

A força do atual sistema de precedentes judiciais brasileiro para garantir a eficácia dos princípios da isonomia e da segurança jurídicas no âmbito do processo

Meirebele Ferreira da Silva Castro

Assessora Jurídica do Banco do Brasil S.A.

em São Paulo

Pós-graduada em Direito Constitucional e em Direito

Processual Civil pela Universidade

Anhanguera – Uniderp

RESUMO

Este artigo visa, em meio a uma breve análise e reflexão relativas ao novo microsistema de precedentes judiciais brasileiro, tecer algumas considerações quanto à sua estrutura e quanto à postura de Advogados e Julgadores face ao dever de observância e aplicação desse novo microsistema. O intuito é auxiliar na realização de um melhor resultado prático-produtivo, advindo do seu uso de forma mais proativa. Nesse escopo, buscamos extrair as orientações relevantes constantes dos artigos 926 e 927 do atual Código de Processo Civil brasileiro, destacando suas respectivas implicações práticas.

Palavras-chave: Precedente. Fundamentos. Distinção. Superação

ABSTRACT

The purpose of this article is to expose some relevant aspects concerned to the new system of judicial precedents in Brazilian law, and to emphasize the need of a more adequate posture that Lawyers and Judges should assume as a party in this hole of procedures, especially as to the duty of observing and applying the rules of this new system of precedents. The intention here is to encourage an engagement in the reaching of a better practical and productive result, as a consequence of a more conscious and accurate use of the system. Therefore, we will try to take out the more relevant guidelines fixed in the articles 926 and 927 of the Brazilian New Code of Civil Lawsuit.

Key words: Precedent. Fundamentals. Distinguishing. Overruling

Introdução

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o atual Código de Processo Civil brasileiro (CPC), nas disposições gerais contidas em seu capítulo I, livro III, título I, estabelece um novo microsistema de precedentes judiciais brasileiro, o qual, na perspectiva dos mais importantes doutrinadores na área do Direito Processual Civil, é considerado uma das principais mudanças trazidas pelo Código.

O microsistema é composto nuclearmente pelos artigos 926, 927 e 928 e tem sua importância reconhecida na medida em que cumpre o seu propósito essencial de garantir a eficácia dos princípios da isonomia e da segurança jurídicas no âmbito do processo. Propõe-se a perpassar todo o fluxo processual, desde a propositura até o último recurso cabível em uma ação, instrumentalizando-o para que haja coerência e observância dos padrões decisórios já existentes, especialmente dos que possuem força vinculante, visando, assim, assegurar que as soluções jurídicas nos casos concretos se deem com a maior medida possível de efetiva justiça e equidade.

Nessa perspectiva, propomos uma leitura analítica e reflexiva dos artigos 926 e 927, a partir da descrição das respectivas dinâmicas dos institutos ali previstos – o precedente judicial, a distinção e a superação –, ressaltando o seu caráter instrumental na garantia de eficácia dos referidos princípios constitucionais aplicados ao processo, especialmente aos operadores do Direito, os quais passam a contar com a força do microsistema na busca de garantir decisões judiciais provindas de um Judiciário mais íntegro, cujos órgãos atuam de forma coerente, justa e harmônica entre si.

1 Precedente judicial, distinção e superação – conceitos e dinâmicas

Segundo Luiz Henrique Volp Camargo (2015), no contexto brasileiro, em que se adota a tradição de *civil law*¹, 'precedente judicial', em sentido lato, tem um conceito diferente do que se

¹ *Civil Law* é o sistema jurídico em que se considera a legislação como fonte primária do Direito e nela confia-se a função de garantir segurança jurídica aos jurisdicionados. Via de regra, nesse sistema, precedente e jurisprudência possuem eficácia meramente persuasiva. Por esse motivo destaca-se a relevância do dever de observância obrigatória dos preceden-

apresenta nos países de tradição da *common law*². Em termos práticos, o termo precedente está sendo atualmente considerado como um gênero, do qual são espécies os enunciados de súmula, a jurisprudência e os acórdãos, fontes de que se podem extrair os fundamentos determinantes, que, por sua vez, constituem as normas que podem ser aplicadas no julgamento de casos análogos posteriores.

Para Fredie Didier Junior (2015, p. 441), precedente, em sentido lato, é a “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. Em sua dinâmica, refletida pelo artigo 926 do atual CPC, que diz da obrigatoriedade da observância desse novo microsistema, consigna-se a hierarquia a se respeitar na cadeia de precedentes, posto que, no contexto da *civil law*, aqui adotado, os precedentes, embora imprescindíveis, assumem papel complementar. Ou seja, conforme descreve Didier,

À luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, transforma-se em jurisprudência, que, se predominar em tribunal pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência desse tribunal.

Assim, a súmula é o enunciado normativo, texto da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.

Há, pois, uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula. Noções distintas, embora umbilicalmente ligadas. O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi*, que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente.

Vê-se, então, que o enunciado da súmula é, por assim dizer, o texto que cristaliza a norma geral (*ratio decidendi*) extraída à luz de casos concretos e de outros textos (o texto legal, em sentido amplo). (DIDIER, 2015. p. 487)

tes apartir do atual CPC, posto que eleva a eficácia do precedente, à semelhança do que ocorre no *stare decisis*, instituto do *common law*.

