

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

Alessandro Paulo Bruzzo

PRECEDENTES E O NOVO CPC (2015)

Porto Alegre
2016

Alessandro Paulo Bruzzo

PRECEDENTES E O NOVO CPC (2015)

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero.

Porto Alegre
2016

RESUMO

Os sistemas *civil law* e *common law* sempre tiveram as suas diferenças exacerbadas talvez pelo desconhecimento do operador do direito em relação a um conhecimento mínimo sobre o *common law* e os precedentes - O desconhecimento leva ao medo, afastamento, crítica e retaliação. O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015) traz em alguns artigos que tem alcance sobre todo o próprio código, o tema dos precedentes. A doutrina dos precedentes, aliada com uma nova teoria da interpretação que distingue norma de texto, e mais uma doutrina que visa romper com paradigmas (verdadeiro *breakthrough* de pensamento), nos faz visualizar o STF e STJ com novas roupagem, como Cortes Superiores e Cortes Supremas e talvez finalmente, melhor garantindo a segurança jurídica do sistema jurídico Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: PRECEDENTES. *COMMON LAW*. *CIVIL LAW* .TEORIA DA INTERPRETAÇÃO.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

CPC	Código de Processo Civil (Lei 13.105/15)
NCPC	Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15)
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Superior Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 CONTEXTO JURÍDICO.....	7
2.1 Contexto Histórico	7
2.2 Contexto Interpretativo.....	10
2.3 Contexto das Cortes.....	12
3. PRECEDENTE.....	14
3.1 <i>Stare decicis</i> – Horizontal e vertical	15
3.2 <i>Ratio decidendi e obter dicta</i>	17
3.3 Dinâmica do Precedente.....	19
3.4 Súmulas	21
4 PRECEDENTE no NOVO CPC.....	22
4 CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS	33

1 Introdução

Entender o objeto e a sua respectiva aplicabilidade só é possível quando se tem algum conhecimento mínimo sobre os conceitos básicos do objeto de estudo - *common law*. Exatamente neste sentido, a aplicabilidade dos precedentes no Brasil se viabiliza com um estudo sobre os mesmos: Estrutura, classificações, efeitos, forma de existência, impactos finais. As mudanças vão além da mera redação dos artigos art.926-928 do novo CPC, mas de toda uma nova perspectiva em busca da segurança jurídica que faz a aproximação do Direito Brasileiro da tradição do *common law*. Assim, o estudo visa permitir estudar as linhas gerais em que se assenta a teoria geral dos precedentes e respectivas inovações trazidas pelo novo CPC em relação a matéria.

O novo CPC traz a possibilidade de reconstrução do Direito Processual Brasileiro e na medida em que uma nova teoria da interpretação toma força no cenário local, o sentimento de que o Processo Civil tem finalmente a oportunidade de concretizar os princípios constitucionais da segurança jurídica, liberdade e igualdade.

2 Contexto jurídico

O objetivo deste capítulo é deixar três movimentos que acontecem de forma simultânea e que de forma recíproca mutuamente se inter-relacionam: Primeiramente, quando se fala de precedentes há que se ter em mente o histórico de sua evolução, ao menos a partir do momento em que os precedentes se tornam vinculantes pois antes deste momento praticamente se igualam ao cenário de insegurança jurídica que enfrentamos. Ainda, sendo os precedentes já tendo sido devidamente “experimentado” e estudado pelo *common law*, nele que devemos buscar o conhecimento. Segundo situação, a qual o leitor tem que ter claramente em todo o contexto é mudança gradativa de teoria da interpretação – Texto \neq Norma). E por fim, há de ficar claro que quando se discute o tema de dos precedentes, se está automaticamente impactando STJ e STF (estruturas, funções). Precedentes lidam com o poder dentro do judiciário e STJ/STF são as cortes de onde emanam/ irradiam efeitos às hierarquias inferiores.

Pois bem, um dos pontos centrais de qualquer sistema jurídico é domesticar o poder. Conforme MITIDIERO esclarece:

“Como um modo de domesticação do exercício do poder voltado à promoção da justiça, o Direito é avesso da arbitrariedade – é um modo de promoção da paz e de contenção da violência, sendo um meio de “ordenação racional da liberdade e da igualdade”¹

Ao longo do trabalho, quando se falar em precedente, se estará buscando alternativas/soluções/remédios à segurança jurídica que certamente nosso modelo atual não dá conta de nos proporcionar. A segurança jurídica como um primeiro passo, pois logo em seguida vem a liberdade e a igualdade.

