

A FORÇA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Elpídio Donizetti*

RESUMO

Embora o Brasil possua um sistema jurídico essencialmente baseado na *Civil Law*, é possível constatar que os precedentes judiciais estão sendo aos poucos adotados pela legislação processual civil com a finalidade de imprimir maior segurança jurídica aos jurisdicionados e maior celeridade ao trâmite processual. O sistema do *Common law* também vem sofrendo modificações, estreitando suas relações com o *stare decisis* e aproximando-se cada vez mais do ordenamento brasileiro. No projeto do Novo Código de Processo Civil é possível perceber a intenção do legislador em aproveitar os fundamentos do *Common law* e do *stare decisis* com o objetivo de privilegiar a busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência e garantir a efetividade do processo, notadamente das garantias constitucionais.

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

SUMÁRIO

* Sócio-fundador do Escritório Elpídio Donizetti Advogados, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, professor e palestrante. Integrante da comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal para elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

1. INTRODUÇÃO	3
2. CIVIL LAW E A QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA	6
3. A CONVIVÊNCIA COM O STARE DECISIS	7
4. DISTINÇÃO: MÉTODOS E RESULTADOS DA APLICAÇÃO DO DISTINGUISHING	9
5. INCORPORAÇÃO DO “OVERRULING” E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES	11
6. A EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO	15
7. A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES NO PROJETO DO NCPC	17
7.1 Fundamentação dos atos judiciais	17
7.2 Precedente judicial e uniformização da jurisprudência	18
7.2.1 <i>Modificação do entendimento</i>	21
7.2.2 <i>Efeitos e modulação</i>	21
7.2.3 <i>Eficácia vinculante</i>	22
7.3 Precedentes e a Reclamação Constitucional	23
7.4 Precedentes e o incidente de resolução de demandas repetitivas	25
7.5 Precedentes e assunção de competência	26
8. CONCLUSÃO	28
REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro sempre foi filiado à Escola da *Civil law*, assim como os países de origem romano-germânica. Essa Escola considera que a lei é a fonte primária do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, o instrumento apto a solucionar as controvérsias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

As jurisdições dos países que adotam o sistema da *Civil law* são estruturadas preponderantemente com a finalidade de aplicar o direito escrito, positivado. Em outras palavras, os adeptos da *Civil law* consideram que o juiz é o intérprete e aplicador da lei, não lhe reconhecendo os poderes de criador do Direito. Exatamente em razão das balizas legais, a faculdade criadora dos juízes que laboram no sistema da *Civil law* é bem mais restrita do que ocorre no sistema da *Common law*.

No Brasil, o art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, comprova a existência do sistema legal adotado ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Do referido dispositivo advém o princípio da legalidade, que além de proteger o indivíduo em face do Estado, legitimando somente as imposições que respeitem as leis previamente estabelecidas no ordenamento, também serve como de instrumento norteador da atividade jurisdicional.

Agora, em razão da adoção do sistema do *stare decisis*, há que se repensar a compreensão do termo “lei”, empregado na Constituição de 1988. Se até recentemente “lei” significava apenas as espécies legislativas, agora, em razão da força obrigatória dos precedentes, há que se contemplar também o precedente judicial, mormente aquele que, em razão do *status* da Corte que o firmou, tem cogência prevista no próprio ordenamento jurídico.

Em que pese a lei ainda ser considerada como fonte primária do Direito¹, não é possível conceber um Estado exclusivamente legalista. Seja porque a sociedade passa por constantes modificações (culturais, sociais, políticas, econômicas, etc) que não são acompanhadas pelo legislador, seja porque este nunca será capaz de prever solução para todas as situações concretas e futuras submetidas à apreciação judicial, não se pode admitir um ordenamento dissociado de qualquer interpretação jurisdicional. Igualmente não se pode negar a segurança jurídica proporcionada pelo ordenamento previamente estabelecido (positivismo jurídico). Essas as razões por que os dois sistemas se aproximam. Os países de cultura anglo saxônica cada vez mais legislam por intermédio da lei e, em contrapartida, os países de tradição germano-românica estabelecem a força obrigatória dos precedentes judiciais.

Essa aproximação, para não dizer simbiose dos dois sistemas, principalmente no que se refere à *Civil law* em relação à adoção do *stare decisis*, é notada pela doutrina em sua maioria. Como exemplo, permito-me citar o Professor Luiz Guilherme Marinoni.

Não há dúvida que o papel do atual juiz do civil law e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do common law, especialmente a da realizada pelo juiz americano (2012, p. 4).

O sistema do *Common law*, também conhecido como sistema anglo-saxão, distingue-se do *Civil law* especialmente em razão das fontes do Direito. Como dito, no *Civil law* o ordenamento consubstancia-se principalmente em leis, abrangendo os atos normativos em geral, como decretos, resoluções, medidas provisórias etc. No sistema anglo-saxão os juízes e tribunais se espelham principalmente nos costumes e, com base no direito consuetudinário, julgam o caso concreto, cuja decisão, por sua vez, poderá constituir-se em precedente para julgamento de casos futuros. Esse

1 O sistema jurídico brasileiro nem de longe é legalista, uma vez que a escolha da lei como parâmetro de apreciação do Direito pressupõe um joeiramento com o arcabouço principiológico previsto na Constituição Federal. Assim, estando a lei em desconformidade com o princípio, o juiz está autorizado a afastar a legislação. Por outro lado, em havendo precedente com força obrigatória – como, por exemplo, o oriundos de julgamento de recurso repetitivo –, o juiz deve abstrair-se da lei na qual eventualmente tenha o precedente se embasado, aplicando-se tão somente o julgamento do tribunal.

respeito ao passado é inerente à teoria declaratória do Direito e é dela que se extrai a ideia de *precedente judicial*².

