# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

**FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA**

**NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA**

**PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA**

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – Conpedi**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
**Secretário Executivo** -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Conselho Fiscal**
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

**Secretarias**
**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Natercia Sampaio Siqueira, Paulo Roberto Coimbra Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-064-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Jurisdição. 3. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

---

## Apresentação

Com satisfação prefaciamos o livro Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, fruto dos trabalhos apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe de 03 a 06 de junho de 2015.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho, pudemos testemunhar relevante espaço voltado a divulgação do conhecimento poduzido por pesquisadores de todo o país, em sua maioria vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Com efeito, os trabalhos aqui publicados reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas a jurisdição, processo e a própria efetividade da Justiça.

Fica aqui o convite a leitura da obra, que conta com trabalhos que abordam as inovações trazidas a lume pelo novo código de processo civil, bem como as discussões mais atuais dentro do tema relativo a efetividade da prestação jurisdicional.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Professora do Mestrado em Direito da UFS e UNIT

# A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

# A BINDING FORCE OF THE FOREGOING THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE

**Sinara Cristina Da Silva Pereira**
**Lucimara Andreia Moreira Raddatz**

**Resumo**

O presente artigo científico tem como objetivo dissertar acerca no novo instituto criado com o advento do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, qual seja, a força vinculante dos precedentes que agora está positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, discorreremos sobre os precedentes judiciais no direito brasileiro, fazendo uma análise breve de sua origem até o marco do texto vinculante inserido agora como regra em nosso ordenamento. Falaremos também sobre a importância da fundamentação das decisões judiciais no novo modelo agora imposto, com as novas regras que foram aprovadas na Lei. Por fim, faremos um breve discurso acerca das técnicas de aplicação e superação dos precedentes judiciais.

**Palavras-chave:** Common law, Sistema, Súmula, Demandas

**Abstract/Resumen/Résumé**

This research paper aims to lecture about the new institute created with the advent of the New Brazilian Civil Procedure Code, that is, the binding force of precedents is now positivado the Brazilian legal system. Therefore, we will discuss judicial precedents in Brazilian law, making a brief analysis of its origin to the framework of binding text entered now as a rule in our system. We'll talk also about the importance of the reasoning of judicial decisions in the new tax model now, with the new rules that have been approved by law. Finally, we will make a short speech about the application of techniques and overcoming the judicial precedents.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Common law, System, Summary, Demands

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema processual civil vem buscando se adequar à realidade social brasileira, desde sua elaboração, na década de 70, foram realizadas muitas alterações no instituto processual, mas ainda sim, estas não foram suficientes, vez que as modificações pontuais acabaram por desconfigurar a sistemática proposta originariamente, e a engrenagem do processo acabou por perder a sincronia e a celeridade no julgamento das lides.

Um código norteador de todo processo judicial brasileiro, não só do civil, vez que aplicado subsidiariamente, não poderia ter as lacunas de um sistema que, ao se refazer aos poucos acabou por perder sua essência procedimental e cada um destes espaços foi sendo utilizado das mais variadas formas de modo a criar processos intermináveis e decisões díspares.

Apresentado em 2010, o projeto de um novo código de processo civil foi elaborado de forma buscar a sistematização e o fechamento das arestas criadas com as frequentes alterações sofridas.

Dentre os objetivos perseguidos na implantação do novo código está uma nova dinâmica de realizar a Justiça, capaz de satisfazer a crescente demanda que ocasiona o abarrotamento do Poder Judiciário e uma das propostas apresentadas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com vacatio legis de um ano, é a vinculação das decisões aos precedentes judiciais.

O texto do Novo Código de Processo Civil contém dispositivos expressos que contemplam o tema.

O sistema brasileiro já adota o precedente vinculante desde 1993, quando foi inserido o § 2º ao artigo 102 da Constituição Federal, e tem se inclinado cada vez mais nessa direção. Como exemplo têm-se as súmulas vinculantes, a repercussão geral e os recursos especial e extraordinário sob o regime das causas repetitivas. Mesmo assim se trata de uma grande inovação diante da amplitude do tratamento dado à matéria no novo *codex*, bem como a forma de vinculação obrigatória.

