo 1.029, § 1º, no artigo 1.037, § 9º, e no artigo 1.043, § 4º.

5.2.A Revogação de um Precedente (*Overruling*)

Outrossim, além da técnica de distinção, também existe a técnica de superação do precedente, denominada de *overruling*, a qual consiste numa forma de revogação de precedentes, tanto no plano horizontal (órgão revoga seu próprio precedente) como também no plano vertical (tribunal superior revogando um precedente de um inferior hierárquico).

Neste sentido, de acordo com o entendimento do professor Fredie Didier, a técnica de superação dos precedentes consiste na perda da força vinculante do precedente, que é revogado por outro.⁷

Dito isto, verifica-se que o *overruling* ocorre quando os tribunais, depois da reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente que

⁶ Art. 966, §6º, CPC – “Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”.

⁷ “Overruling é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (overruled) por outro precedente”. (DIDIER. 2016, p. 507).

ordinariamente se aplicaria ao caso em julgamento, decidem cancelar a fórmula anterior e atribuir uma interpretação, total ou parcialmente, diferente da antecedente. Isto ocorre nas hipóteses em que o precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social e de consistência sistêmica, ou seja, quando determinada *ratio decidendi* se torna incompatível com os valores sociais ou com o próprio ordenamento jurídico.

Para o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, haverá a perda da congruência social quando um precedente passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. As proposições morais determinam uma conduta como certa e errada a partir do consenso geral da comunidade, as políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona (MARINONI. 2016, p. 253).

De outro lado, o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões. Quando há uma nova concepção geral em termos de teoria ou dogmática jurídica, a evidenciar que aquilo que se pensava acerca de uma questão ou instituto jurídico se alterou.

Por conseguinte, as técnicas de aplicação e superação dos precedentes são imprescindíveis, uma vez que norteiam o juiz para observar se é possível a aplicação do precedente a determinado caso, bem como se prestam a sinalizar se o precedente se encontra em decadência, necessitando assim de substituição, devido à mudança de posicionamento.

Observe-se que, as hipóteses de superação dos precedentes são restritas e, para tanto, faz-se mister maior necessidade de fundamentação da decisão, ou seja, que sejam trazidos à baila argumentos que ainda não tenham sido suscitados e uma justificação à necessidade da revogação do precedente (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA. 2015, p. 497). Logo, não basta fundamentação corriqueira, de modo que é indispensável uma exposição clara dos elementos que levaram à revogação do precedente anterior, sob pena de nulidade da decisão que decreta a superação do precedente, conforme dispõe o Enunciado n.º 322 do Fórum Permanente de Processualistas⁸.

Todavia, saliente-se que ao contrário do que ocorre com o *distinguishing*, no qual a diferenciação dos casos *sub examine* poderá ser realizada por qualquer julgador, independente de hierarquia, a superação somente poderá ser feita pelo próprio Tribunal

⁸ Enunciado n.º 322, FPPC: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

prolador do precedente ou por Tribunal hierarquicamente superior (MACÊDO. 2015, p. 388).

É oportuno, ademais, destacar que a superveniência de lei nova que altere a base jurídica do precedente, súmula ou orientação jurisprudencial não se enquadra como forma de superação de precedentes. Isto porque é decorrente de atos externos ao Tribunal, devendo a nova lei, como conseqüência lógica do nosso ordenamento jurídico, ser aplicada por qualquer juiz.

Já a utilização da técnica de superação antecipada (*anticipatory overruling*), - a qual ocorre quando, apesar do precedente não ter sofrido superação, o Tribunal criador ou o hierarquicamente superior deste sinaliza que o entendimento será superado -, não permite a aplicação do precedente por juízes de primeiras instâncias, ou tribunais inferiores. Tal técnica está prevista no § 2.º do art. 927 do CPC⁹, a qual, além de sinalizar possível mudança, tem a finalidade de conceder segurança jurídica aos jurisdicionados, ao mesmo tempo em que provoca novo debate público no tocante ao entendimento sinalizado.