2.1 Contexto histórico – *Civil law*, *common law* e evolução histórica.

O tema inicia apontando que na atualidade existem 2 sistemas principais de Direito: Sistema *civil law* e *common law*. O primeiro sistema é utilizado em muitos países ocidentais (França, Itália, Espanha, Portugal, Brasil, Argentina e outros vários), sendo que a marca registrada deste sistema, ou o ponto que mais o diferencia do *common law*, é a existência da lei como fonte do Direito. Por outro lado, o sistema *common law* não se apoia totalmente em leis

¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**.p.20

escritas mas na utilização dos precedentes como fonte do direito. O *common law* pode ser definido como a família jurídica baseada nos precedentes judiciais, mais do que em leis escritas (*statutory laws*).

A distinção entre os 2 sistemas tem uma origem histórica e no modo como o judiciário se operacionalizava. Na França, os juízes eram escolhidos pelos reis de modo que as decisões eram tomadas no interesse do rei. Já na Inglaterra, tendo por base os costumes, os juízes proferiam decisões mais com base nestes do que nos interesses de reis. Assim, com a revolução francesa, a França fez questão de criar códigos que traziam leis que em detalhes apontavam a solução para casos concretos – não se podia deixar qualquer margem de interpretação ao juiz. A revolução Francesa objetivava enterrar o passado em termos legais e criar algo novo totalmente dissociado do passado que objetivava esquecer.

As razões teóricas que conduzem a cognoscibilidade, em vez da determinação, dizem respeito à indeterminação da linguagem: não há como sustentar que esta última possa apresentar significados totalmente prontos antes mesmo de se iniciar a atividade interpretativa. Desse modo, não há como defender uma concepção unívoca de interpretação.²

Conforme MARINONI, no livro *Precedentes Obrigatórios*, no qual esmiúça as origens de *common law* e *civil law*:

“Note-se que isso não apenas demonstra que o *common law* confiou a apostou no judiciário, enquanto o *civil law* escravizou os juízes ao Parlamento, mas também que a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo teve efeitos completamente diversos nos dois sistemas, tendo colaborado – certamente que em termos essencialmente teóricos – para a formação das concepções antagônicas de *juge bouche de la loi* (juiz boca-de-lei) e de *judge make law* (juiz legislador)”.³

Cabe também fazer uma diferenciação entre o *common law* Americano e Inglês que apesar da mesma origem apresentam diferenças. O sistema Americano diferentemente do Inglês possui também muitas leis (tantas quanto os sistemas de *civil law*). Outro ponto importante é o sistema de vinculação horizontal de precedentes que nos Estados Unidos (Suprema Corte Americana) a corte tinha poderes de revogar os seus precedentes diante de circunstâncias autorizadas enquanto no sistema Inglês (*House of Lords*) existiu uma vinculação completa

² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. p.264

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p 48

até 1966 quando reconhece o poder revogar seus próprios precedentes (*overruling*) – Verdadeiro marco na história do *common law*.

A aproximação do Direito Brasileiro com o sistema *common law* advém da existência do controle difuso de constitucionalidade, do emprego crescentes de textos legais com termos abertos e gerais e por fim, uma nova compreensão ou ampliação do conceito de interpretação usado nos dias atuais⁴. Os textos legais abertos e com conceitos indeterminados cada vez mais utilizados para manter o ordenamento jurídico devidamente atualizados trouxe consigo uma mudança na teoria da norma apta a solucionar os problemas contemporâneos – Da teoria cognitivista à teoria lógico-argumentativa da interpretação.⁵ A evolução na teoria das normas passou a dissociar texto e norma e não existe mais correspondência biunívoca entre dispositivo e norma. ⁶Neste contexto, surge o espaço ao precedente para dar a correta interpretação – dar ao texto legal o significado que esteja alinhado com o ordenamento jurídico como um todo.

No que interessa no escopo deste trabalho (estudo do precedente), interessante entender como ocorreu o desenvolvimento do precedente dentro do *common law* (sempre lembrando que o *common law* surgiu sem a necessidade dos precedentes, mas estes sendo uma consequência natural/racional de desenvolvimento do *common law*).