² *Common Law* é o sistema jurídico em que o Direito foi originariamente desenvolvido pelos costumes gerais, e criado, especialmente após a judicialização dos conflitos sociais, pelos magistrados. A ausência de codificação ensejou o assentamento das decisões dos tribunais como a fonte primária do desenvolvimento do Direito.

Contudo, na prática, a aplicação de um precedente pode não ser tão simples. Conforme Daniel Mitidiero (2017, p. 99), a comparação e a analogia são elementos essenciais do raciocínio jurídico em um sistema de precedentes. A identificação dos fundamentos determinantes referente a uma questão constante de um caso – ou seja, o precedente a ser aplicado – é só uma das tarefas envolvidas na dinâmica de um sistema de precedentes, visto que, além da identificação desses fundamentos, é necessário saber se são aplicáveis ao caso presente ou se é necessário aplicar os institutos da distinção ou da superação.

Quanto ao instituto da ‘distinção’, vale destacar que a interpretação é a ferramenta imprescindível na sua aplicação, uma vez que essa presume, como dissemos, a identificação dos fundamentos determinantes da decisão anterior e a verificação de sua aplicabilidade ao caso presente. Essa prática “demanda a individualização dos pressupostos fático-jurídicos essenciais que dão vida aos casos e a busca por semelhanças e distinções relevantes” (MITIDIERO, 2017, p.100). Ou seja, é necessário que se faça a comparação entre as semelhanças e diferenças entre os casos, e, devendo o intérprete, quer seja o Julgador ou o Advogado, identificar, individualizar e valorar os elementos relevantes em um e em outro caso, constatando, assim, se há a devida similaridade que justifique a aplicação do precedente, ou se se justifica invocar a distinção entre os casos. Mitidiero descreve que

Os casos formam-se em juízo a partir das manifestações de vontade e das declarações de conhecimento das partes. O autor tem o ônus de alegar na petição inicial a sua causa de pedir (art. 319, III, do atual CPC) e o réu tem o ônus de alegar na contestação toda sua defesa devidamente pormenorizada (arts. 336 e 341 do atual CPC). Invocando precedente ou jurisprudência vinculante, autor e réu têm o ônus de particularizar os casos invocados, mostrando analiticamente as semelhanças relevantes, não bastando a simples transcrição de ementas ou de trechos pinçados aleatoriamente da fundamentação dos julgados. O mesmo vale obviamente para os recursos. Sendo o processo uma comunidade de trabalho pautada pela colaboração, pode o juiz, inclusive, determinar o esclarecimento e a indicação precisa das razões pelas quais as partes invocam o precedente ou a jurisprudência vinculante (arts. 6º, 7º e 321 do atual CPC). O ônus de alegação das partes é a simétrica contrapartida ao dever de fundamentação analítica dos juízes, das Cortes de Justiça e das Cortes Supremas (arts. 93, IX, CF, e 489, §1º, V e VI, do atual CPC).

Em conclusão, aduz que é a partir das alegações das partes – das quais pode se solicitar precisão pelo órgão jurisdicional – que se procede à comparação entre os casos, buscando constatar se há semelhanças relevantes, aplicando o precedente, ou, se não há, distinguindo-os (arts. 489, §1º, VI, 927, §1º, E 1.037, §9º, do atual CPC). Nessa hipótese, em que deve ser invocada a distinção, o juiz, à luz do art. 927, §1º, do atual CPC, tem o dever de indicar na fundamentação da decisão o motivo por que os casos são distintos, nos moldes dos art. 485, §1º, V, do atual CPC, não bastando a simples indicação de caso diverso, e nem a simples desconsideração do caso invocado como precedente, conforme 485, §1º, VI, do atual CPC. Logo, a distinção pressupõe que haja a presença de um conjunto de quesitos que formam os ‘pressupostos de incidência’ do precedente. Ou seja, para que se aplique o precedente, é necessária a identificação dos seus ‘pressupostos de incidência’ nos casos concretos em análise. Do contrário, se os casos não apresentam consideráveis semelhanças, a ponto de se instigar a análise, então o que se tem é um caso que está fora do âmbito do precedente.

Quanto ao instituto da ‘superação’, esse decorre da necessidade do desenvolvimento do Direito. Mesmo nos casos em que o precedente é corretamente identificado e considerado aplicável a um novo caso, há situações que apresentam razões relevantes que recomendam a superação desse precedente. Mitidiero, em suas considerações sobre o tema, esclarece que a superação “coloca basicamente diversas outras questões para a análise, dentre elas, saber como e quem pode provocar a mudança, e quais efeitos resultariam” (MITIDIERO, 2017, p. 102). A ‘superação’ é um fenômeno caracterizado à semelhança do sistema inglês. Neste, um precedente pode ser alterado de forma integral, fenômeno do *ouerruling*³, ou parcial, fenômeno do *overturning*⁴. Se a alteração é parcial, o precedente pode ainda ser reescrito, *overriding*⁵, ou transformado, *transformation*⁶. A superação total de um pre-

³ O *ouerruling* é a técnica de se retirar a força vinculante de um precedente e substituí-lo por outro. São diversas as razões por que um precedente vinculante seja superado - a evolução natural da sociedade; a tese ter se tornado obsoleta; a superveniência de legislação que enseje naturalmente a inutilização do precedente; ou mesmo a evolução do raciocínio jurídico que percebe uma melhor interpretação do Direito. (DIDIÉ, 2015, p. 494)

⁴ O *overturning* é a superação parcial do precedente. Ocorre quando a reavaliação do precedente não restar em total desuso do seu conteúdo normativo pelo tribunal. A alteração do entendimento representa um ajuste pontual da jurisprudência adotada pelo tribunal.