Feitas tais digressões, tem-se que os juízes e tribunais inferiores somente poderão deixar de aplicar um precedente obrigatório não superado pelo tribunal criador ou hierarquicamente superior nas seguintes hipóteses: *distinguishing*; superveniência de texto legislativo, da súmula ou de orientação jurisprudencial que altere a base do precedente; e pela superação antecipada (sinalização).

6 PROBLEMÁTICAS NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

O CPC/2015, ao contemplar a teoria dos precedentes, teve como finalidade assegurar a segurança processual, celeridade processual, possibilitar a previsibilidade jurídica e dentre outras vantagens. No entanto, embora a sua teoria abranja um leque de conceituações, efeitos e técnicas, os operadores do direito, no Brasil, vêm encontrando dificuldades para a sua devida aplicação, tendo em vista ser um país cuja tradição não é a de juízes e tribunais serem vinculados às decisões pretéritas.

⁹ Art. 927 – Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 2º: “A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”.

6.1.Dificuldade em identificar o precedente

Muito embora os juízes tenham o conhecimento de como identificar a *ratio decidendi* de uma decisão na teoria, ao analisar alguns julgados do Judiciário do Rio Grande do Norte, percebe-se que a aplicação na prática, nesse momento de transição entre os códigos processuais civis, vem sofrendo algumas dificuldades, principalmente no que tange às técnicas do *distinguishing* e *overruling*.

Para tanto, colimando uma análise das demandas propostas tendentes à aplicação dos institutos em estudo, partiu-se de consulta ao SAJ - Sistema de Automação do Judiciário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) e ao seu site, buscando identificar os feitos distribuídos e as fases de julgamento em que se encontram, no período compreendido entre maio de 2016 a outubro de 2017, processados e julgados pela Seção Cível, órgão especial criado pelo Regimento Interno do TJRN (art.13-A)¹⁰, com competência para julgar, dentre outros feitos, o incidente de assunção de competência¹¹ e o incidente de resolução de demandas repetitivas¹², disciplinados pelos artigos 947 e 976, ambos do CPC/2015.

¹⁰ Art. 13-A. A Seção Cível, integrada por 11 (onze) Desembargadores, será competente para processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Regimental nº 20/2016, DJE de 20/04/2016) I - A uniformização da jurisprudência nos casos de divergências entre Câmaras Cíveis; II - O incidente de resolução de demandas repetitivas relativo à demanda de natureza cível, bem como julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde ocorreu o incidente, nos termos do art. 976 do CPC; III - Incidente de assunção de competência suscitado nos termos do art. 947, §1º, do CPC; IV - As execuções de seus acórdãos, nas causas de sua competência originária; V - Os agravos de decisões proferidas, nos feitos de sua competência, pelo Relator; VI - Os embargos de declaração opostos aos seus acórdãos; VII - as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado pela Turma Recursal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

¹¹ Conforme dispõe no art. 947, do código de processo civil, o incidente de assunção de competência consiste na possibilidade de o relator transferir o julgamento de determinado recurso, ação de competência originária ou remessa necessária, para um órgão colegiado de maior abrangência, de acordo com o que dispuser o regimento interno. A lide deve envolver questão de direito relevante, com repercussão social, que justifique a apreciação do caso pelo plenário, órgão especial ou outro órgão, conforme dispõe o regimento interno do tribunal. Julgado o incidente, o acórdão proferido pelo órgão colegiado formará um precedente vinculante e, assim, veda a possibilidade de que outro caso futuro e idêntico seja julgado de maneira distinta. Sendo inobservado tal precedente de força obrigatória, caberá a propositura de reclamação constitucional, conforme art. 988, IV, do CPC.