A evolução história da utilização dos precedentes no Direito Inglês passa por três momentos: ilustração, persuasão e vinculação. Num primeiro momento, o precedente com função ilustrativa (*case law*), sendo utilizado para explicar as decisões judiciais. A partir séculos XVI e XVII, o precedente assume uma função mais persuasiva, e por fim, a assimilação do poder vinculante dos precedentes com a reforma dos *Law Reports* em 1865 e o advento dos *Judicature Acts* de 1873-1875, a função atual vinculativa (binding precedentes). Tem-se então, o precedente finalmente se convertendo em uma efetiva norma jurídica.⁷

O sistema de precedentes não nasce de forma abrupta tampouco passa a ter a força vinculante desde a sua origem, mas tudo acontece de forma gradual até porque o Direito acompanha a evolução da sociedade. DUXBURY já é mais incisivo em estabelecer um

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil – vol.2.** p.606

⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.**p.56

⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** p.50

⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da persuasão à vinculação.**p.37

juízo da House of Lords de 1898 como o marco temporal da assimilação do poder vinculatório dos precedentes na Inglaterra :

There is no doubt that, through the nineteenth century, the House of Lords did struggle. In 1801, Lord Eldon suggested that House was not bound by its own decisions. In 1898, in *London Tramways v. London County Council*, it established that it was.⁸

Ponto nevrálgico entre *civil law* e *common law* advém da forma distinta de alcançar os valores de segurança e previsibilidade conforme MARINONI:

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juizes, enquanto no *common law*, por nunca ter existido dúvida que os juizes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver.⁹

2.2 Contexto Interpretativo – Mudança no paradigma da interpretação

O problema atual da interpretação parte da distinção entre texto e norma, e a própria vagueza de qualquer norma que estará sempre sujeita a interpretação:

Alla indeterminatezza dell'ordinamento si accompagna la ulteriore indeterminatezza di ciascuna norma per sè. Ogni norma vigente è indeterminata, nel senso che non si as quali fattispecie ricadano nel suo campo di applicazione¹⁰

A partir da Revolução Francesa, os revolucionários enxergaram na lei a forma de alcançar a segurança jurídica inexistente no pré-revolução. O Direito ocidental então se consolidou na perspectiva de que a lei seria perfeita e acabada restando aos juizes apenas declará-la. Neste estado legislativo, ancorado de forma quase cega na lei, o pressuposto era de que toda norma seria sinônimo de uma regra. Com a transição de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional se tem imediato impacto na teoria da interpretação: Se sai de uma realidade onde a lei era completa/pronta/acabada (texto=norma) para uma nova realidade em que os destinatários interpretam os textos e a partir deles criam normas (texto ≠ norma ou ainda texto → norma). Conforme MITIDIERO: “Isto quer dizer que se assume a separação entre texto e

⁸ DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**.p.42

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. p.60

¹⁰ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Guiffre, 2011.

norma – o legislador outorga textos, não normas. As normas são frutos de uma outorga de sentidos aos textos pelos seus destinatários.”¹¹

Neste novo estágio, o Direito NÃO é mais meramente descrito ou revelado, mas reconstruído a partir de núcleos de significado de dispositivos normativos que, por sua vez, precisam ser conectados com elementos factuais no processo de aplicação.¹² Em termos doutrinários, a teoria da norma transicionou da teoria cognitivista à teoria lógico-argumentativa da interpretação.

Se a norma jurídica é o resultado da interpretação por força da indeterminação da linguagem jurídica, então é imprescindível dar atenção não apenas aos textos dotados de autoridade legislativa, mas também à atividade com que se outorga judicialmente sentido a esses textos.¹³

Não se pode deixar de indicar a evolução da teoria da interpretação que vai da “determinação” para à “dupla indeterminação” do direito. O direito não é algo totalmente determinado/pronto em um momento prévio à interpretação (teoria cognitivista), mas entendimento como sendo “duplamente indeterminado”, tendo a interpretação a função de precisar contextualmente o seu significado (teorias céticas da interpretação).¹⁴

A partir da mudança do paradigma da interpretação e ainda permeados por novos princípios constitucionais, o processo civil passa não só a ter que resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes (segurança jurídica) mas principalmente passa a ter a função de promover a unidade do direito mediante a formação de precedentes.

Concluindo-se este ponto, tem-se que os precedentes entram no Brasil felizmente com uma teoria da interpretação muito evoluída, que faz com que se compreenda que o Direito requer interpretação e que a Lei “traz mais dificuldades” ao operador ou “abre mais espaços” para diferentes interpretações que coloca sob risco a almejada segurança jurídica – E os

¹¹ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.p.17

¹² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**.p.17

¹³ MITIDIERO, Daniel. op. cit.,p.73

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. op. cit.,p.59

precedentes se apresentam como remédio adequado já devidamente testado nos países de *common law*.