Dentro do estudo dos precedentes no direito brasileiro, no texto da nova Lei, serão analisados os institutos do *distinguishing* e *overruling* e suas aplicações e relevâncias. Por fim, será feita uma análise da inserção dos precedentes no nosso sistema jurídico, realizando um panorama simplificado dessa sistemática.

## 2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO – BREVE ANÁLISE DA ORIGEM ATÉ O TEXTO VINCULANTE CONSTANTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Oriundos do sistema do *common law*[1], os precedentes judiciais estão ganhando força no sistema processual brasileiro[2], o qual é filiado ao sistema *civil law*. Naquele sistema, os precedentes são fontes primárias do Direito, em que a decisão judicial tem como base o julgamento anterior de um caso concreto específico, considerado paradigmático.

No nosso sistema, temos a lei como fonte primária do Direito com fundamento no positivismo jurídico (LOURENÇO, 2011). Ocorre que o Novo Código de Processo Civil tem previsão da adoção da vinculação aos precedentes pelos juízes e Tribunais expressamente, assim, passaremos a tê-los como fonte primária, eis que não mais supletiva e complementar, mas obrigatória, pelo menos nas tratas expressamente no art. 927.

Chegaremos bem mais próximos ao sistema da *common law* por meio dessas alterações legislativas, que impõem a observação e a mesma interpretação dos julgados anteriores referentes às matérias apreciadas pelos Tribunais[3].

A superação do paradigma positivista viria com a demonstração pela experiência de que o ordenamento possuía lacunas e era insuficiente para solucionar todos os litígios, muitos deles sem expressa previsão legal, o que mostrava que a atuação criativa do intérprete era absolutamente necessária para desempenhar uma função integrativa por ocasião dos julgamentos (CRUZ E TUCCI, 2004. p.202).

É relevante observar que o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, quer vinculado à família da *civil law* (como o Brasil), quer vinculado à família da *commow law* (como os Estados Unidos e a Inglaterra). A diferença, na verdade, está no grau da autoridade (eficácia) que possui (DIDIER JÚNIOR, 2009).

---

[1] Michele Taruffo (2011, p. 140) assinala que "pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos jurídicos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil law*".

[2] Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 129) distingue os sistemas e defende uma diferenciação deles mesmo com a utilização de mecanismos idênticos, mencionando que "a Adoção da súmula vinculante pelo direito positivo brasileiro tem gerado a impressão de que, por isso, nosso sistema processual-constitucional se estaria aproximando do que existe nos países de common law. Essa impressão, em nossa opinião, é equivocada. Estamos, isto sim, buscando a realização dos mesmos valores pro esse sistema prezados, habitualmente referidos pelas expressões *equlity*, *uniformity*, *stability*, *predictability*, mas por caminhos diversos, que, a nosso ver, são típicos do civil law".

[3] Imaginou-se, na tradição da *civil law*, que a lei seria suficiente para garantir a igualdade. A segurança jurídica dependeria da estrita aplicação da lei. Porém é curioso perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law*, tendo sido utilizada, no princípio, para negar a importância dos tribunais e das suas decisões, e, por último, para fundamentar o *stare* decisis (MARINONI, 2014).

A exemplo da súmula vinculante e de outros institutos já utilizados em nosso sistema, os precedentes servirão de base para os julgamentos futuros. Após o assentamento da matéria pelo Tribunal, passam estes a serem obrigatórios para as decisões a eles subordinadas.

Didier Júnior (2009) cita o entendimento de Tucci muito elucidativo para o tema: todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi)* do provimento decisório. Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, deve-se entender que o que tem caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio dicidende*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente.

O julgador, de posse de um caso concreto deverá analisar nos julgamentos dos Tribunais Superiores, qual o entendimento acerca daquela matéria, porém tendo como foco em sua análise, a *ratio decidendi*, até porque é muito difícil um caso ser exatamente idêntico a outro, no entanto a razão da decisão deverá ser a mesma.