⁵ O *overriding* é reescrever o precedente que passou por uma parcial alteração. O precedente é parcialmente superado mediante a limitação de

cedente ocorre como uma resposta judicial ao desgaste do seu compromisso social e da sua perspectiva do sistema, ou a um equívoco que se mostra evidente na sua proposta de solução. Quando o precedente carece de compromisso e consistência ou é evidentemente equivocado, a sua aplicabilidade se torna não só incoerente, mas até mesmo desautorizada pelos princípios básicos que sustentam a norma da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade, posto que se arrisca a causar estagnação no natural processo de evolução do Direito. De acordo com a doutrina predominante⁷, esse conjunto de fatores constitui os pressupostos básicos para a superação de precedentes. No caso de a alteração necessária do precedente ser parcial, pode ocorrer a sua transformação ou reescrita. Para a promoção da unidade do Direito e o respeito à sua natureza prospectiva, pode ser que, eventualmente, seja mais oportuna a sua transformação do que a superação total. Em tese, a transformação altera em parte o precedente, ocorrendo quando a Corte não o nega formalmente, isto é, admite que não há desgaste nem equívoco na antiga solução, mas promove a sua reconfiguração parcial, preservando, como exemplo, aspectos fáticos e jurídicos que podem ter sido relevados na decisão anterior. Já a reescrita acontece quando a Corte quer redefinir o âmbito de incidência, de aplicação, do precedente. A partir da reescrita, algo que, por exemplo, não fora considerado na decisão anterior pode ser reavaliado, causando alteração no seu alcance. Todavia, vale destacar que, quer seja integral, quer parcial a superação, no Direito brasileiro, para que ela ocorra, exige-se a ‘fundamentação adequada e específica’, conforme dispõe o art. 927, §2º, do CPC.

Quanto à competência para a superação de precedentes, nas palavras de Mitidiero,

seu âmbito de incidência. Há uma releitura do alcance do entendimento. É a representação de uma modificação parcial da jurisprudência, restringindo a sua aplicação a determinadas hipóteses, ou em decorrência de mudanças supervenientes na norma, ou por alterações no cenário fático e jurídico que ensejaram a formação do precedente anterior. (DIDIER, 2015, p.507)

- ⁶ A *transformation* se aplica quando há a necessidade de correção do precedente, em razão de aspectos fático-jurídicos relevantes que não foram considerados quando da formulação do precedente originário. É uma reconfiguração parcial do entendimento fixado pelo tribunal, que ganha nova configuração.
- ⁷ Observados os posicionamentos de Freddie Didier Jr., 2015; Luiz Henrique Volp Camargo, 2013; Pablo Freire Romão, 2015; Daniel Mitidiero, 2017; Luiz Guilherme Marinoni, 2016.

... é evidente que apenas a corte que é responsável pela formação do precedente pode dele se afastar legitimamente. Vale dizer: apenas o Supremo Tribunal Federal pode se afastar de seus precedentes constitucionais e o Superior Tribunal de Justiça de seus precedentes federais. As Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau a ela ligados não podem deixar de aplicar um precedente apenas porque não concordam com a solução nele formulada, isto é, com o seu conteúdo. É um equívoco que decorre da falta de compreensão da natureza do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas – de interpretação e não de controle, de precedentes e não de jurisprudência – imaginar que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais podem se afastar dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça por não concordarem com as razões e as soluções neles formuladas.

Uma Corte de Justiça que se afasta de um precedente que deve aplicar, formulado por uma Corte Suprema não está dessa divergindo. Está, na verdade, desobedecendo à interpretação da legislação formulada pela Corte Suprema. A possibilidade de divergência pressupõe Cortes que ocupem o mesmo grau na hierarquia judiciária. Imaginar que uma Corte de Justiça pode contrariar ou deixar de aplicar um precedente de uma Corte Suprema por não concordar com o seu conteúdo equivale a supor que inexistem ordem e organização na estrutura do Poder Judiciário e que todas as Cortes judiciárias desempenham a mesma função dentro do sistema de distribuição de justiça – o que, como é óbvio, constitui manifesto equívoco.

Entretanto, em que pesem os juízes de primeiro grau, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais não poderem desobedecer aos entendimentos firmados pela Cortes Superiores, é naturalmente possível e aceitável que eles manifestem, se for o caso, as suas razões dissidentes, até porque essa é uma garantia constitucional (arts. 1º, *caput*, e 5º, IV, da CF). Em tese, as manifestações dessas dissidências, como registro da percepção e crítica a eventual ineficácia do precedente, podem servir como parâmetro de instigação para a reavaliação do entendimento firmado. Contudo, até que ocorra essa reavaliação pela Corte competente, a desobediência seria danosa às partes, posto que teriam que interpor recurso às Cortes superiores, com vistas a ver o seu caso apreciado de acordo com o Direito, até então previsível, sob pena de violação da igualdade e da segurança jurídica e mesmo da razoável duração do processo. Pode-se dizer, ainda, que a desobediência seria danosa para todo o Poder Judiciário, uma vez que, para

a preservação do seu dever de unidade, está obrigado a atuar em harmonia e coerência com aquilo que já se encontra devidamente solucionado e firmado nos precedentes. Ressalta-se que raciocínio análogo vale para a superação da jurisprudência uniformizadora formada pelas Cortes de Justiça. Enquanto não houver precedente superveniente das Cortes Superiores, que firmem entendimento contrário,

“apenas os colegiados responsáveis pela formação da jurisprudência vinculante podem dela se afastar. Demais órgãos jurisdicionais que compõem essas Cortes e os juízes a ela vinculados não podem se afastar... sob pena de desobediência” (MITIDIERO, 2017, p. 107).