¹² Uma grande novidade trazida pelo CPC/2015 é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que tem o objetivo de regular uma só questão inserida em casos que se repete ou se multiplicam (MARINONI. 2016, p. 321). Para que esse procedimento seja adotado, deve-se haver uma efetiva repetição de demandas que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito, que pode provocar insegurança jurídica e ofensa à isonomia, diante da possibilidade de coexistirem decisões conflitantes. Mister salientar que, admitindo o incidente, o relator determinará a suspensão dos processos individuais e coletivos pendentes que estejam tramitando e tenham semelhança com o caso em exame. Julgado o incidente, a decisão aplica-se a todos os processos pendentes que tratem sobre idêntica questão de direito (art. 985, I, CPC/15), impedindo que os litigantes destas demandas tornem a discutir a tese resolvida. A

Nesta consulta, detectamos que no período acima citado, somente foram distribuídos quatro IRDR - Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas¹³ e nenhum IAC - Incidente de Assunção de Competência, o que aponta para uma tímida aplicação das inovações processuais precedentalista imprimidas pelo novo *codex* de ritos. Dentre os IRDR's ali processados, três foram inadmitidos, somente o IRDR n.º 2017.007342-1, no qual foi suscitada uma questão de ordem, ainda se encontra pendente de apreciação.

Procedeu-se, ainda, uma breve pesquisa na jurisprudência da Corte Potiguar, mais especificamente do seu Tribunal Pleno, a fim de averiguar a aplicação dos precedentes das Cortes Superiores em sede de repercussão geral e recursos repetitivos. Nessa oportunidade, dentre os inúmeros julgados identificados, realçou-se o enfrentamento do tema relativo à possibilidade ou não do Estado do Rio Grande do Norte conceder incentivos fiscais com repercussão no repasse da cota-parte de ICMS devidos aos Municípios.

No estudo realizado acerca da jurisprudência do Tribunal Potiguar sobre o aludido tema, infere-se que até o ano de 2015 a jurisprudência ali dominante era no sentido de que o repasse da cota-parte do ICMS devido aos Municípios deveria ocorrer de forma integral, independentemente de qualquer renúncia perpetrada pelo Estado. Ou seja, o Poder Executivo Estadual, ao conceder incentivos fiscais de ICMS, somente poderia dispor da parcela que lhe caberia referente ao referido imposto, jamais sobre os 25% (vinte e cinco por cento) pertencente aos Municípios, consoante positivado no art. 158, IV, da CF¹⁴. Em tais julgados, O Plenário da Corte Potiguar entendia aplicável à matéria as conclusões lançadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 572.762¹⁵, no qual decidiu que o repasse de parcela do tributo devida aos Municípios não pode ficar sujeito aos planos de incentivo fiscal do ente

tese jurídica será aplicada também, aos casos supervenientes que versem sobre semelhante questão e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal – inclusive nos Juizados Especiais do respectivo Estado ou região –, até que esse mesmo tribunal a revise.

¹³ (TJRN, IRDR n.º 2016.008951-7, Rel. Des. Vivaldo Pinheiro, Dj: 28/11/2016; TJRN, IRDR n.º 2016.015147-8, Rel. Des. Ibanez Monteiro, Dj: 27/03/2017; TJRN, IRDR n.º 2017.004462-6, Rel. Des. Cornélio Alves, Dj: 04/09/2017 e TJRN, IRDR n.º 2017.007342-1, Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho, Dj: 04/09/2017)

¹⁴ (TJRN. Pleno. Ação Cível Originária 2014.023081-9, Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho, Dj: 03/06/2015; TJRN. Pleno. ED na ACO 2011.011957-8/0001.00 - Rel.^a Des.^a MARIA ZENEIDE BEZERRA - Dj: 16/04/2014; TJRN. Pleno. ACO nº 2011.003329-2.Des^a. Rel. Maria Zeneide Bezerra. Dj: 26/10/2011; TJRN. Pleno. ACO nº 2011.006913-2. Des. Rel.: Caio Alencar, Dj:09.11.2011)

¹⁵ STF, RE 828133 AgR, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015

maior, no caso, o Estado, sob pena de ferir o sistema constitucional de repartição de receitas.

Ocorre que na jurisprudência recente do Pleno do Tribunal de Justiça do RN, já sobre a égide do Código de Processo Civil, o entendimento sobre tal matéria foi modificado. Isto porque a citada Corte de Justiça Estadual passou a entender que nos julgados anteriores não fora feito o devido *distinguishing* acerca da questão da possibilidade da concessão de incentivos fiscais de ICMS pelo Poder Executivo Estadual, com reflexo no repasse da cota-parte devida aos municípios, porquanto no paradigma invocado nos julgados anteriores (RE 572.762/SC – TEMA 42), havia uma situação fática distinta da matéria em comento relevante, capaz de modificar as conclusões ali lançadas.