No sistema do *Civil law*, apesar de haver preponderância das leis, há espaço para os precedentes judiciais. A diferença é que no *Civil law*, de regra, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas necessariamente não obriga o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão anteriormente proferida e que tenha como pano de fundo situação jurídica semelhante. Contudo, cada vez mais, o sistema jurídico brasileiro assimila a teoria do *stare decisis*. Não são poucos os casos previstos no CPC/73 que compelem os juízos inferiores a aplicar os julgamentos dos tribunais, principalmente do STF e do STJ. À guisa de exemplo, citem-se as súmulas vinculantes, o julgamento em controle abstrato de constitucionalidade e o julgamento de recursos repetitivos. No Código de Processo que está por vir³ essa vinculação é ainda mais expressiva.

A igualdade, a coerência, a isonomia, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais constituem as principais justificativas para a adoção do sistema do *stare decisis* ou em bom Português, o sistema da força obrigatória dos precedentes. Se por um lado não se pode negar a quebra dos princípios acima arrolados pelo fato de que situações juridicamente idênticas sejam julgadas de maneira distintas por órgãos de um mesmo tribunal, também não se pode fechar os olhos à constatação de que também a pura e simples adoção do precedente e principalmente a abrupta mudança da orientação jurisprudencial é capaz de causar grave insegurança jurídica. Exemplifico. Celebrado o negócio jurídico sob a vigência de determinada lei, não poderá a lei posterior retroagir para alcançar o ato jurídico perfeito e acabado, exatamente porque celebrado em conformidade com o ordenamento em vigor. Esse é o sentido que até então se tem emprestado à disposição do inciso XXXVI do art. 5º da CF/88. Em decorrência da força obrigatória dos precedentes, as pessoas devem consultar a jurisprudência antes da prática de qualquer ato jurídico, uma vez que a conformidade com as normas – na qual se

2 “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 385).

3 Trata-se do projeto de lei nº. 8046, que versa sobre o Novo Código de Processo Civil, e que se encontra em tramitação no Senado Federal.

incluem os precedentes judiciais – constitui pressuposto para que o ato jurídico seja reputado perfeito. As cortes de justiça, a seu turno, ao julgar, por exemplo, a validade de um ato jurídico, terá que verificar a jurisprudência imperante à época. Afinal, *tempus regit actum*.

Não se pode comparar a buscar pela tutela jurisdicional com um jogo de loteria, mas também é preciso compatibilizar a força dos precedentes judiciais e a necessidade de individualização do Direito. Se existir fundamento suficiente para afastar um entendimento já consolidado, deve o magistrado exercer plenamente o seu livre convencimento, sem qualquer vinculação a julgamentos anteriores. Caso contrário, será necessário que se busque, preferencialmente junto aos tribunais superiores, a interpretação uniformizada sobre o tema. Aliás, pode haver precedente com força cogente, de modo que o juiz dele não poderá se afastar.

2 CIVIL LAW E A QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Os adeptos do sistema *Civil law* difundiram a ideia de que a segurança jurídica estaria necessariamente atrelada à observância pura e simples da lei. A subordinação e a vinculação do juiz à lei constituiriam, portanto, metas necessárias à concretização desse ideal.

Ocorre que a lei, por ser interpretada de vários modos, inclusive a partir de percepções morais do próprio julgador, não se mostra suficiente a assegurar aos jurisdicionados a mínima segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático de Direito.

O que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes, é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas.

É importante esclarecer que o que forma o precedente é apenas a razão de decidir do julgado, a sua *ratio decidendi*. Em outras palavras, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos

posteriores. As circunstâncias de fato que deram embasamento à controvérsia e que fazem parte do julgado não têm o condão de tornar obrigatória ou persuasiva a norma criada para o caso concreto⁴. Além disso, os argumentos acessórios elaborados para o deslinde da causa (*obiter dictum*) não podem ser utilizados com força vinculativa por não terem sido determinantes para a decisão⁵, tão pouco as razões do voto vencido e os fundamentos que não foram adotados ou referendados pela maioria do órgão colegiado.

Embora constitua praxe na prática jurídica brasileira, a utilização de voto vencido para fundamentação de um pedido ou mesmo de trechos de ementas sem qualquer vinculação à tese jurídica que solucionou a controvérsia originária não pode servir de subsídio ao magistrado no julgamento de caso supostamente semelhante. Não é incomum nos deparamos com petições invocando decisões consolidadas como fundamentação para casos que não possuem qualquer semelhança com o precedente invocado. Do mesmo modo, não é incomum nos deparamos com juízes que, premidos pela pregação da eficiência e celeridade, lançam em suas decisões trechos de acórdãos de tribunais superiores sem justificar o porquê da aplicação da mesma tese jurídica.

Assim, antes de adotarmos um sistema de precedentes, é necessário que se promova a familiarização e compreensão do tema entre os operadores do direito e que se dê condições ao magistrado para que este exerça o seu livre convencimento sem a costumeira preocupação com metas; mas sim com o critério de justiça adotado e com a necessária qualidade de seus julgados.