Em respeito ao princípio da segurança jurídica, destaca-se, ainda, que a superação do precedente pode ensejar diversas consequências. Entretanto, de início, seus efeitos são *ex nunc*, leciona Mitidiero, considerando que o mesmo não afeta decisões anteriores que já estejam sob a proteção da coisa julgada, mas somente as posteriores à sua formação. Entende que, “existindo precedente do STF e do STJ, uma decisão contrária posterior transitada em julgado pode ser rescindida mediante ação rescisória (art.966, V, atual CPC), ou declarada inexecutível mediante impugnação (arts. 525, III, §12 a 14, e 535, III, § 5º a 7º, do CPC)” (MITIDIERO, 2017, p. 116). Porém, em que pese a necessidade de se respeitar os princípios da igualdade e da segurança jurídicas, constata-se que ainda há divergência entre os posicionamentos doutrinários, e o reconhecimento de que não existe um único padrão decisório a respeito dos efeitos da superação. Segundo Didier,

Há de se perceber que existem diversas modalidades de eficácia temporal na revogação de precedentes. Assim, falar em superação com eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* não significa abarcar todas as possibilidades de eficácias temporais [...] percebe-se pelas diversas eficácias coexistentes para a revogação de precedentes, que, para além da dificuldade na padronização decisória de modulação, ainda existe o desafio de encontrar uma espécie de moldagem da eficácia temporal para cada caso [...] não há uma resposta única para a modalidade de eficácia temporal na revogação de precedentes. Tanto as espécies que consideram efeitos *ex tunc*, quanto as que consideram os *ex nunc* possuem vantagens e desvantagens.

Defende Didier que o instrumento mais concreto com que os jurisdicionados podem contar nesse momento é o enunciado

nº 320 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, aprovado em dezembro de 2014, *in verbis*: “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimentos da Corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

2 O microsistema de precedentes judiciais – núcleo que se irradia por todo o sistema judiciário brasileiro

Conforme Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 872), os artigos 926 e 927 instituem, à semelhança do *common law*, mas com as devidas adaptações ao modelo do Direito brasileiro, o que a doutrina chama de *stare decisis*⁸ horizontal e vertical. Aduz que a necessidade de compatibilização horizontal e vertical das decisões judiciais decorre da necessidade do respeito aos princípios da segurança jurídica, da liberdade e da isonomia, valores básicos de qualquer estado constitucional.

O art. 926 estabelece a *stare decisis* horizontal, ou seja, o dever de o tribunal respeitar os próprios precedentes e a própria jurisprudência vinculante. Assim, o legislador determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a obrigação de observarem os seus precedentes, além de impor aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça o respeito à própria jurisprudência formada a partir dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. O que se entende é que esse ‘respeito’ dos tribunais superiores aos seus próprios precedentes é mister condição para que possa haver também uma compatibilização vertical das decisões judiciais, posto que, da perspectiva da administração da justiça civil, só é possível ‘respeitar’ quem se ‘respeita’.

Em ato contínuo, no art. 927, o legislador, então, estabelece o *stare decisis* vertical, isto é, a necessidade de o Poder Judiciário ser visto como uma unidade, ou seja, que seus órgãos se relacionem entre si com harmonia e coerência, apresentando uma única face, da qual o jurisdicionado espera justiça.

Desse modo, a importância do *stare decisis* horizontal e vertical decorre notadamente dos princípios da isonomia e da segurança jurídicas.

Segundo José Miguel Garcia Medina (2016, p. 201), considerando a jurisprudência e seu papel, desde o início do proces-

⁸ O *stare decisis* refere-se à doutrina do *common law*, segundo a qual as decisões de um órgão judicial criam precedentes (jurisprudência) e vinculam futuras decisões. Note-se que essa é a doutrina a que se assemelha a natureza dos ‘precedentes judiciais’ instituídos pelo atual CPC.

so, a preocupação que se destaca nos arts. 926 a 928 do atual CPC, em relação ao modo como se constrói e deve ser observada a jurisprudência, é matéria com a qual devem se ocupar os operadores do Direito, não apenas quando a causa chega a um tribunal, mas desde o início do processo. Destacamos as palavras de Medina (2015, p. 29), as quais descrevem o fluxo que se estabelece no atual CPC, ratificando a relevância da observação da jurisprudência em todo o processo,

As partes devem ocupar-se com o que decidem os tribunais, ao argumentar. Com base no que se manifesta a jurisprudência, o pedido pode ser rejeitado liminarmente (art. 332), pode ser concedida tutela de evidência contra o réu (art. 311, II), o recurso pode ser decidido monocraticamente pelo relator (art. 932, IV e V). Todos os juízes também devem considerar, adequadamente, o que decidem os tribunais (arts. 489, § 1.º, V e VI, e 1.022, parágrafo único, I), a ponto de, a depender do caso, a decisão proferida poder ser corrigida por meio de reclamação (art. 988, *caput*, IV e § 5.º, II; cf. também art. 966, V e § 5.º, sobre cabimento de ação rescisória, no caso).