Com efeito, nos julgados recentes, a Corte Potiguar vem ponderando que na demanda de Santa Catarina julgada sob repercussão geral (RE 572.762/SC – TEMA 42), a situação fática era distinta, eis que naquela caso havia ocorrido à arrecadação do ICMS por parte do Poder Executivo de Santa Catarina, com posterior retenção de parcela do produto da arrecadação. Isto é, ocorria a efetiva arrecadação pelo Estado, mas este não repassava ao Município a cota parte correspondente sob alegação de concessão de incentivos fiscais. Ao passo que nos feitos apreciados pela Corte Potiguar, em que o Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Norte emitia decretos com incentivos fiscais, não teria ocorrido a prévia arrecadação do ICMS, mas sim concessão de incentivos fiscais sem prévios a arrecadação.

Neste contexto, o Plenário do TJRN modificou o entendimento anterior, concluindo pela aplicação analógica da norma jurídica originada no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, do julgamento do RE 705.423/SE¹⁶ (TEMA 653), em sede de repercussão geral, no dia 17 de novembro de 2016, para os julgamentos posteriores a esta data, das ações cíveis ajuizadas pelos entes municipais, nos quais estes cobram a diferença da arrecadação de ICMS que lhes competia, não arrecadas pelo Estado do Rio Grande do Norte em razão de incentivos fiscais. Note-se que no julgado do RE 705.423/SE, restou decidido ser constitucional a concessão de benefícios e isenções fiscais relativos ao imposto de renda e imposto sobre produtos industrializados por parte da união, em relação ao fundo de participação de municípios e respectivas quotas devidas às municipalidades.

¹⁶ RE 705423 AgR-segundo, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-024 DIVULG 07-02-2017 PUBLIC 08-02-2017

A par disto, à luz deste novo precedente da Corte Suprema, o Plenário da Corte Potiguar modificou seu entendimento anterior concluindo pela possibilidade de que os incentivos fiscais concedidos pelo Estado, possam resultar em diminuição do montante de ICMS a ser repassados à Municipalidade, sem que reste configurada afronta ao princípio federativo previsto no artigo 18, da Constituição Federal, pregada pelos entes municipais nas ações cíveis originárias nas buscavam complementação de valores do ICMS que entendiam devidos.

Diante disso, relevante discussão se dá acerca na Corte de Justiça Potiguar acerca da possibilidade, ou não, do Estado do Rio Grande do Norte manejar ação rescisória para rescindir acórdãos já transitados em julgado em ações cíveis referentes a tal matéria, nas quais foi aplicado o entendimento anterior, tendo sido reconhecido o direito aos Municípios de receberem valores da cota-parte de ICMS pagos a menor pelo Estado do Rio Grande do Norte em razão dos incentivos fiscais concedidos.

Nesse caso, por se tratar de matéria de ordem constitucional, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entende-se pela inaplicabilidade da Súmula 343 do STF, ainda que a decisão, objeto da rescisória, tenha sido fundamentada em interpretação controvertida ou anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷.

Com efeito, o CPC/2015 admite o manejo de rescisória decorrente de violação à norma jurídica (art. 966, V), o que em tais casos, ter-se-ia evidenciada esse requisito, uma vez que nos julgados proferidos com fundamento na jurisprudência anterior, a não realização devida do *distinguishing*, com a aplicação indevida do RE 572.762/SC – TEMA 42, resultou na violação da norma jurídica originada no julgamento pelo Supremo do RE 705.423 (TEMA 653 – Repercussão Geral).

6.2.Dificuldade no rompimento da cultura do “ementismo”

A aplicação equivocada do direito também se dá pela tradição de interpretar e aplicar o texto ementário como se representasse o precedente em sua integralidade.