Muitas consequências advirão da nova sistemática. Se, por um lado, tende a diminuir as divergências entre posicionamentos dos julgadores promovendo uma maior estabilidade jurídica e isonomia, por outro, poderá ocorrer certa restrição na interpretação do juiz e uma necessidade das partes em demonstrar que seu caso efetivamente não se encontra elencado naquela matéria repetitiva, de entendimento contrário à sua pretensão.

Esse engessamento se justifica, pois se torna inútil os juízes e os tribunais criarem expectativa de direito com base em entendimento diverso dos Tribunais Superiores e, por meio de recursos, a decisão ser modificada.

A utilização dos precedentes como técnica processual deve-se ao grande aumento das demandas judiciais e à considerável demora no julgamento dos processos. Estefânia Viveiros (2013, *on line*) analisa essa necessidade para efetividade ao direito quando e explana que “a multiplicidade de processos com identidade temática impôs mudanças no sistema de julgamento dos processos. A decisão pode ser encurtada se amparada nos precedentes, o que dará efetividade ao direito”.

Outro ponto que deve ser avaliado, com relação à celeridade/efetividade jurisdicional com aplicação dos precedentes, refere-se ao tempo que os Tribunais Superiores levarão para sedimentar o entendimento a ser seguido pelos demais Tribunais e Juízes em Primeira Instância. Isso porque, a exemplo da atual dinâmica, os processos permanecem suspensos aguardando julgamento de matéria repetitiva por períodos, muitas vezes superiores ao tempo que levaria o curso do processo individualmente. Atualmente existem 811.167 processos sobrestados pela Repercussão Geral (STF, 2005, *on line)*, aguardando julgamento definitivo.

Com a utilização da vinculação obrigatória, deve ser realizado um trabalho intensivo nas Cortes Superiores para que julguem com prioridade os processos/teses, em que existem milhares de processos aguardando seguimento para se filiarem ao entendimento da matéria dada pelos Tribunais.

No novo Código de Processo Civil, no Título da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos Tribunais, em suas disposições gerais, consta o dever de os Tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Ainda nesse título e, mais diretamente ao tema proposto, temos, no artigo 927, que:

> Os juízes e os tribunais observarão:
> I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> II – os enunciados de súmula vinculante;
> III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
> IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
> V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
> § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.
> § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
> § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
> § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou da tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.
> § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Há, no texto do novo *codex*, uma determinação expressa que vincula diretamente Juízes e Tribunais a seguirem as decisões dos Tribunais Superiores, conforme texto supra, que ora transcrevemos diante da novidade legislativa por ele trazida.

Note-se que houve uma ampliação no novo código, tanto acerca dos precedentes, quanto com relação à vinculação. O que antes ocorria na forma aleatória, não vinculativa, de acordo com a nova norma, decorrerá de dever emanado da Lei.

Com a utilização dos precedentes, pretende o legislador que o processo torne-se mais célere, visto que a tendência é que se diminuam os recursos, considerando que desde a decisão em primeiro grau o entendimento já será o das Cortes Superiores.

Além da celeridade, outro objetivo perseguido pela vinculação obrigatória dos precedentes é a isonomia. Teresa Arruda Wambier (2009) defende que não se pode admitir que o mesmo caso concreto, enfrentado por jurisdicionados diferentes, receba decisões diferentes. A vinculatividade aos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade, e a igualdade é atingida por meio da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem se considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma.

Se levado a termo e utilizado conforme uma análise do fundamento jurídico[4] que deu origem aquele precedente, com certeza trará maior celeridade, segurança jurídica e isonomia ao tratar os casos que realmente sejam iguais. No entanto, para isso, é necessária uma apreciação detida acerca de cada caso.