O art. 926 inova o ordenamento processual infraconstitucional brasileiro ao dispor “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. De acordo com Didier, assim o Código prevê deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes, tanto os persuasivos como os vinculantes. Embora todos eles sejam decorrência de normas constitucionais, considerou-se relevante sua previsão no plano infraconstitucional, haja vista que cumprem explicitar mais diretamente o comportamento exigido dos tribunais “na atividade de elaboração e desenvolvimento de um direito judicial” (DIDIER, 2015, p.474). Assim, entende-se que o dever de uniformizar tem como pressuposto o fato de o tribunal não poder se omitir em face de eventual divergência interna, entre seus órgãos fracionários, relativos a uma mesma questão jurídica. É dever do tribunal solucionar essa divergência uniformizando o seu entendimento sobre o assunto. Os §§ 1º e 2º do art. 926 desdobram o dever de uniformizar a jurisprudência, impondo ainda aos tribunais a tarefa de sintetizarem sua jurisprudência dominante, editando súmulas, as quais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a criação da súmula. O objetivo dessa imposição é garantir que os tribunais, ao editarem suas súmulas, guardem fidelidade à base fática sobre a qual a jurisprudência foi construída, para que se preserve o caráter de concretude do

direito judicial sendo construído, ou seja, produzem-se normas gerais, mas a partir de casos concretos. Dessa maneira, o legislador buscou neutralizar, no Brasil, o problema histórico da criação de enunciados de súmulas de forma abstrata ou sem referência aos precedentes que fundamentaram sua conformação (DIDIER, 2015).

Conforme Marinoni, o atual CPC usa a palavra 'tribunais' de modo indistinto e aduz que é relevante pontuar os papéis. Em suas palavras,

O art. 926, CPC, fala em "tribunais" indistintamente, sem atentar que existe uma divisão de trabalho bastante clara entre as Cortes de Justiça e as Cortes Supremas no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, refere que a função desses tribunais seria a de "uniformizar". No entanto, a fim de bem trabalhar com um sistema de precedentes, é preciso distinguir no seio da organização judiciária cortes voltadas à justiça do caso concreto (as chamadas Cortes de Justiça – Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), cuja função é controlar a interpretação dos fatos da causa, da prova produzida e do direito aplicável ao caso concreto e fomentar o debate a respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência das cortes voltadas à unidade do Direito (as chamadas Cortes Supremas – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), cuja função é interpretar o Direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de como de ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso país. Se é certo que as Cortes Supremas têm o dever de dar unidade ao Direito mediante os seus precedentes e de torná-los pendores de segurança em nossa ordem jurídica, certamente não se passa o mesmo com as Cortes de Justiça. É claro que é desejável que a Jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais seja uniforme e segura (tanto é assim que se preveem incidentes voltados à obtenção de segurança, como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência), assim como é evidente que essas Cortes têm – a partir da existência de precedentes sobre o caso que devem julgar – o dever de aplicá-los sem quebra de igualdade. No entanto, a função dessas cortes está ligada justamente à exploração dos possíveis significados dos textos jurídicos a partir do controle da justiça do caso concreto (a interpretação do Direito é apenas um meio para chegar-se ao fim controle da justiça do caso). É diferente do que ocorre com as Cortes Supremas, em que o caso concreto é apenas um meio a partir do qual se parte para che-

gar-se ao fim interpretação do Direito. Enquanto inexistente precedente da Corte Suprema encarregada de formá-lo, o desacordo interpretativo é em grande medida inevitável, dado o caráter equívoco da linguagem em que vazados os textos legislados. Daí, que seria necessário particularizar no art. 926, CPC, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm o dever de dar unidade ao Direito. A partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes.

Na leitura do art. 927, do atual CPC, segundo Cassio Scarpinella Bueno (2016, p. 737), pode-se depreender a intenção de se implementar a política pública judiciária estipulada no art. 926 no que se refere ao dever de observância das decisões pelos diversos órgãos jurisdicionais, considerando suas áreas de atuação respectivas, tanto a originária como a recursal. Aduz que o verbo 'observar' no *caput* do dispositivo sinaliza que não há escolha entre 'adotar' e 'não adotar' as diversas manifestações das decisões jurisdicionais estabelecidas em seus cinco incisos, quando o escopo fático do caso assim o requerer.

Para Daniel Amorim Neves (2016, p. 492), em que pesem os argumentos contrários, o entendimento da doutrina majoritária é de que o art. 927 é suficiente para garantir a eficácia vinculante aos precedentes e enunciados de súmula previstos em seus incisos. Ou seja, 'observar' deve ser entendido como 'devem aplicar de forma obrigatória'.