Isso se dá porque as ementas são instrumentos que, por meio de palavras com elevado grau de abstração e generalização, resumem as decisões dos tribunais. Ora, usualmente os julgadores substituem a leitura atenta aos acórdãos e aos votos pela mera

¹⁷ RE nº 500.043/GO-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 26/6/09

observância ao ementário. Por isso, segundo o jurista Edilson Nobre Júnior (2008, p. 55), a coleta descontextualizada de ementas, diante da pressa e desatenção, contribui com o equívoco na aplicação dos precedentes, haja vista à distorção em sua compreensão e no julgamento do caso concreto que a originou.

Ademais, em que pese haja, de fato, usurpação na função das ementas, não se pode concluir pela sua irrelevância jurídica. Isto porque as ementas possuem um papel essencial na normatização técnica, facilitando a locação dos julgados.

Outrossim, essa prática forense leva à cultura do ementismo, na qual tende a se compreender como precedente o que é elencado nas ementas das decisões, sendo, portanto, abstraída as particularidades do caso concreto e a verdadeira razão de decidir do precedente.

6.3. Dificuldade na ruptura à tradição da não-submissão dos juízes aos precedentes

Ao falar sobre a teoria dos precedentes, convém ressaltar que não são todas as decisões que se deve atribuir o efeito vinculante e, portanto, submeter os julgadores. Entretanto, percebe-se a existência de grande adversidades pelos juízes em identificar o que é um precedente vinculante ou meramente persuasivo.

Neste desiderato, reputa-se essencial fazer a distinção entre duas teorias, a saber: a teoria declaratória e a teoria constitutiva.

A princípio, registra-se o que a teoria declarativa, também chamada de ortodoxa, sustenta a ideia de que o direito preexiste à decisão judicial. Em outras palavras, a existência do direito legislado ou do direito costumeiro independe da decisão judicial, constituindo, esta, a própria declaração ou prova de sua existência (SOUZA. 2006, p. 42). Essa teoria favorece a fundamentação das correntes que defendem a plena submissão do magistrado ao texto legal, porquanto a atividade jurisdicional somente revela o direito que já existe, ao solucionar determinado caso concreto.

Por outro lado, a teoria constitutiva surge em contraposição à teoria declarativa, defendendo que o direito é, de fato, criado pelas decisões judiciais (*judge make law*)¹⁸, o

¹⁸ “*Judge make law*”, que significa “o juiz cria o direito”, adquiriu amparo principalmente nos sistemas em que há o reconhecimento do surgimento de normas pelos magistrados ao decidirem os casos que são submetidos às suas análises. Com efeito, nos sistemas que reconhecem o precedente enquanto fonte do direito, afirmam, consequentemente, o resultado jurisdicional como criação de direito novo, evidenciando-se a própria produção de princípios que são utilizados para a fundamentação de casos supervenientes.

que se dá em decorrência da evolução história da própria teoria dos precedentes (SOUZA. 2006, p. 43).

Acerca da possibilidade de criação do direito pelas decisões judiciais, o doutrinador Marcelo Alves Dias Souza defende que, por o sistema estar sempre em evolução, há, diariamente, a criação de direito, tanto com a elaboração e com a entrada em vigor de uma nova lei em sentido estrito, quanto com relação às decisões judiciais. Afirma, ainda, que a decisão judicial, sobretudo aquela que incide sobre tema ainda não legislado, cria-se uma nova norma, um novo direito (SOUZA. 2006, p. 49).

Ademais, prossegue-se à notar que a partir do estudo das teorias declarativa e constitutiva, as quais fundamentam a teoria dos precedentes judiciais, os precedentes podem ser classificados, sobretudo, em precedentes persuasivos e obrigatórios.

Tem-se como precedentes são persuasivos quando o magistrado, no julgamento posterior de caso similar, não está obrigado a decidir conforme foi previamente determinado, de modo que o grau de convencimento de um precedente persuasivo dependerá dos diversos fatores que permeiam a atividade jurisdicional, tais como a posição do tribunal que proferiu a decisão na hierarquia do respectivo Poder Judiciário, o prestígio do magistrado prolator do *decisum*, se foi unânime ou por maioria, dentre outros (SOUZA. 2006, p. 53). Sua observância, portanto, não é obrigatória, possuindo apenas caráter argumentativo. Assim, o juiz, ao aplicar tais precedentes em suas decisões, o faz não porque sejam obrigatórios, mas porque está convencido de que o entendimento ali plasmado está correto.