Para que ocorra essa verificação caso a caso no momento da decisão, o artigo 489 do Novo Código de Processo Civil dispõe que constitui elemento essencial da sentença a fundamentação. Também em seu § 1°, V, dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que 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. Ainda no mesmo artigo, no inciso VI dispõe que, igualmente, não se considera fundamentada a sentença que

[4] Figure-se, por exemplo, em um sistema no qual inexista cláusula geral em matéria de direito dos contratos, o julgamento de uma variedade de casos em que os magistrados decidam ter havido inadimplemento contratual por parte de um ou de ambos contratantes, partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada, pelo juiz 'A' em uma referência à equidade; pelo juiz 'B' , ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o *decisum*, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpresso legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base em uma interpretação integradora da vontade contratual. Em todas essas situações, a sentença poderá estar adequadamente fundamentada. Contudo ninguém discutirá que a dispersão dos fundamentos utilizados dificultará sobremaneira a pesquisa dos precedentes, pois será quase impossível visualizar a identidade da *ratio decidendi* existente em todos os exemplos acima figurados, "a menos que seja facultado (ao juiz do caso atual) consultar toda a matéria de que se serviu o juiz (dos casos precedentes) na sua integralidade", o que se afigura, na prática, fantasioso. Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito – pela dificuldade na reiteração da hipótese nova –, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isso, à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes (MARTINS-COSTA, 1999, p. 10-11).

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.

Segundo o dispositivo supra, haverá a necessidade de fundamentação determinante[5] de adoção ou de rejeição dos precedentes, conforme o caso que está sendo analisado. Aqui não se trata de agrupamento de decisões em processos judiciais análogos, mas uma detida análise dos fundamentos que levam a seguir ou não aquele precedente.

Não basta que o julgador indique o precedente ou a súmula em sua decisão, e sim é necessário que ele identifique os fundamentos determinantes que o fizeram decidir daquela forma. Tem de explicitar os motivos pelos quais está aplicando aquele entendimento do Tribunal, bem como quando não seguir determinado entendimento deverá apontar as razões que o fizeram rejeitar algum precedente, demonstrar que aquele caso concreto, pelos motivos trazidos, não são idênticos a determinado entendimento e, que por isso, não utilizará.

Didier Júnior (2009, p. 393) traz exemplo de Marcelo Souza, que demonstra bem a *ratio decidendi* (tese jurídica), ou seja, alguma peculiaridade que o diferencia (neste caso) ou se iguala ao paradigma, ao citar que,

> Em *Bridges v. Hawkesworth* [1985] LJ 21 QB 75, a um consumidor foi reconhecido o Direito de guardar o dinheiro que ele encontrou no chão de uma loja. Diferentemente, em South Staffordshire Water Company v. Sharwood [1986] 2 QB 44, a uma pessoa que encontrou dois anéis de ouro na lama do fundo de um reservatório de água não foi reconhecido o direito de retê-los, porque o lugar em que os achou não estava aberto ao público.

O juiz terá de abstrair as razões fáticas do caso e tomar como paradigma a razão jurídica que o levou a obter aquele entendimento. Os casos supraexemplificados aparentemente não trazem semelhanças, porém a tese jurídica pode ser aplicada a ambos em razão da peculiaridade, ainda que seja para afastar o direito.

Algumas críticas ao novo sistema se fundam na ideia de que, dessa forma, o judiciário estaria agindo em substituição ao legislativo, visto que o julgamento se dá em razão da interpretação dada da norma e não simplesmente a lei. Porém a criação da lei tem como pressuposto abarcar uma generalidade fática e abstrata, e os casos que chegam ao litígio judicial necessitam de uma decisão concreta. Deve-se deixar de lado a opinião de que o Poder

[5] O que é correto em um sistema jurídico depende essencialmente do que está autoritariamente ou institucionalmente estabelecido e o que se ajusta a isso. A argumentação jurídica está vinculada às leis e aos precedentes e deve observar o sistema de direito elaborado pela dogmática jurídica (ALEXY apud MARINONI, 2014, p.126).

Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto (ÁVILA, 2007, p.34).