Segundo Didier, a eficácia jurídica de um precedente variará de acordo com as disposições de um determinado Direito positivo. No Direito brasileiro, os precedentes judiciais têm aptidão para a produção de diversos efeitos jurídicos. Os precedentes enumerados no art. 927 são os que possuem efeito vinculante, ou seja, obrigatório, distinguindo-se entre si pelo seu procedimento de formação. São assim considerados porque têm a eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações análogas, lhes forem supervenientes. Ao conceituar 'efeito vinculante' do precedente, repisa-se o que leciona Didier ao destacar que, em certos casos, a norma jurídica geral – *ratio decidendi* –, estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais, tem o condão de vincular decisões posteriores. Nesses casos, os órgãos jurisdicionais, tanto o tribunal que produziu o precedente como também os órgãos a ele subordinados, devem adotar aquela mesma tese jurídica em sua própria fundamentação. Nesse sentido, há o enunciado nº 170 – aprovado em de-

zembro de 2014 e revisto na reunião de 2016 - do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, *in verbis*: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Como consequência do efeito desses precedentes, Didier afirma ainda que os juízes e tribunais, independentemente de provocação, mas observando o art. 10 e 927, §1º do atual CPC, devem conhecê-los de ofício, sob pena de omissão e denegação de justiça. Ou seja, julga-se omissa a decisão que deixa de considerar qualquer um dos precedentes obrigatórios nos termos do art. 927 do atual CPC.

Os precedentes enumerados no art. 927, I, são os oriundos de decisões em controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos, há que se ter o cuidado em perceber que o que está se destacando nesse inciso não é o efeito da coisa julgada, que já é *erga omnes*, mas sim o efeito dos fundamentos determinantes da decisão da ação de controle concentrado de constitucionalidade, os quais são aptos a produzirem o efeito vinculante do precedente para todos os órgãos jurisdicionais⁹. Os incisos II e IV falam de precedentes cuja *ratio decidendi* foi enunciada em súmula. Acatar esses enunciados é, na prática, observar a *ratio decidendi* dos precedentes que os originaram. O inciso III estipula o que Didier denomina de ‘microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios’, aqueles produzidos por incidente em julgamento de tribunal: casos repetitivos e assunção de competência. Em suas palavras,

Nesses casos há previsão de incidente processual para a elaboração do precedente obrigatório (arts. 489, §1º; 984, §2º e 1038, §3º, atual CPC), com natureza de processo objetivo. É uma espécie de ‘formação concentrada de precedentes obrigatórios’ (lembrando que podem formar-se também de forma difusa).

No bojo desses incidentes, todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida devem ser enfrentados. O contraditório é ampliado, com audiências públicas e a possibilidade de participação de *amicus curiae* (arts. 138; 927, §2º, 983; 1038, I e II, atual CPC).

⁹ Perspectiva conforme FPPC 168, *in verbis*:

168. (art. 927, I; art. 988, III) Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais. (Grupo: Precedentes; redação revista no IV FPPC-BH).

Esses procedimentos formam um 'microsistema de precedentes obrigatórios', cujas regras se complementam reciprocamente.

[...]

Exige-se que o processo de formação do precedente se dê nesses termos, pois, na sua interpretação e aplicação a casos similares futuros, bastará ao órgão julgador verificar se o caso é ou não de aplicação da distinção ou da superação (arts. 489, §1º, V e VI; 927, §1º, atual CPC). Se for, o precedente não será aplicado, se não for, o precedente será aplicado e a fundamentação originária do julgamento do incidente se incorporará automaticamente à própria decisão que o invoca, sem a necessidade de repeti-la ou reelaborá-la, razão pela qual não se exigirá a observância do 489, §1º, IV, atual CPC.

O inciso V trata de precedentes oriundos do plenário ou do órgão especial. Há nele duas ordens de vinculação: uma vinculação interna dos membros e órgãos fracionários e um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma corte; e uma vinculação externa dos demais órgãos de instância inferior, tanto juízos como tribunais, aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos, conforme enunciado 170 supramencionado.

Na leitura dos parágrafos primeiro ao quinto do art. 927, segue-se a linha dos comentários de Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 1318). O parágrafo primeiro determina que, na base das decisões judiciais, se observem os arts. 10 e 489, §1º. O art. 10 traz uma versão atual do princípio do contraditório, e deixa claro que sobrevive o princípio do *iura novit curia* – o juiz pode decidir com base em fundamento não invocado pelas partes, desde que lhes dê a oportunidade de se manifestar –, e que o juiz tem que dar às partes oportunidade de se manifestar, ainda que vá decidir matéria sobre a qual pode se manifestar de ofício. Essa regra se refere à situação de o juiz preferir, quando for julgar procedente o pedido, fundamento diferente do invocado pelo autor. Um exemplo seria decidir a causa com base no Código Civil, quando o autor citou, em seu pedido, o Código do Consumidor. Há também a hipótese de o juiz pretender extinguir o processo sem julgamento do mérito com base em coisa julgada, por exemplo, não tendo sido arguida a matéria, pelo réu, em contestação. Em ambos os casos, antes de decidir, o juiz deve dar às partes a oportunidade de se manifestar. O art. 489, §1º prescreve que as decisões devem ser fundamentadas, sendo que, se o juiz não observa a prescrição, pode proferir decisão considerada 'não fundamentada'. De acordo com essas normas,