Por sua vez, os precedentes vinculantes são aqueles que, obrigatoriamente, devem ser observados pelo julgador ao proferir decisões em casos semelhantes. Nota-se ser o precedente que está mais próximo do ideal de “não mover o que está quieto” (“*stare decisis et non quieta movere*”), na medida em que deve ser seguido, independentemente do convencimento do magistrado ou do Tribunal, mesmo que tais órgãos o considerem incorreto, sob pena de incorrerem “*em erro quanto à aplicação do direito, que pode se revelar tanto como error in judicando como error in procedendo*” (MACÊDO. 2015, p. 102).

Verifica-se que estes precedentes refletem a própria força de um Tribunal, vinculando o próprio órgão em casos futuros e os órgãos inferiores, no que tange às suas decisões proferidas, determinando, de forma prévia e compulsoriamente, o resultado de um caso futuro similar, dentro das semelhanças existentes entre os fatos levados a juízo.

De acordo com o CPC/2015, tem-se como precedentes vinculantes, conforme elencado no artigo 927 e incisos, as decisões de controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos de incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e os julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Dessa forma, tal distinção se revela primordial, uma vez que a partir do entendimento da classificação dos precedentes, pode-se compreender a utilização dos mesmos dentro de determinado ordenamento jurídico. É pertinente destacar que a utilização de precedentes obrigatórios é uma das principais características da realidade jurídica vivenciada nos estados inseridos no *commom law*, principalmente pelo desenvolvimento centenário do *stare decisis*.

6.4. Aplicação dos precedentes e a modulação dos efeitos

A princípio, pontua-se que, a revogação do precedente judicial pode se dar com eficácia *ex tunc*, hipótese em que o jurisdicionado é julgado com base na regra nova, ainda que inexistente no momento do fato que originou a demanda. Pode ser, ainda, com eficácia *ex nunc*, quando a nova orientação somente terá eficácia a partir da prolação da sua decisão.

No Brasil, a regra geral é de que o entendimento das Cortes Superiores, sumulado ou não, aplica-se aos casos em andamento, ou seja, às demandas pendentes de julgamento. Assim, não importa a jurisprudência vigente à época dos fatos que originaram a formação jurídica em juízo deduzida, de modo que o entendimento novo passa a ser considerado como mais adequado, atingindo o contexto atual e o passado.

Aliás, sobre o tema, não se pode deixar de citar as diversas posições quanto à eficácia temporal dos precedentes, eis que existem teses divergentes acerca da modulação dos seus efeitos, dentre as quais destaco: a) aplicação retroativa pura: o novo entendimento abrange todos os fatos passados, inclusive os transitados em julgado, permitindo-se o manejo da ação rescisória; b) aplicação retroativa clássica: o novo precedente é aplicável aos fatos passados ainda não transitados em julgado; c) aplicação prospectiva pura: o novo precedente é aplicado apenas aos fatos posteriores, não valendo para o caso que deu origem ao precedente; d) aplicação prospectiva clássica: o novo precedente aplicado aos fatos novos, inclusive ao caso concreto que originou a superação; e) aplicação prospectiva a termo: quando o tribunal define uma data ou

condição para que produza efeito o precedente (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA. 2016, p. 517 e 518).

Neste contexto, infere-se não ser razoável se definir um único critério como prevalente, impondo-se uma análise caso a caso. Todavia, ressoa-se mais consentâneo com o princípio da segurança jurídica que as ações que já tenham sido decididas sob a égide do entendimento anterior, não venham a sofrer com a modificação do precedente, em respeito à imutabilidade da coisa julgada.

É válido ressaltar que o precedente pode rescindir ou retirar a eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA. 2015, p. 459), como ocorre quando o STF, em controle concentrado ou difuso, reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que embasou uma decisão judicial.

