

INTRODUÇÃO

O Brasil apresentava até o advento da lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 que instituiu o novo Código de Processo Civil um modelo fraco de precedentes judiciais. Muito embora em alguns casos houvesse vinculatividade (ex. súmulas vinculantes) não havia uma regra geral de *stare decisis* e a recepção do modelo do *stare decisis* tinha sido até o presente momento apenas uma recepção parcial e mitigada. Tínhamos uma ideologia que, do ponto de vista cultural e normativo, compreendia os precedentes como instrumentos fracos de persuasão e não como normas vinculantes do nosso sistema. A teoria das fontes reconhecia aos precedentes um papel de fontes secundárias e a prática judicial lhes emprestava o caráter de argumentos de reforço, muitas vezes relevantes, mas não vinculantes em relação às decisões dos casos-atuais.

Na tradição brasileira adepta do *civil law* é possível constatar a ausência de uma cultura que permita a correta compreensão de institutos da *common law* e a absorção do fenômeno da vinculação dos precedentes judiciais. A aplicação obrigatória de precedentes judiciais implica uma conexão do *civil law* e da *common law*, de maneira a ampliar os horizontes hermenêuticos e a enfatizar a força criativa da função jurisdicional (*judge make law*). Entretanto os mecanismos dos enunciados sumulares, o julgamento de recursos por amostragem e o incidente de demandas repetitivas constituem técnicas embasadas no procedimento-modelo alemão e não da *common law*.

O precedente fornece uma regra (universalizável), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou da analogia entre *os fatos* do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevalecentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, - por assim dizer - “cria” o precedente (TARUFFO, 2014, p. 4).

O uso de jurisprudência tem características muito diferentes. Em primeiro lugar, falta a análise comparativa dos fatos, pelo menos na imensa maioria dos casos. Aqui, o problema depende do que realmente “constitui” a jurisprudência: trata-se, como se sabe, sobretudo dos enunciados sumulados (*massime*) elaborados pelo gabinete específico que existe nos Tribunais. A característica mais importante das máximas é que se trata de declarações, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm como objeto *regras jurídicas*. Essas

regras têm geralmente um conteúdo mais específico do que o ditado textual da norma de que constituem uma interpretação, mas são sempre formuladas como *regras*, ou seja, como enunciados gerais de conteúdo preceptivo (TARUFFO, 2014, p. 4-5).

Daí a necessidade de uma ressignificação de como os precedentes devem ser tratados na ordem jurídica brasileira.

2. DA METODOLOGIA UTILIZADA

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema - como o arcabouço jurídico que pavimenta a teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

3. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A teoria dos precedentes é uma teoria para Cortes Supremas. Isto quer dizer duas coisas: primeiro, que são as Cortes Supremas os principais destinatários de uma teoria dos precedentes por serem cortes de vértice e delas dependerem a uniformidade da interpretação do direito; segundo, porque também as Cortes Supremas devem ser vinculadas aos próprios precedentes do ponto de vista do ônus argumentativo para afastar a aplicação de um precedente ou superar um precedente antigo na aplicação atual. A teoria dos precedentes é ligada assim à teoria da interpretação e a atividade de interpretação e aplicação dos direitos pelos Tribunais. A racionalidade das decisões é garantida na medida da possibilidade de universalização para todos os casos análogos a partir das mesmas razões de decidir (ZANETTI JÚNIOR, 2016, p. 290-291).

Isso porque, o sistema de precedentes busca a “previsibilidade” das decisões mesmo que esta signifique, em alguns casos, deixar de decidir da melhor maneira. Contudo, na

hipótese de o caso em questão ser diverso do analisado ou na hipótese de as razões dadas no precedente exigirem superação, o precedente deixa de ser vinculante. O afastamento ou a superação do precedente somente será possível mediante um ônus argumentativo maior por parte do julgador, pois aplicável o “princípio de presunção a favor do precedente”. Precedente, assim, é diverso do conceito de jurisprudência, uma vez que precedentes não se tratam de várias decisões exemplificativas da opinião dos Tribunais, mas de decisões racionalmente vinculantes, antes de tudo, para o próprio órgão que decidiu nos casos análogos futuros (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 299).

Desse modo, a teoria dos precedentes procura conferir racionalidade ao sistema, garantindo a aplicação da Constituição e das leis, mesmo quando interpretações ativistas dos juízes procurem negar vigência e validade aos direitos nelas previstos. Assim, os precedentes não são regras de direito consuetudinário, mas regras formadas racionalmente, com pretensão de universalização (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 302-303).

Nesse sentido, o artigo 926 estabelece a obrigatoriedade de a jurisprudência se manter estável, íntegra e coerente o que constitui um dos pontos fulcrais do *stare decisis* do *common law*. O parágrafo 2º do artigo 926 diz que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Dessa forma, o artigo 927 cria o sistema de vinculação jurisprudencial ao determinar que os juízes e tribunais observem o disposto no inciso II que se refere sobre “os enunciados de súmula vinculante” e no inciso III, ou seja, “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Por sua vez, o *caput* do artigo 927 consagra o efeito vinculante (*binding effect*) dos precedentes judiciais, tanto no plano vertical (inciso IV) como no horizontal (inciso V). Também o parágrafo 1º do artigo 927 prevê a imprescindibilidade da fundamentação decisória ao estabelecer que as decisões que aplicam precedentes judiciais devem observar o artigo 10 que diz respeito sobre a proibição de decisão surpresa. Isso evidencia que, também na aplicação dos precedentes judiciais, é necessária a observância da garantia do contraditório (artigo 5º, LV, CF) e dos requisitos legais de motivação decisória.