3 A CONVIVÊNCIA COM O STARE DECISIS

Alguns precedentes têm verdadeira eficácia normativa, devendo, pois, ser observados obrigatoriamente pelos magistrados ao proferirem suas decisões.

4 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 14.

5 DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 388.

O *stare decisis*⁶, entendido como precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão judicial e que, em razão do *status* do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior.

A existência desse precedente obrigatório pressupõe, a um só tempo, atividade constitutiva (de quem cria a norma) e atividade declaratória, destinada aos julgadores que tem o dever de seguir o precedente.

No Brasil, podemos dizer que vige o *stare decisis*, pois além de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal terem o poder de criar a norma (teoria constitutiva, criadora do Direito), os juízos inferiores também têm o dever de aplicar o precedente criado por essas Cortes (teoria declaratória).

A atividade do STJ e o STF⁷ de forma alguma está vinculada ao direito consuetudinário (*Common law*). Não há obrigatoriedade de respeito ao direito dos antepassados, como ocorre principalmente no sistema inglês. É nesse ponto que podemos diferenciar o nosso ordenamento do sistema anglo-saxão.

No Brasil, embora de forma mitigada, aplica-se o *stare decisis*, porém, totalmente desvinculado da ideia de que o juiz deve apenas declarar o direito oriundo de precedente firmado em momento anterior, obviamente, com os acréscimos decorrentes de circunstâncias fáticas diversas. Nos países de tradição anglo-saxônica podemos dizer que o juiz, nas suas decisões, deve respeitar o passado (natureza declaratória da atividade jurisdicional). O fato é que pode haver respeito ao passado (*Common law*) sem *stare decisis* (força obrigatória dos precedentes) e vice-versa. Na Inglaterra, por exemplo, o respeito ao *Common law* é

⁶ *Stare decisis et non quieta movere* – termo completo – significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004).

⁷ Menciono apenas esses tribunais, pois são eles que hoje possuem legitimidade para criar normas de aplicação obrigatória em todo o território nacional (Exemplos: súmulas vinculantes e decisões firmadas em julgamentos de recursos repetitivos).

mais visível, aos passo que nos EUA o *stare decisis* é mais evidente, sem tanto comprometimento com o direito dos antepassados.

O *stare decisis* constitui uma teoria relativamente nova. O *Common law*, ao contrário, é um sistema jurídico de longa data. Os juízes que operam nesse sistema sempre tiveram que respeitar o direito costumeiro, mas apenas de uns tempos para cá é que passaram a obedecer aos precedentes judiciais. Isso não significa, obviamente, que os juízes não possam superar tais precedentes.

Atualmente, com a evolução do sistema do *Common law* e principalmente em razão da conveniência de uniformização das decisões judiciais – decisões iguais para casos idênticos –, adotou-se a força normativa dos precedentes. Também com a *Civil law* esse fenômeno pode ser observado. Vale ressaltar, entretanto, que a utilização dos precedentes judiciais – pelo menos no “*Civil law* brasileiro” – não tem o condão de revogar as leis já existentes. A rigor, a atividade dos juízes e tribunais é interpretativa e não legislativa. Assim, por mais que haja omissão ou que a lei preexistente não atenda às peculiaridades do caso concreto, o Judiciário não poderá se substituir ao Legislativo. Na prática, contudo não é o que se verifica. Em nome de determinados princípios, aplicados sem qualquer explicação sobre a sua incidência ao caso concreto, o julgador se afasta completamente da lei, criando com suas decisões verdadeiras normas jurídicas.

4 DISTINÇÃO: MÉTODOS E RESULTADOS DA APLICAÇÃO DO DISTINGUISHING

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

Essa comparação, na teoria dos precedentes, recebe o nome de *distinguishing* – como é sempre recomendável o uso da língua pátria: distinção –, 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”.

Se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o magistrado poderá se ater a hipótese *sub judice* sem se vincular ao julgamento anterior. No sistema anglo saxônico o juiz embasará suas decisões no direito consuetudinário. No Brasil, o juiz, prioritariamente deve aplicar o precedente com força obrigatória. Não havendo precedente ou sendo o caso de afastar o precedente invocado, em razão da distinção levada a efeito, deve-se aplicar a lei – não sem antes fazer o confronto com os princípios constitucionais. E, na hipótese de obscuridade ou lacuna da lei, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (CPC, art. 126).

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

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

O mais importante nessa *distinção* é que haja motivação (art. 93, IX, CF). Essa motivação quer dizer que as decisões judiciais não devem apenas se reportar a artigos de lei, a conceitos abstratos, a súmulas ou ementas de julgamento. Elas devem expor os elementos fáticos e jurídicos em que o magistrado se apoiou para decidir. Na fundamentação das decisões judiciais o juiz deve identificar exatamente as questões que reputou como essenciais ao deslinde da causa, notadamente a tese jurídica escolhida. Isso porque “a fundamentação será a norma geral, um modelo de conduta para a sociedade, principalmente para os indivíduos que nunca

participaram daquele processo, e para os demais órgãos do Judiciário, haja vista ser legitimante da conduta presente” (LOURENÇO, p. 3).