Em tais casos, se o reconhecimento da inconstitucionalidade se der após o trânsito em julgado em outro feito, no qual a norma inconstitucional foi utilizada como fundamento de decidir, o art. 525, §15, do CPC¹⁹, admite-se o ajuizamento de ação rescisória, cujo prazo decadencial contar-se-á a partir da decisão proferida pelo Supremo. Da mesma forma, o atual código de processo civil estabelece ser rescindível o julgado que contrarie os precedentes obrigatórios, como se extrai do art. 966, V, do CPC²⁰, porquanto, como visto, o precedente obrigatório é considerado fonte do direito e, portanto, norma jurídica.

Nesse diapasão, no campo jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça também discutiu a matéria sobre a relativização da coisa julgada na aplicação dos precedentes, no julgamento do Recurso Especial nº 1.655.722-SC, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, – debate realizado ainda sob a égide do CPC/1973, o que não nos impede de extrair a *ratio decidendi* do julgado –, para aplicá-lo à reflexão aqui proposta, mesmo porque a própria relatora, no voto, faz referências analógicas ao CPC/15. Naquela oportunidade, a Corte Superior assim se pronunciou, conforme se vê de trechos do julgado antedito: “(...) A 2ª Seção, igualmente, assentou entendimento segundo o qual, ‘nas hipóteses em que, após o julgamento, a jurisprudência, ainda que vacilante, tiver evoluído para sua pacificação, a rescisória pode ser ajuizada.’”²¹

¹⁹ Art. 525, §15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁰ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar manifestamente norma jurídica.

²¹ STJ. REsp 1.655.722-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 14/3/2017, DJe 22/3/2017.

Denota-se do julgado supracitado, que o STJ, ao analisar o cabimento da ação rescisória no caso concreto ali examinado, admitiu expressamente o manejo da ação nas hipóteses em que a decisão transitada em julgado se afasta de tese firmada em acórdão com força vinculante, produzida pelo STF ou pelo STJ, nos termos do artigo 927 do CPC, relativizando a aplicação da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal²². Com isso, conclui-se que decisões monocráticas ou de turmas, ainda que representem a “jurisprudência dominante” do tribunal, são imprestáveis para a configuração da violação à norma jurídica.

Mister ressaltar que, se o precedente vinculante se formou posteriormente ao trânsito em julgado, não há que se falar em ação rescisória, ressalvadas as hipóteses de inconstitucionalidade superveniente, previstas nos artigos 525, §12º²³ e 535, §8º²⁴ do CPC.

Tal ilação valoriza o sistema de precedentes previsto pelo CPC/2015, prestigiando a um só tempo, segurança jurídica, isonomia, integridade e coerência ao ordenamento jurídico brasileiro.

Note-se, por oportuno, que em relação às decisões transitadas em julgados fundamentadas em lei posteriormente declaradas inconstitucionais pela Corte Suprema, o art. 535, § 8.º do CPC/2015²⁵ é explícito em afirmar que o prazo da rescisória começa a contar da data da decisão da Corte Constitucional que declara a inconstitucionalidade da lei que deu ensejo à decisão judicial impugnada. Em tais casos, há um termo inicial distinto

²² Súmula 343, STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

²³ Art. 525, §12º, CPC – “Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”

²⁴ Art. 535, §8º, CPC – “Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.”

²⁵ Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

(...)

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

para o manejo da rescisória, de modo que, por exemplo, uma sentença transitada em julgado há mais de uma década poderá estar sujeita à rescisória.

Tal possibilidade, sem pretender aprofundar o tema referente à constitucionalidade do preceptivo citado, fere de morte a segurança jurídica, na medida em que qualquer título judicial estaria sob perigo, no caso de mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

7. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o presente trabalho buscou tratar, de maneira minuciosa, mas sem a pretensão de esgotar todo o tema, um panorama da atual aplicação do sistema dos precedentes judiciais no Poder Judiciário brasileiro, que adveio com a adoção do Código de Processo Civil de 2015.