Com relação aos efeitos vinculantes que teremos com a previsão obrigatória contida no novo Código, Cruz e Tucci (2004, p. 26) assinala que, enquanto nos países que adotam o modelo da *commow law* a força vinculante dos julgados tem se tornado mais flexível, os ordenamentos jurídicos codificados, como o nosso, te atribuído inegável valor aos precedentes, atendo-se os juízes à fundamentação da *ratio decidendi* neles exposta e adotando-os em julgamentos futuros de casos semelhantes.

Dentre os defensores da utilidade dos precedentes no sistema processual civil brasileiro, destacamos os ensinamentos de Marinoni (2011, p. 459), para quem

> Os precedentes constitucionais, vistos como os precedentes do Supremo Tribunal Federal, não podem deixar de ter força obrigatória perante os demais juízes e tribunais, pouco importando o local em que brotem, seja em controle concentrado ou em sede de controle difuso. O mesmo se pode dizer em relação aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, cuja missão constitucional é definir a interpretação da lei federal. É completamente irracional o sistema que possui tribunais superiores para definir o sentido da lei federal e da Constituição e, ainda assim, convive com decisões discrepantes dos tribunais ordinários, Isto não apenas é irracional, como nega a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade perante as decisões judiciais.

Entretanto há autores que também listam uma série de desvantagens para o uso dos precedentes vinculantes, quais sejam: rigidez do sistema, complexidade da doutrina dos precedentes e distinções ilógicas, violação da independência dos juízes, violação à teoria da tripartição dos poderes, obstáculo ao desenvolvimento do direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais e óbice à realização da isonomia substancial.

Dentre os doutrinadores que avaliam alguns pontos negativos da nova dinâmica, encontra-se Bueno (2014, p. 31), o qual expõe que

> [...] a dificuldade em se aceitar este novo padrão reside em verificar que, diferentemente do que sempre se deu no direito processual civil brasileiro, cada vez mais o julgamento de uns poucos casos tem condições de vincular (de forma mais ou menos intensa; com ânimo de obrigatoriedade, ou não) resultado de outros futuros. A dificuldade deve ser sublinhada mesmo quando o “ser afetado” pela decisão pretérita significa, quando menos, que o procedimento a ser adotado

> para resolução de uma nova demanda sofrerá alterações profundas justamente em face do que já se decidiu em demanda anterior.

Outro ponto que merece atenção refere-se ao artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, que traz em seu conteúdo que, "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Tal dispositivo, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, recebe um alargamento, pois em caso de lei omissa ou não, serão aplicados os entendimentos dos Tribunais Superiores, que deverão ser seguidos pelos juízes e tribunais. Em não havendo alguma interpretação por aqueles, aí é que serão aplicados a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, tendo em vista que os precedentes decorrem diretamente da Lei com a previsão do art. 927.

Ademais, ainda na LICC, existe a previsão, em seu artigo 3º, que "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece". Ocorre que, com a vinculação aos precedentes pelos julgadores, além dos aplicadores do direito terem de ter conhecimento da lei e dos julgados pelos tribunais, caberá aos cidadãos agirem conforme os entendimentos dos Tribunais acerca de determinadas matérias[6], visto que a interpretação da lei decorrerá destes.

Sabemos que os Tribunais não alterarão a legislação. O que será sedimentado será a lei do caso concreto para futuras relações que sejam idênticas, pelo menos que exista a possibilidade de utilização da mesma tese jurídica. No entanto, a exemplo do que ocorre atualmente, os precedentes deverão receber maior atenção dos Tribunais de forma que fiquem claros seus entendimentos.

## 3 A IMPORTÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A fundamentação judicial não é inovação do novo sistema processual civil, porém com a adoção dos precedentes vinculativos, assim como ocorre no *commow law* ela assume um papel primordial para que os casos futuros quando comparados sejam apreciados e seguidos conforme as razões que levaram ao julgador decidir de determinada maneira.

[6] "No mínimo é provável que os particulares, leigos, confiando na informação proporcionada pelos peritos em Direito, venham a tomar medidas e propor negócios jurídicos com base naquele direcionamento" (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 8).