5 INCORPORAÇÃO DO “OVERRULING” E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES

A atividade interpretativa do julgador não encontra fundamento apenas na lei. Princípios e entendimentos jurisprudenciais são exemplos do que normalmente o magistrado leva em consideração no momento de proferir uma decisão.

Ocorre que a atividade interpretativa tende a se modificar ao longo dos anos. A constante evolução da sociedade e a necessidade de sistematização dos princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento, são formas que possibilitam a mudança no sentido interpretativo nas normas.

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

Por tais razões é que a doutrina – amparada nas teorias norte-americanas – propõe a adoção de técnicas de superação dos precedentes judiciais. Neste espaço trataremos do *overruling*⁸, técnica que se difere do *distinguishing*, na medida em que este se caracteriza pelo confronto do caso à *ratio decidendi* do paradigma, visando aplicar ou afastar o precedente, enquanto aquele corresponde à revogação do entendimento paradigmático consubstanciado no precedente.

Por meio dessa técnica (*overruling*) o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação. O paradigma

⁸ Significa anulação, revogação.

escolhido se aplicaria ao caso sob julgamento, contudo, em face desses fatores, não há conveniência na preservação do precedente.

Além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam. Ressalve que somente o órgão legitimado pode proceder à revogação do precedente. Exemplo: um precedente da Suprema Corte dos EUA somente por ela poderá ser revogado. O mesmo se passa com os precedentes do STF ou do STJ.

Quando um precedente já está consolidado, no sentido de os tribunais terem decidido de forma reiterada em determinado sentido, a sua superação não deveria ter eficácia retroativa, eis que todos os jurisdicionados que foram beneficiados pelo precedente superado agiram de boa-fé, confiando na orientação jurisprudencial pacificada. Essa, lamentavelmente, não é a regra que rege o nosso sistema. Na aplicação do princípio *tempus regit actum* leva-se em conta tão somente a lei – num sentido estrito – vigente à época do ato jurídico, e não a jurisprudência. Em face da adoção do *stare decisis* há que se repensar essa prática; há que se fazer – repita-se – uma releitura do dispositivo constitucional garantidor da segurança jurídica, sob pena de grave insegurança.

Assim, pelo menos no Brasil, se há revogação de um precedente e a construção de uma nova tese jurídica, esta passará a reger as relações constituídas anteriormente à decisão revogadora – é o que se denomina retroatividade plena –, sem levar em conta a jurisprudência “vigorante” à época do aperfeiçoamento do ato jurídico. Respeitam-se tão somente as relações acobertadas pela coisa julgada e às vezes o direito adquirido, olvidando-se que tais garantias gozam de idêntico *status* constitucional. As normas – num sentido amplo – do tempo da constituição é que devem reger o ato, e não somente a lei.

E por falar em coisa julgada, podemos afirmar que, atualmente, o entendimento que prevalece 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 o “pano de fundo” se refira a matéria constitucional⁹.

Apesar de estarmos tratando de entes distintos (precedente e jurisprudência)¹⁰, a ideia que se pretende extrair do julgado da Suprema Corte é a seguinte: a coisa julgada não pode ser relativizada para atingir situações já consolidadas sob o fundamento de violação à literal disposição de lei (art. 485, V, CPC). Assim, um precedente revogado não deverá retroagir para atingir situações jurídicas definitivamente decididas, sobre a qual já se formou a *res judicata*.

Em síntese, para os processos em andamento, bem como para os que serão instaurados, vale a regra da retroatividade – desimportante é o momento da constituição da relação jurídica deduzida no processo. Para os que já estejam resguardados pela imutabilidade da coisa julgada vale a regra da irretroatividade.

Superada essa análise inicial acerca da sistemática vigente no ordenamento brasileiro, não podemos deixar de considerar que a impossibilidade de se conferir efeitos prospectivos (não retroativos) é capaz de, em alguns casos, gerar mais insegurança do que segurança jurídica. Quem hoje aciona o Judiciário achando que tem um determinado direito porque seu vizinho, em situação semelhante, conseguiu uma sentença favorável há poucos meses, pode, daqui a um ano, por exemplo, ter esse mesmo direito negado pelo Poder Judiciário.

Para evitar essas situações é que considero que a superação do precedente pode admitir, excepcionalmente, a adoção de efeitos prospectivos, não abrangendo as relações jurídicas entabuladas antes da prolação da decisão revogadora¹¹. Tal proposição evitaria situações nas quais o autor, vencedor nas instâncias inferiores

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

10 Precedente é a norma obtida no julgamento de um caso concreto que se define como a regra universal passível de ser observada em outras situações. O termo jurisprudência é utilizado para definir as decisões reiteradas dos tribunais, que podem se fundamentar, ou não, em precedentes judiciais. A jurisprudência é formada em razão da aplicação reiterada de um precedente.

11 Esse entendimento só seria aplicável às situações não acobertadas pela coisa julgada.

justamente em virtude destas estarem seguindo o entendimento das cortes superiores, fosse surpreendido com a mudança brusca desse mesmo entendimento. Com uma certa obsessão, reafirmo que o importante mesmo é o tempo da relação jurídica de direito material deduzida no processo, e não o tempo processual. Se o precedente judicial passa a figurar como uma das espécies normativas, a par da lei e dos princípios, o ato jurídico, constituído em consonância com essa normatividade, deve estar imune a qualquer alteração jurisprudencial sobre a matéria.