Daí o parágrafo 1º do artigo 489 preceituar que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão” que “inciso V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” ou inciso 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”.

Também os casos de (*distinguishing*) e de (*overruling*) conforme o parágrafo 4º do artigo 927 depende de “fundamentação adequada e específica, considerando-se os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. Registre-se ainda que o parágrafo 2º do artigo 927 permite “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos” abrindo a possibilidade de realização “de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”.

O parágrafo 3º do artigo 927 admite a modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica das decisões que alteram “jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”. Por sua vez, o parágrafo 5º do artigo 927 estabelece que “os Tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

Nesse contexto, os precedentes no direito brasileiro exigem, a partir do CPC/2015, a consideração do caso concreto (unicidade de fato e direito, artigo 489, § 1º, V, c/c artigo 926, § 2º). Justamente por isso, o CPC/2015 prevê a obrigatoriedade, quando se tratar de aplicar um precedente, de explicitar, na motivação da decisão, a relação da causa ou questão decidida com os “fundamentos determinantes” do caso-precedente, ou, quando se tratar de deixar de aplicar um precedente vinculante, a demonstração da existência de distinção ou de superação do entendimento, na forma do artigo 489, § 1º, VI, sob pena de considerar a decisão não fundamentada (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 346-347).

Note-se, ademais, que o artigo 8º, que deve ser combinado com o artigo 5º, II, da CF/88, exige a observância do princípio da legalidade, claro sinal de que um modelo de precedentes no Brasil não significa o abandono da observância da lei escrita, mas seu complemento necessário, na integração entre a atividade do legislador e a atividade do juiz; criação de um sistema agravado e mais rigoroso de controle de precedentes vinculantes normativos (de jure), com reforço dos meios de impugnação, por exemplo, com a previsão da “ação de reclamação”, diretamente ao Supremo Tribunal Federal, para observância de precedentes constitucionais, nos casos expressos em lei (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 347).

A previsão no artigo 1.035 de que constitui caso de “repercussão geral”, portanto, admitindo-se por hipótese do Recurso Extraordinário, quando a decisão impugnada tenha atingido súmula ou precedente do STF. Por fim, a previsão do “agravo extraordinário”, artigo

1.042, para fazer subir às Cortes Supremas brasileiras os recursos sobrestados em julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos. Percebe-se, aqui, especialmente, que o modelo projetado permite a alegação de distinção e de superação do precedente tomado como paradigma para a inadmissibilidade do recurso agravado (artigo 1.042, § 1º, II, do NCPC).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal razão para a adoção de um sistema de precedentes é a racionalidade, ou seja, a premissa de que as decisões judiciais devem tratar igualmente casos iguais, porque, quando foram decididas, assim o foram com pretensão de universalidade e estabeleceram-se, por consequência, como ônus argumentativo em relação às decisões futuras que destas pretendam se apartar (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 333).

Ademais, uma das claras vantagens de se colocar a tônica da universalização da regra resultado da aplicação do caso-precedente é a vinculação dos próprios juízes ou Tribunais que tomaram a decisão (*self-precedent* ou autoprecedente). A necessidade de previsibilidade, que se desdobra em confiança legítima por parte do cidadão em relação aos órgãos de administração da justiça e segurança jurídica, consistente no maior grau de certeza possível sobre o que é o direito, permitindo aos cidadãos exercerem suas liberdades mediante trâfegos econômicos e sociais tutelados pelo direito, obriga que tradições jurídicas fundadas na legalidade disciplinem claramente na lei qual a força normativa dos precedentes, quando conteúdo *de jure*, formal, à vinculatividade das decisões dos Tribunais (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 335-339).

Tanto na doutrina, quanto na prática jurídica, percebe-se uma enorme confusão conceitual no processo argumentativo ao se defender a aplicação de “súmulas”, “súmulas vinculantes”, “jurisprudência”, “julgados” e “precedentes”. Nesse processo não é raro que os operadores jurídicos defendam como “vinculante” jurisprudência preventiva, de modo que o precedente é criado e aplicado ao mesmo tempo. E não apenas as partes sofrem dessa confusão, mas os próprios juízes que aplicam precedentes em suas decisões: falta a habilidade de manejo do *distinguishing* e do *overruling* e no respeito e continuidade às decisões proferidas pelos Tribunais (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p. 180-181).

Portanto, nota-se a necessidade de adoção de uma sólida teoria de precedentes, para que o sistema judicial brasileiro possa gozar dos benefícios de previsibilidade, excelência e qualidade na produção de decisões judiciais que países legatários da doutrina do *stare decisis*

gozam, minando problemas de insegurança jurídica e morosidade para os litigantes, num contexto de amplo acesso à justiça (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p. 182).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 62, jan.-jun., 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. In: **Civilistica.com** Rio de Janeiro, a. 3, nº 2, jul.-dez., 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia>>. Data de acesso: 16 abr. 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.