Constatou-se que não há motivos para não se admitir que as técnicas desenvolvidas em tradições jurídicas estrangeiras sejam aplicadas na prática judiciária brasileira, contanto que se proceda de forma adequada à nossa realidade jurídica. Adequação esta que deve respeitar a abundante quantidade de processos no Poder Judiciário brasileiro e pela forma de criação dos precedentes, os quais são formados pelos Tribunais de segundo grau e Tribunais Superiores, nos casos explanados na presente pesquisa.

Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, com seu advento, um tratamento peculiar do direito jurisprudencial, na tentativa de fomentar um aperfeiçoamento do sistema de precedentes, de maneira a torná-lo fidedigno à formação dos julgados que deliberaram acerca de todas as premissas relevantes para o desfecho do caso em julgamento.

Dentre as mudanças trazidas pela teoria dos precedentes, percebeu-se que o tradicional “dispositivo” da decisão deu lugar à chamada *ratio decidendi*, isto é, os fundamentos determinantes, que tratam da razão do conteúdo do precedente vincular ou não o julgamento dos casos sucessivos.

Além disso, verificou-se que o precedente jamais será apresentado de maneira íntegra e única, diante da necessidade de se distinguir, ampliar, reduzir ou revogar os precedentes para que sejam dinamicamente aprimorado pelo Judiciário, sob a ótica das novas circunstâncias fáticas e de direito. Nesse desiderato, revela-se imprescindível a

formação e a expansão das técnicas de distinção e de superação no momento de aplicar os precedentes ao caso concreto.

Outrossim, notou-se que além do conhecimento de como se identificar e distinguir os precedentes dos casos concretos para que haja a devida aplicação da teoria precedentalista, demonstrou-se ser indispensável haver uma ruptura em diversas culturas do Poder Judiciário brasileiro. A exemplo destas culturas, tem-se a do ementismo, que acostumou os operadores de direito a deduzirem os precedentes através das ementas, ao invés de se fazerem uma análise do voto na íntegra e identificarem, no corpo da decisão, as razões de decidir do caso paradigma. Há, também, a cultura da não-submissão dos julgadores às decisões pretéritas, que torna dificultosa a compreensão pelos magistrados de qual precedente é obrigatório a observância e qual poderá servir tão-somente de orientação.

Por fim, embora ainda haja equívocos na operação dos precedentes no Poder Judiciário do Brasil, trata-se de um sistema recém-adotado pelo direito processual brasileiro, que demandará tempo e experiência para a sua devida compreensão, amadurecimento e aplicação. Para tanto, propõe-se uma ruptura nas tradições supracitadas do Judiciário, a fim de se garantir o direito precedentalista como fonte normativa e um ordenamento jurídico coerente e uniforme.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Precedentes e a Tetralogia de Streck. 2016. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/342-artigos-out-2016/7776-precedentes-e-a-tetralogia-de-streck>>. Acesso em 09 de nov 2017.

BRASIL. CPC (2015). **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 15 de ago 2017.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário em Agravo Regimental 500.043/GO. Relatora Ministra Carmén Lucia.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário em Agravo Regimental 705423. Relator Ministro Edison Fachin.

BRASIL. STJ. Recurso Especial 1.655.722-SC. Relatora Ministra Nancy Andrigh.

CAPPELLETI *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatório. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 10.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. vol. 2. 11ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

GAMBARO *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatório. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GOODHART *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatório. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: JusPODIVM, 2015.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Súmula vinculante**: o desafio de sua implementação. São Paulo: MP, 2008.

NOGUEIRA, Claudia Albagli. **O novo código de processo civil e o sistema de precedentes judiciais**: Pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. 2016. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/noticias/o-novo-codigo-de-processo-civil-e-o-sistema-de-precedentes-judiciais-pensando-um-paradigma-discursivo-da-decisao-judicial-2/>> Acesso em 10 set. 2017.

PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: JusPODIVM. 2016.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto:** o sistema (sic) de precedentes no CPC?. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>> Acesso em 09 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. **CPC:** conclamamos a que olhemos o novo com os olhos do novo!. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/senso-incomum-cpc-conclamamos-olhemos-olhos>>. Acesso em: 09 nov. 2017.