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

Podemos dizer, então, que no âmbito do nosso sistema jurídico, afora outros objetivos, os precedentes judiciais visam “alcançar a exegese que dê certeza aos jurisdicionados em temas polêmicos, uma vez que ninguém ficará seguro de seu direito ante jurisprudência incerta”.¹²

Oportuno observar que a previsibilidade do resultado de certas demandas não acarretará a “fossilização” do Poder Judiciário, pois os processos que digam respeito a questões de fato continuarão a ser decididos conforme as provas apresentadas no caso concreto. Além disso, os tribunais poderão modificar precedentes já sedimentados, desde que o façam em decisão fundamentada.

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

No Brasil a eficácia prospectiva (*prospective overruling*) pode ser verificada no controle de constitucionalidade. É que o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 possibilita que a Corte, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos daquela declaração ou decida que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Trata-se de medida excepcional e que deve ser utilizada levando em consideração o fim almejado pela nova norma, o tipo de aplicação que se mostra mais correta e o grau de confiança que os jurisdicionados depositaram no precedente que irá ser superado. De qualquer forma, não se pode negar que, em nome da segurança jurídica, a decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade poderá resguardar até mesmo o ato formado segundo um regramento reputado inconstitucional. O que dizer então de um ato constituído segundo precedentes legitimamente firmados?

6 A EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Há alguns anos o Brasil vem anunciando um novo Direito Processual, que coloca em destaque a atuação paradigmática dos órgãos jurisdicionais, notadamente dos tribunais superiores. Nas palavras de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2012, p. 363), essa nova perspectiva “se volta a solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas de massa, as causas repetitivas, ou melhor, as causas cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos das partes”.

Em análise superficial pode-se pensar que os precedentes judiciais no Brasil surgiram apenas após a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que introduziu em nosso ordenamento os enunciados de súmula vinculante, editadas exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, é possível considerar que há mais de vinte anos o Direito Brasileiro vem adotando o sistema da obrigatoriedade dos precedentes, dependendo da hierarquia do órgão decisor. Basta lembrar que a Lei nº. 8.038, de 28 de maio de 1990, permitiu ao relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidir monocraticamente o pedido ou o recurso que tiver perdido o objeto, bem como negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou

ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal (art. 38).

Além da legislação apontada, a Emenda Constitucional nº. 03/1993, que 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, pode ser considerada marco normativo da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil.

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

O marco mais reconhecido para o estudo dos precedentes judiciais é, no entanto, a Emenda Constitucional nº. 45/2004, que além de ter promovido a denominada reforma no Poder Judiciário e inserido em nosso ordenamento as chamadas súmulas vinculantes, introduziu a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário (art. 102, §3º, da Constituição). A repercussão geral, matéria também tratada no Código de Processo Civil, sempre existirá quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, §3º, CPC). Por aí se nota a força dos precedentes formados no âmbito do STF.

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

7 A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES NO PROJETO DO NCPC

Em estudo aprofundado sobre os precedentes judiciais no Brasil, Tiago Asfor Rocha Lima explica que o nosso sistema de precedentes ainda está incompleto e depende de “algumas imprescindíveis correções para que dele se possa extrair a finalidade esperada” (2013, p. 480).

De fato, não é incomum encontrarmos resistência na doutrina e nos tribunais acerca da aplicação dos precedentes judiciais. No entanto, em razão da lenta velocidade pela qual se processam as alterações legislativas no Brasil, a tendência é que a jurisprudência ganhe musculatura, a fim de que possa solucionar as situações que não podem ser resolvidas por meio da aplicação literal da lei.

Com vistas ao aperfeiçoamento do *stare decisis* brasileiro, o projeto do Novo Código de Processo Civil (NCPC) – como se convencionou denominar o Projeto de Lei nº. 8.046/2010 – contemplou importantes mecanismos referentes ao sistema de precedentes judiciais e, conseqüentemente, de uniformização e estabilização da jurisprudência pátria. Vejamos brevemente cada um deles.

7.1 Fundamentação dos atos judiciais

Ao estabelecer os elementos, requisitos e efeitos da sentença, o novo CPC detém minuciosamente no conceito de fundamentação dos atos judiciais, dispondo que:

Art. 499 (...)

§ 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 julgador invoque o precedente ou a súmula em seu julgado. É necessário que ele identifique os fundamentos determinantes que o levaram a seguir o precedente. Ou seja, cabe ao magistrado, ao fundamentar sua decisão, explicitar os motivos pelos quais está aplicando a

orientação consolidada ao caso concreto. Podemos dizer que é aqui que se encontram os parâmetros para a prática do *distinguishing*.

Da mesma forma, consoante redação do inciso VI, se o juiz deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deverá demonstrar que há distinção entre o precedente e a situação concretamente apresentada ou que o paradigma invocado já foi superado.

7.2 Precedente judicial e uniformização da jurisprudência

No título relativo à sentença há um capítulo reservado ao precedente judicial (arts. 520 a 522). Nesses dispositivos o legislador busca a adequação dos entendimentos jurisprudenciais em todos os níveis jurisdicionais, evitando a dispersão da jurisprudência e, conseqüentemente, a intranquilidade social e o descrédito nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

No §2º do art. 520¹³ o legislador traz novamente a aplicação do *distinguishing* ao proibir a edição de súmulas que não se atenham aos detalhes fáticos do precedente que motivou a sua criação. Busca-se prevenir, desta forma, a consolidação inadequada de súmulas e, por conseguinte, a errônea aplicação dos precedentes aos casos sob julgamento.