o juiz deve explicar por que acolheu ou não acolheu argumentos, tanto os de fato como os de direito, para o embasamento da decisão proferida. O parágrafo segundo prescreve que a tese jurídica adotada em súmula ou como base de decisão de casos repetitivos pode ser alterada. Contudo, o fato de se prever que essa alteração pode ser precedida de audiências públicas e da manifestação do *amicus curiae* (art. 138, CPC) demonstra que essa mudança não deve ser frequente. A sociedade deve ser ouvida, o que constitui uma nova dimensão do contraditório. Pode-se mudar a jurisprudência para adaptação do Direito à realidade social, nos casos em que esta adaptação é desejada e permitida pelo Direito. No parágrafo terceiro, ressalta-se a preocupação do legislador em prever a modulação dos efeitos em caso de alteração de jurisprudência firmada em casos repetitivos ou jurisprudência dominante no STF e nos demais tribunais superiores. Hoje, isso é também um resultado do reconhecimento, no Direito brasileiro, da função e dos efeitos do precedente, que diz respeito não somente ao passado, que é a de solucionar conflitos, mas também ao futuro, que é a de ser um padrão de análise para o juiz em casos análogos, bem como para as próprias partes em seu comportamento na vida social, uma vez que o precedente interpreta a lei, acrescentando-lhe, a partir da aplicação concreta, elementos ao texto literal e preenchendo os conceitos vagos. Modular os efeitos da alteração de um precedente significa, na perspectiva de parte da doutrina, que aquele novo entendimento deve-se aplicar 'dali pra frente', embora não tenha que ser necessariamente assim. A modulação pode ser temporal e espacial. A temporal pode ser 'dali pra frente', ou 'a partir de um determinado momento pra frente' ou 'escalonada no tempo'. A modulação é prevista especialmente para assegurar o devido respeito ao princípio da segurança jurídica, que é de interesse social. O parágrafo quarto é uma recomendação aos tribunais. A alteração de súmula ou de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de tese adotada em julgamento de casos repetitivos deve ser densamente fundamentada. Isso envolve a necessidade de que sejam expressamente rechaçados os argumentos embaixadores da tese que se pretende abandonar e seja devidamente fundamentada a tese que se pretende adotar. Há razões relevantes para o registro dessa recomendação no atual CPC. Dentre elas, a de levar o tribunal a avaliar se é, de fato, necessário alterar uma tese que já vem sendo utilizada como padrão de conduta para o jurisdicionado e para os juízes, gerando riscos aos princípios da segurança jurídica e da isonomia; e a de reduzir a frequência com que essas alte-

rações têm ocorrido nas últimas décadas no Brasil, respeitadas as circunstâncias em que a mudança de padrão, efetivamente, se faz mister, quais sejam, as que visam promover a adaptação do Direito a alterações havidas na sociedade, caso em que não haveria ofensa a nenhum desses princípios. No parágrafo quinto, o legislador fez constar em lei que os tribunais devem dar publicidade aos seus precedentes. Essa previsão é importante, posto que as decisões judiciais, em certa medida, integram o padrão de conduta do jurisdicionado, bem como o de orientação aos próprios juízes. Assim, tal como se dá publicidade à lei, deve-se agora dar publicidade também aos precedentes.

O art. 928, ainda segundo Wambier, registra a preocupação do legislador em fazer constar neste capítulo das disposições gerais esclarecimento sobre o que o atual CPC considera como julgamento de casos repetitivos, expressão que aparece no art. 927, III, e §§ 2º, 3º e 4º. O atual CPC trata especificamente desses julgamentos nos arts. 976 e 1036, os quais, por força da delimitação do nosso tema, não serão analisados neste artigo.

3 O microsistema de precedentes judiciais – núcleo que se irradia por todo o processo – efetivo instrumento ao alcance de Advogados e Julgadores na garantia da eficácia dos princípios da isonomia e da segurança jurídicas

Em linha com o previsto no art. 926 - instituição do dever de observância aos precedentes judiciais – e no art. 927 – descrição dos padrões decisórios eleitos pelo legislador a serem considerados como precedentes de observância obrigatória –, há que se levar em conta a necessidade de adequação da postura prática de todos os sujeitos processuais face a força vinculante do microsistema de precedentes judiciais instituído.

Ressalta-se a articulação de diversos dispositivos esparsos pelo atual CPC quanto ao dever de observar e aplicar os precedentes judiciais nos atos postulatórios e decisórios desde o início do processo. Para a base do raciocínio dessa aplicação, toma-se como exemplo o rito no processo de conhecimento.

Analisando primeiramente a postura das partes, já na fase postulatória, o autor deve cuidar para que o pedido contido em sua petição inicial esteja em linha com a orientação firmada em jurisprudência, na forma do art. 927, posto que, se contrário, ensejará o julgamento de improcedência liminar do pedido pelo juiz, que o fará com base no art. 332, *caput*, do atual CPC. Poderá a parte adversa, em sua contestação, alegar eventual omissão ou equívoco no julgamento do juiz que deixar de se manifestar