Não se trata de uma exigência processual apenas, as partes do processo, vencedor e vencido, devem ficar convictas de que aquela decisão tem sua razão de ser, e a sociedade passa a definir sua postura com base nestes entendimentos.

Igualmente ao sistema de *commow law*, seja uma Corte Suprema ou um Tribunal Constitucional, há sempre a necessidade de que sejam expostas à sociedade pelo julgador, por escrito, as razões das suas decisões, de modo a convencer a opinião pública da legitimidade daquilo que ficou decidido (SILVA, 2012, p. 192).

A influência dos precedentes também desempenha o papel de estimular os juízes a serem mais cuidadosos ao proferirem suas decisões, cientes que a fundamentação por eles invocada poderá ser posteriormente utilizada por outro julgador em caso subsequente, mas semelhantes ao anterior, além de demover os litigantes da ilusão de obter uma resposta diferente para o julgamento do seu caso (PORTO, 2005, p. 766)

A questão da confiabilidade no Poder Judiciário como responsável pela solução dos conflitos, perpassa necessariamente pelo grau de convencimento que as decisões judiciais atingem perante a sociedade, pois além das partes, a decisão serve de parâmetro para condutas futuras das pessoas.

A intervenção do conhecimento e da valoração pelo julgador na aplicação do Direito se faz necessária. O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma *argumentação racional.* Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre a sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da *razão prática* e as concepções gerais de justiça consolidadas na comunidade (ALEXY, 2005, p. 53-54).

Não há como a legislação prever todos os casos, mesmo que abstratamente e os casos propostos a solução do Judiciário tem que ser apreciados e decididos pelo julgador na forma mas justa possível que será justificada através da sua fundamentação jurídica.

Na fundamentação jurídica da decisão, temos como ponto de crucial importância a *ratio* que é o princípio, o motivo, a razão jurídica ligada aos fatos essenciais da causa, que fez com que o caso anterior fosse decidido de determinada maneira e que terá força vinculante para situações futuras que lhe sejam similares (CAZETTA JÚNIOR, 2007, p.193)

O que deverá servir de base para novos julgamentos de matérias similares, mesmo que as situações fáticas sejam diversas, será a *ratio* que deverá ser detidamente explanada na fundamentação da decisão, a fim de possibilitar a sua extração em casos análogos para posteriores apreciações.

O julgamento em si não é a regra do direito, mas contém essa regra, que será aplicada na resolução de outros casos análogos futuros. Cabe ao intérprete extrair o princípio (regra de direito) assentado em cada precedente (SILVA, 2012, p. 197).

A fundamentação das decisões sempre teve um papel de destaque no ordenamento jurídico, porém em caso de eventuais falhas ou déficit em processos com base no código de 1973, não gerava um prejuízo imediato a casos análogos que fossem julgados posteriormente, porém a partir da vigência da nova Lei, a atenção dos julgadores com relação a fundamentação, motivação e a *ratio decidendi* passam a ser essenciais para a aplicação da nova sistemática.

## 4 TÉCNICAS DE APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES – *DISTINGHISHING* E *OVERRULING*

Com a previsão da vinculação aos precedentes, importante analisarmos as formas de apreciação destes para a adoção, rejeição ou ainda superação da matéria decidida. Do contrário, seria a perpetuação de entendimento que poderia ficar em desacordo com as alterações sociais.

Como vimos, nos sistemas de precedentes, percebe-se que a observância de um precedente no caso em julgamento requer uma confrontação entre os fatos materiais (relevantes) dos dois casos, para assim saber se a *ratio decidendi* do primeiro afigura-se adequada a servir de motivo determinante à decisão que venha a regular as consequências jurídicas dos fatos do caso em julgamento (ATAÍDE JUNIOR, 2012). É necessário descartar da decisão os pontos que não foram relevantes para, após perceber o núcleo determinante, analisar se aquele caso contém os mesmos fundamentos do julgado paradigma, caso contrário, o precedente não será utilizado.