No artigo art. 521 o legislador estabelece a hierarquia dos precedentes:

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e dos tribunais aos quais estiverem

¹³ NCPC, Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável. (...) §2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

vinculados, nesta ordem;

IV – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional;

b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional;

V – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem;

VI – os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça seguirão, em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.

Como se vê, o NCPC traz uma espécie de roteiro de como os juízes e tribunais deverão aplicar os precedentes. A fim de que não paire dúvidas, é bom que se repita a expressão contida no caput do dispositivo: “as disposições seguintes devem ser observadas”. Não se trata de faculdade, e sim de imperatividade. De início pode-se pensar que o NCPC está afastando a independência do juízo e o princípio da persuasão racional, que habilita o magistrado a valer-se do seu convencimento para julgar a causa. Entretanto, ontologicamente, não há diferença entre a aplicação da lei ou do precedente, a não ser pelo fato de que, de regra, este contem mais elementos de concretude do que aquela. Tal como no sistema positivado, também no *stare decisis* o livre convencimento do juiz incide sobre a definição da norma a ser aplicada – aqui por meio do confronto da *ratio decidendi* extraída do paradigma com os fundamentos do caso sob julgamento –, sobre a valoração das provas e finalmente sobre a valoração dos fatos pelo paradigma escolhido, levando-se em conta as circunstâncias peculiares da hipótese sobre julgamento.

Havendo precedente sobre a questão posta em julgamento, nos termos do art. 521 do NCPC, ao juiz não se dá opção para escolher outro parâmetro de apreciação do Direito. Somente lhe será lícito recorrer à lei ou ao arcabouço principiológico para valorar os fatos na ausência de precedentes. Pode até utilizar de tais espécies normativas para construir a fundamentação do ato decisório, mas jamais poderá renegar o precedente que contemple julgamento de caso idêntico ou similar. Essa obrigatoriedade, essa forçanormativa 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. Assim, por

mais 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.

A vinculação, entretanto, se restringe à adoção da regra contida na *ratio decidendi* do precedente. Tal como se passa no sistema de leis, não se cogita da supressão da livre apreciação da prova, da decisão da lide atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, enfim, do exercício do livre convencimento fundamentado. Não custa repetir que ao juiz permite-se não seguir o precedente ou a jurisprudência, hipótese em que deverá demonstrar, de forma fundamentada, que se trata de situação particularizada que não se enquadra nos fundamentos do precedente¹⁴.

Caso o projeto do novo Código de Processo Civil seja aprovado, há ainda que se fazer uma importante observação no tocante à atuação dos advogados. É de suma importância que os operadores do dinheiro conheçam os precedentes e a jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores. É que os fundamentos jurídicos serão buscados prioritariamente nas decisões judiciais. Como primeiro juiz da causa, caberá ao advogado indicar ao julgador o precedente a ser aplicado, demonstrando, obviamente, a semelhança entre o caso submetido a julgamento ou, se for o caso, a distinção entre o paradigma apontado e o caso concreto.

Essa postura evitará o ajuizamento de ações e recursos desnecessários, e tornará mais segura a consulta acerca das possíveis conseqüências de uma demanda.

7.2.1 Modificação do entendimento

14 NCPC, Art. 521 (...). “§ 9º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa”.

O § 1º do art. 521 do NCPC traz os meios para se modificar o entendimento sedimentado. O inciso I contempla a hipótese de alteração de súmula vinculante, que já conta com previsão na Lei 11.417/06. O inciso II corresponde à alteração de súmula da jurisprudência dominante, prevista no regimento interno do respectivo tribunal. Por fim, o inciso III se refere à modificação do entendimento sedimentado, incidentalmente, no julgamento de recurso, remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.

Em todas as hipóteses o órgão julgador deve observar os fundamentos legais que podem subsidiar a alteração do precedente. Segundo o NCPC, a modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida (art. 521, §2º). O que a norma visa é permitir a revogação de precedentes que já não correspondam mais à realidade econômica, política, social ou jurídica.

A 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. 521, §3º¹⁵).

7.2.2 Efeitos e modulação

Outra questão relevante se refere aos efeitos da modificação dos precedentes. Regra geral, o entendimento das cortes superiores se aplica aos casos em andamento, ou seja, às demandas pendentes de julgamento, não importando a jurisprudência vigente à época da formação jurídica em juízo deduzida.

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

¹⁵ NCPC, Art. 521. (...).§ 3º “A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”.

Como forma de evitar prejuízos em razão da mudança brusca de entendimento das cortes superiores e, assim, proporcionar ao jurisdicionado maior segurança jurídica no momento do exercício de seu direito constitucional de ação, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão, limitando sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos prospectivos (art. 521, §5º)¹⁶.

Essa modulação vale para os processos que ainda estejam em andamento, bem como para aqueles que de futuro vierem a ser ajuizados, não se admitindo relativizar a coisa julgada em decorrência de alteração de precedente judicial.