quanto a pedido contrário à orientação firmada pela jurisprudência. Qualquer das partes deverá opor os embargos de declaração, na forma do disposto no art. 1022, parágrafo único, se, nas decisões interlocutórias de mérito, bem como nas sentenças, o juiz deixar de aplicar o disposto no art. 489, §1º, incorrendo em omissão quanto ao dever de acatar precedente judicial obrigatório, ou ao de fundamentar eventual aplicação dos institutos da distinção ou da superação. Tutela da evidência poderá ser requerida quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, com base no art. 311, inc. II. Caso se efetive decisão com o vício de inobservância do precedente judicial obrigatório, poderá a parte propor a reclamação se se tratar de decisão ainda não transitada em julgado, como dispõe o art. 988, *caput*, do atual CPC. Deverá a parte sucumbente interpor o recurso cabível, caso se trate de precedente não impugnável pela via da reclamação. Tendo a decisão já transitado em julgado, a inobservância do precedente obrigatório ou a omissão quanto à alegação de qualquer das partes de que se tratava de caso distinto deverá ser impugnada por ação rescisória, nos termos do art. 966, inc. V e §§ 5º e 6º, do atual CPC. Caso o acórdão proferido no recurso do tribunal, em seus fundamentos, contrariar tese firmada em precedente obrigatório, dele caberá recurso especial ou extraordinário, devendo a parte, ora recorrente, fazer a prova da divergência, na forma do art. 1.029, §1º.

Quanto à postura dos julgadores, aplica-se igualmente o dever de observância dos precedentes obrigatórios, sob o risco de incorrerem nas penalidades previstas no art. 489, §1º, caso sejam omissos ou, em sua fundamentação, contrariem a orientação já firmada pela jurisprudência (v. análise do art. 927, §1º, *supra*). Assim, o juiz de primeiro grau, ao admitir o processo, constatando que o pedido do autor contraria tese firmada em precedente obrigatório, deverá proceder liminarmente ao julgamento de improcedência do pedido, com fundamento no art. 332, pois poderá ser instado a fazê-lo pela parte que apresentar a defesa. Os julgadores devem ainda observar o art. 489, §1º ao proferir as decisões, quer sejam interlocutórias, quer sejam definitivas, sob pena de suas decisões serem consideradas não fundamentadas, ficando, por essa razão, sujeitas à oposição dos embargos de declaração. Caso, eventualmente, a decisão viciada com fundamentos contrários à tese anteriormente firmada em precedente obrigatório seja devolvida ao tribunal, ao relator, em suas atribuições, caberá o mesmo dever de observância, podendo inclusive decidir monocraticamente com base nos arts. 932,

incs. IV e V; e 1.011, inc. I. Se o acórdão, por sua vez, divergir de entendimento firmado em jurisprudência das cortes superiores, fica a decisão passível de recurso aos tribunais superiores, em que o relator, ao receber a petição do recurso, procederá nos termos dos arts. 1.030, incs. I e II; e 1.035, § 3º, inc I.

Desse modo, ante o exposto, pode-se concluir que o dever de observar a jurisprudência vinculante, tal como se deve obedecer a lei, é tarefa que requer das partes e dos julgadores um estado mais alerta, bem como uma conduta mais proativa e dinâmica na condução do processo, posto que são eles os agentes responsáveis pela efetividade e eficácia do microsistema instituído.

Conclusão

Da leitura realizada, pode-se concluir que o microsistema de precedentes judiciais brasileiro, instituído nos arts. 926 a 928 do atual CPC, possui características do *commom law*; entretanto, não se configura como uma réplica desse sistema jurídico, haja vista que não veio substituir, mas sim agregar mecanismos ao sistema jurídico brasileiro vigente – o *civil law*.

O intuito dessa alteração trazida pelo CPC foi, principalmente, viabilizar um meio, reconhecidamente, mais eficaz de o processo civil, agora normatizado por um código constitucionalizado, ser um efetivo instrumento também na garantia da aplicação e preservação dos princípios da isonomia e da segurança jurídicas, reputados fundamentais em um estado de direito.

Nesse sentido, considerando a atual estrutura do microsistema, deve o operador do Direito, quer seja o Advogado, quer seja o Julgador – agentes responsáveis pela efetividade e eficácia do microsistema instituído –, cuidar para que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, não se limite à mera identificação e reprodução de julgados e ementas, mas sim utilize a interpretação e a análise com o maior grau possível de perícia técnica, lembrando que, nessa tarefa, deverá confrontar os motivos determinantes do caso análogo já julgado – o precedente – com os do caso em julgamento, observando se, de fato, o precedente é aplicável ao caso presente. Finalizada essa etapa, deverá ainda reavaliar a eventual necessidade de superação do precedente invocado, em respeito à natureza dinâmica do Direito.

Referências

- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2ª ed. atual., revista e ampliada. São Paulo. Ed. Saraiva, 2016.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Precedentes Judiciais - Teoria Geral e Implicações Práticas**. 2015. Em <http://savead.aeduvirtual.com.br/mod/resource/view.php?id=90915>
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual civil**. Vol 2. 10ª ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª ed. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do Novo CPC** – 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). **Coleção O Novo Processo Civil - Legitimidade dos Precedentes**. Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia, *et al.* **Guia Prático do Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paul: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da Persuasão a Vinculação*. Ed. Revista dos Tribunais, 2017.
- NERY JR., Nelson, *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016** – 3ª ed. rev., atual. e ampl., – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.
- ROMÃO, Pablo Freire, *et al.* **Precedente Judicial no Novo Código de Processo Civil: tensão entre segurança e dinâmica do direito**. Curitiba: Juruá, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenador), *et. al.* **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, artigo por artigo**. 1ª ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2015.