A técnica de verificação e diferenciação entre os fatos relevantes de dois casos recebe a denominação de *distinguishing*[7][8]. Ela revela a inadequação da aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento, em virtude da diversidade fática entre os

[7] Da possibilidade de demonstração de que determinado precedente não se aplica ao caso sob julgamento, cujas peculiaridades o tornam distinto daquele que deu origem ao precedente (MARINONI, 2014, p. 138).

[8] É o método pelo qual se faz essa comparação/interpretação. Se, feita a comparação, o magistrado observar que a situação concreta se amolda àquela que deu ensejo ao precedente, é o caso de aplicá-lo (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 394).

mesmos. Assim, dá flexibilidade ao sistema, não o engessando, e faz justiça no caso concreto (ATAÍDE JUNIOR, 2012).

O *overruling* é a técnica por meio da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. Assemelha-se à revogação de uma lei por outra. Essa substituição pode ser (i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou (ii) tácita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição inferior, embora sem expressa substituição desta última – trata-se de hipótese rara (DIDIER JUNIOR, 2009).

A revogação de precedentes ocorre tanto no plano horizontal (órgão revoga seu próprio precedente) como também no plano vertical (tribunal superior revogando um precedente de um inferior hierárquico). Os requisitos básicos são a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica (ATAÍDE JUNIOR, 2012).

Há a perda da congruência social quando um precedente passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. As proposições morais determinam uma conduta como certa e errada a partir do consenso geral da comunidade; as políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral; e as de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona (MARINONI, 2011).

A perda da consistência sistêmica ocorre quando deixa de guardar coerência com outras decisões, quando há uma nova concepção geral em termos de teoria ou dogmática jurídica, a evidenciar que aquilo que se pensava acerca de uma questão ou instituto jurídico se alterou.

Esse ponto referente à confiança nas decisões e aos efeitos que a revogação do entendimento pelo Tribunal podem representar é elencado por Marinoni (2014, p. 138-139), o qual assevera que

> A revogação de um precedente pode lesar a confiança justificada na Corte, ocasionando surpresa injusta ao litigante que se portou em conformidade com a regra estabelecida pelo tribunal. Daí a razão pela qual os tribunais encarregados de definir o sentido da Constituição e a interpretação da lei federal não podem dispensar o poder de modular os efeitos retroativos da decisão revogadora de precedente vale dizer, de jurisprudência consolidada que, por bom período de tempo, orientou o comportamento dos jurisdicionados. A Corte, ao revogar o precedente, deve declarar os efeitos de sua decisão em relação ao caso sob julgamento, bem como aos demais casos que estão em juízo ou

> ainda estão por vir, podendo atribuir efeito puramente retroativo[9], limitar a retroatividade, dar efeito prospectivo a partir da data ou evento futuro. A decisão, evidentemente deve ser justificada.

Diante de um dos objetivos da criação da vinculação aos precedentes ser a segurança jurídica, nada mais justo que, em caso de superação de entendimento, as condições sejam amplamente justificadas e os efeitos delimitados, possibilitando aos jurisdicionados uma observância da nova interpretação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso dos precedentes vinculantes gera uma série de vantagens, entre elas: segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, igualdade, celeridade, definição de expectativas, racionalização do duplo grau de jurisdição, duração razoável do processo, tudo em busca de uma nova dinâmica capaz de auxiliar para uma maior eficiência do judiciário.

Diante das vantagens percebidas pelo uso dos precedentes obrigatórios e também por muitas das desvantagens serem mais aparentes do que reais, os pontos positivos parecem suficientes para demonstrar a importância do uso de precedentes vinculantes.

Verifica-se uma aproximação entre os dois grandes sistemas jurídicos estudados neste trabalho. Primeiramente, o *civil law*, que tem a lei como fonte primária do direito, se rendeu à importância da utilização das jurisprudências, principalmente com a vinculação obrigatória, devido ao constitucionalismo, ou seja, momento em que a lei perdeu sua supremacia submetendo-se à Constituição.