7.2.3 Eficácia vinculante

O § 7º do art. 521¹⁷ estabelece que o efeito vinculante do precedente dependerá da adoção dos respectivos fundamentos pela maioria dos membros do órgão colegiado, ainda que desse entendimento não resulte súmula. Nesse diapasão, a *ratio decidendi* extraída do voto vencido não constitui precedente vinculante. A vinculação, nas hipóteses admitidas, se dará de forma hierarquizada. Por exemplo, o STJ deve observar o entendimento do STF e assim por diante, com relação aos tribunais de segundo grau. Também os órgãos fracionários devem seguir os precedentes fixados pelo tribunal.

Esse novo regramento evita situações nas quais dois jurisdicionados, em situações juridicamente semelhantes, têm seus recursos julgados de forma completamente distintas porque um deles foi distribuído para a 1ª Turma do STJ e outro para a e 2ª Turma do mesmo Tribunal¹⁸, por exemplo.

O NCPC também prevê que a eficácia vinculante do precedente será afastada

¹⁶ NCPC, Art. 521. (...). § 5º “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos”.

¹⁷ NCPC, Art. 521. (...). §7º. “O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado”.

quando os fundamentos do caso paradigma, que poderiam servir de parâmetro para o caso sob julgamento, não forem imprescindíveis para o resultado final ou quando não forem adotados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que estejam presentes no acórdão. Disso depreende-se que terá o efeito vinculante apenas os argumentos essenciais, os que definirem a tese a ser aplicada e que forem aceitos pela maioria.

A intenção do legislador é evitar que os operadores do direito se estribem em votos vencidos ou em precedentes que não se amoldam ao caso concreto para sustentar suas teses. Isso vale para advogados e julgadores. Apenas as decisões proferidas ou seguidas pela maioria dos julgadores e que se amoldem ao caso concreto podem ser utilizadas como paradigma para decisões futuras.

Cabe salientar que a formação de precedente deve observar o devido processo legal. Nessa linha, estabelece o NCPD que na formação de um precedente será vedada a utilização do fundamento a respeito do qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar. De fato, a utilização de precedente só garantirá estabilidade quando restar assegurada a plena participação das partes. Caso contrário, ter-se-á verdadeira restrição ao acesso à Justiça.

7.3 Precedentes e a Reclamação Constitucional

Na esteira das disposições constitucionais (art. 102, I, “I” 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 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.

18 Apenas a título de exemplo, a contratação, por agente público, de parentes para cargo em comissão antes da edição da Súmula Vinculante nº. 13, segundo a 2ª Turma do STJ, configura ato de improbidade administrativa. A 1ª turma entende exatamente o contrário (Nesse sentido: STJ, 1ª Turma, REsp nº. 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/4/2014; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº. 1386255/PB, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 24/04/2014).

Apesar de mais comum no âmbito das Cortes Superiores, a Reclamação é essencial como instrumento de defesa judicial das decisões proferidas pelas cortes estaduais, no exercício da função de guardiãs das Constituições estaduais. Assim, podemos dizer que, simetricamente, a Reclamação prevista no texto constitucional pode ser utilizada no âmbito dos Estados, a depender de regulamentação na constituição local.

Existe também a possibilidade excepcional e transitória de reclamação para o STJ contra acórdão de turma recursal quando: (i) houver afronta à jurisprudência pacificada em recurso repetitivo (art. 543-C, CPC/73); (ii) houver violação de súmula do STJ; ou (iii) for teratológica. Nesses casos a reclamação tem cabimento até que seja criada a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal¹⁹

O NCPC alarga, pelo menos de forma expressa, as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional ao prever que ela poderá ser ajuizada para garantir a observância de súmula vinculante e de acórdão **ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos** ou em incidente de assunção de competência (art. 1000, IV). Agora, estando a tese jurídica firmada em recurso repetitivo (recurso especial ou extraordinário), pode o jurisdicionado ou o próprio Ministério Público propor a reclamação a fim de “chamar à atenção” da instância inferior para a necessidade de se observar a decisão consolidada.

O único óbice à aplicação da reclamação é a coisa julgada, que deve ser compreendida aqui como a coisa julgada material, ou seja, aquela que confere à decisão contornos de indiscutibilidade e imutabilidade. Este já é, inclusive, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.²⁰

7.4 Precedentes e o incidente de resolução de demandas repetitivas

¹⁹ Conferir Informativo 527 do Superior Tribunal de Justiça.

²⁰ Súmula nº 734/STF: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

Uma das maiores novidades trazidas pelo novo CPC é o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 988 a 999). Esse procedimento será admitido quando for identificada controvérsia com potencial de ocasionar a multiplicação de causas fundadas na mesma questão de direito, circunstância que pode provocar insegurança jurídica e ofensa à isonomia, frente à possibilidade de coexistirem decisões conflitantes.

O incidente apresenta-se como método de solução de demandas múltiplas (*macro-lides*), em que se parte de um caso concreto entre contendores individuais, cujo debate permite visualizar uma pretensão apta a repetir-se. É, assim, mais uma medida para minimizar os efeitos decorrentes do excessivo número de processo em trâmite no Judiciário brasileiro e viabilizar um tratamento igualitário aos jurisdicionados.

O incidente de resolução de demandas repetitivas apresenta semelhanças com os institutos da repercussão geral e do julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos. Negada a existência da repercussão geral quanto ao recurso representativo da controvérsia, todos os recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, sobrestados na forma do art. 543-B (CPC/73), considerar-se-ão automaticamente não admitidos. Ao contrário, admitido e julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. *Mutatis mutandis*, situação semelhante se passa com relação ao julgamento dos recursos especiais repetitivos.

Como se vê, o acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário ou do Recurso Especial, no caso de idêntica controvérsia, servirá de base para o juízo de admissibilidade de outros recursos que versem sobre a mesma questão e até para o julgamento de outros recursos ou causas cujos trâmites foram suspensos.

No incidente de resolução de demandas repetitivas o acórdão do Tribunal de Justiça ou do TRF servirá de parâmetro para o julgamento de todos os processos – presentes e futuros, individuais ou coletivos – que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal (art. 995, NCPC),

ou seja, vinculará os órgãos de primeiro grau e o próprio tribunal. O acórdão passará a ser o precedente que irá reger os processos em tramitação, bem como aqueles que venham a ser instaurados.

7.5 Precedentes e o incidente de assunção de competência

O incidente de assunção de competência, previsto no art. 555, §1º, do CPC/73 e no art. 959 do Projeto do NCPC, permite que o relator submeta o julgamento de determinada causa ao órgão colegiado de maior abrangência dentro do tribunal, conforme dispuser o regimento interno. A causa deve envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, de forma a justificar a apreciação pelo plenário, órgão especial ou outro órgão previsto no regimento interno para assumir a competência para julgamento do feito.

Conforme se deduz do art. 555 do CPC/73, a assunção de competência somente tem lugar no julgamento da apelação ou do agravo, ou seja, nos tribunais de segundo grau. Já de acordo com o NCPC, em qualquer recurso, na remessa necessária ou nas causas de competência originária, poderá ocorrer a instauração do incidente²¹.

Assim, quando aprovado o Novo Código, em qualquer julgamento jurisdicional cível levado a efeito nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, nos TRF's, no STJ e no STF, atendidos os pressupostos legais, será admissível a assunção de competência.

Outra relevante novidade está no §3º do art. 959 do NCPC²², que garante a vinculação de todos os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal ao entendimento firmado no incidente de assunção de competência. Trata-se, portanto, de um precedente de força obrigatória, cuja inobservância pode ensejar a

21 NCPC, Art. 959. “É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em diversos processos”.

22 NCPC, Art. 959, §3º. “O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese, na forma do art. 521, §§ 6º a 11”.

propositura de reclamação na forma do art. 1.000, IV, do NCPC.

Ainda a respeito da assunção de competência, oportuno ressaltar que de acordo com o NCPC o precedente firmado neste incidente poderá ser utilizado em diversas hipóteses de julgamento antecipatório²³, evitando o trâmite de causas que tratem de questões idênticas e garantindo que o julgador aplique ou distinga o caso daquele sedimentado na jurisprudência. Aprimora-se, assim, o caráter normativo e sistemático do instituto.

É de se lembrar, por fim, que pelo menos de forma mais simplificada, essa técnica de composição ou prevenção de divergência já está prevista nos Regimentos Internos do STF (art. 22, parágrafo único, alíneas “a” e “b”) e do STJ (art. 14, II; art.12, parágrafo único).

8 CONCLUSÃO

As técnicas que valorizam os precedentes judiciais e, conseqüentemente, a celeridade processual, a isonomia e a segurança jurídica, devem servir para aprimorar o sistema processual civil e jamais para engessar a atuação

²³ Exemplos: Art. 333, II; Art. 507, §3º, III; Art. 521, II; Art. 945, IV, “c”; Art. 945, V, “c”; Art. 967, parágrafo único, II; Art. 1.000, IV e Art. 1.035, parágrafo único. II. Todos do Novo CPC.

interpretativa dos juízes e tribunais pátrios ou para limitar o direito de acesso à justiça.

O processo deve estar aberto ao diálogo e à troca de experiências. Não se pode cogitar em Estado Democrático de Direito sem um ordenamento coerente. A função e a razão de ser dos nossos tribunais é proferir decisões que se amoldem ao ordenamento jurídico e que sirvam de norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário.

A adoção dos precedentes não significa, portanto, “eternização” das decisões judiciais. O juiz deverá continuar a exercer o seu livre convencimento e a agir conforme a sua ciência e consciência, afastando determinada norma quando ela não for capaz de solucionar efetivamente o caso concreto. Tudo vai depender da motivação. É através dela que se avaliará o exercício da função jurisdicional e, conseqüentemente, a eficiência do sistema de precedentes adotado pelo Novo Código de Processo Civil.

THE POWER OF PRECEDENTS IN THE NEW CIVIL PROCESS CODE

ABSTRACT

Although Brazil has a legal system essentially based on the Civil Law, it is clear that judicial precedents are being gradually adopted by the civil procedural legislation with the purpose of providing more legal safety to the jurisdictionates and greater speed to the processing procedures. The system of common law has also undergone changes, strengthening its relations with the stare decisis and getting closer and closer to the Brazilian legal system. In the New Civil Code project it is possible to realize the intent of the legislature to seize the fundamentals of common law and stare decisis, with the aim of emphasizing the quest for standardization and stabilization of jurisprudence and ensure the effectiveness of the process, notably constitutional guarantees.

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

REFERÊNCIAS

ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. **O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos** (Coord. Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**: vol. 2. Salvador: Juspodvm, 2013.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Civis no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC**. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em 27 out. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em: < <http://marinoni.adv.br/artigos.php#>>. Acesso em 27 out. 2014.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. em e-book baseado na 2. Ed. Impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

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