Dessa forma, a atividade dos juízes de primeiro grau com a positivação dos precedentes no Código de Processo Civil se tornará bem parecida com a dos juízes do *common law*.

Verifica-se também que a utilização dos precedentes judiciais obrigatórios é o melhor caminho para que haja segurança, igualdade e estabilidade no sistema jurídico. Não há mais como aceitar que casos iguais sejam decididos de maneira diferente. O uso dos

[9] Contrário a esse entendimento está Ferraz Junior (apud DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 404), para quem, "em síntese, a mencionada analogia significa que, assim como os fatos jurídicos pretéritos (mesmo quando não constituam atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos) são protegidos contra a retroatividade da lei nova, valendo a lei, à época, de regência, jurisprudência pretérita, de fato, constante e longamente reiterada, há também de ser considerada para casos iniciados antes da nova orientação jurisprudencial".

precedentes vinculantes tem esse importante papel no sentido de que trata os casos iguais de maneira igual, sem surpresas ou prejuízos aos jurisdicionados.

Sendo assim, o uso de precedentes com força vinculante parece ser uma boa alternativa de instrumentalizar o sistema jurídico brasileiro, reduzindo-se o tempo de duração do processo, a demanda e a insegurança jurídica.

Resta-nos saber se haverá uma preferência no julgamento pelos Tribunais Superiores a fim de se estabelecer prioridades para o julgamento dos paradigmas dos milhares de processos que estarão aguardando o direcionamento para a interpretação das matérias consideradas repetitivas ou de dispositivos que deem margens a interpretações diversas.

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil no sistema jurídico positivo, após a vacatio legis, deverão ser desenvolvidas as técnicas capazes de viabilizar a melhor forma de propiciar uma consulta esquematizada aos juízes para filiarem-se às decisões dos Tribunais. Isso proporcionará a celeridade com efetividade na prestação jurisdicional e a garantia da segurança jurídica, anunciadas pelos precedentes judiciais vinculativos obrigatórios.

## REFERÊNCIAS


ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. reimpressa. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. v. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **Adoção de uma Doutrina de precedentes, suas virtudes e defeitos**. A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais. Coleção Andrea Proto Pisani. v. 3. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. **Os precedentes judiciais nos Estados Unidos:** apontamentos para uma comparação. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 244, 2007.

CRUZ ETUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIDIER JR. Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 15. ed. rev. ampliada e atual. São Paulo: JusPodivm, 2013.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 4. ed. rev. ampliada e atual. São Paulo: JusPodivm, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: NERY JR., Nelson; CARRAZZA, Roque Antônio; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2007.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Adoção de um sistema de precedentes no Brasil como reflexo da atual ordem constitucional**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13487/adocao-de-um-sistema-de-precedentes-no-brasil-como-reflexo-da-atual-ordem-constitucional>. Acesso em: 3 jan. 2015.

LOURENÇO, Haroldo. Precedentes Judiciais como fonte de Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. In: **Temas atuais de processo civil**, v.1. N.2.12/2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166- precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 27 jan. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Common law, civil law e o precedente judicial.** In: MARINONI, Luiz Guilerme (Coord.). Estudos de direito processual civil, Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das decisões judiciais.** São Paulo: Atlas, 2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 5. ed. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Processos sobrestados em razão da repercussão geral**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>. Acesso em: 31 jan. 2015.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, v. 199, ano 36, p. 140, set. 2011.

VIVEIROS, Estefânia. A força dos precedentes e da jurisprudência no CPC projetado. In: **Revista Justiça & Cidadania**. n. 158. Rio de Janeiro: JC, 2013. Disponível em:

<http://www.editorajc.com.br/2013/10/forca-precedentes-jurisprudencia-cpc-projetado1/>. Acesso em: 26 jan. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 129, jun. 2009.

_____. Súmula Vinculante: A Figura do Common Law? In: **Juris Plenum**. n. 57. Paraná: Editora Plenum, 2014.