2.3 Contexto das Cortes – STF/STJ

O cenário atual (pano de fundo da nossa discussão), tem STJ/STF trabalhando de forma muito intensa, com pouca eficiência pois são demandados, principalmente por via de recursos, a atuar numa grande variedade de problemas.

A nova concepção das cortes que não se fundamenta de maneira expressa no CPC/15 - mas numa gradativa aproximação do *civil law e common law* e na constatação/necessidade que o processo civil promova de maneira mais efetiva os princípios da segurança jurídica, igualdade do que concretizados pelo CPC/73- demanda uma transformação dos atuais papéis para uma nova roupagem (melhor dizendo, novo espírito): STJ de Corte de Controle para Corte de Interpretação e o STF de Corte de Jurisprudência para Corte de Precedentes.

A Corte Superior (função a ser exercida pelo STJ) somente trataria de matérias de direito, sendo que matérias de fato permaneceriam a cargo da corte que prolatou a decisão.

O objetivo da corte superior é controlar a aplicação da legislação de modo que se imponha, para todos os casos, a exata interpretação da lei, formando-se a partir de reiteradas decisões no mesmo sentido uma jurisprudência uniforme. A jurisprudência uniforme serve como meio pelo qual a Corte pode desempenhar sua função de controle da legalidade da decisão recorrida.¹⁵

A Corte Suprema (função a ser exercida pelo STF), seria competente para aplicar o Direito mediante precedentes formados a partir do julgamento dos casos concretos que revelem uma fundamental importância para a consecução da unidade do Direito. A Corte Suprema teria então uma clara função de tutelar o Direito tanto pela definição do resultado da interpretação como pela atenção a adequação do processo interpretativo – buscando a unidade do Direito. A unidade do Direito tem duas direções distintas: tanto retrospectiva como prospectiva – visa tanto resolver uma questão controvertida num tribunal como desenvolver o Direito diante das novas necessidades sociais, outorgando adequada solução para questões jurídicas

¹⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**.p.35

novas.¹⁶MITIDIERO trata o problema da interpretação como sendo comum tanto ao sistema de *common law* como o de *civil law*, e por este motivo, houve a aproximação e consequente intercambio entre os juristas dos diferentes sistemas – Além da consequente aproximação entre *common law* e *civil law*.

Ainda conforme MITIDIERO:

Daí que interpretar adequadamente o Direito não é um evento acidental na vida da Corte Suprema. Pelo contrário: interpretar adequadamente o Direito é a razão pela qual a corte existe, na medida em que sem a sua interpretação não há como viabilizar –se a unidade do Direito. Isso quer dizer que a Corte Suprema, como corte de interpretação, é uma verdadeira corte de precedentes, sendo o precedente judicial ao mesmo tempo encarnação da adequada interpretação do Direito e meio para obtenção de sua unidade.¹⁷

O principal objetivo almejado na mudança estrutural e organizacional do STF seria de efetivamente transformá-lo não apenas numa Corte Suprema mas numa verdadeira Corte de Precedentes. TARUFFO é um dos autores que traz a questão à discussão quando cita Piero Calamandrei e a “função de nomofilaquia” da Corte de Cassação Italiana, cujo raciocínio pode ser estendido ao STF. Como função nomofilaquia se entende a função de uma corte em criar precedentes de modo a orientar a jurisprudência sucessiva. Nas palavras de TARUFFO:

Com formula sintética si può parlare di *nomofilachia attraverso il precedente*, proprio per indicare che la funzione típica di uma corte suprema è di assicurare l’uniforme rispetto dela legge attraverso decisioni univerzabili e proiettate verso il futuro¹⁸

Importante fazer a distinção de que apenas STF /STJ poderiam formar precedentes, enquanto TRFs e TJs apenas formação de jurisprudência e que as súmulas poderiam ser emanadas de quaisquer destas cortes.¹⁹ Esta diferenciação advém da própria diferenciação de funções entre as Cortes Supremas (STF/STJ) e Cortes de Superiores (TRF/TJ) que visa a adequar/alinhar a finalidade do processo civil como um meio efetivo para a tutela dos direitos em uma dimensão particular e geral. O precedente se relaciona com a interpretação do direito função precípua das cortes supremas enquanto que a corte superior é apenas uma corte de

¹⁶ Idem, p.69

¹⁷ Idem, p.70

¹⁸ TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. p.37

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil – vol.2 p.609

controle (e NÃO uma corte de interpretação do Direito).²⁰A corte suprema é competente para orientar a aplicação do Direito mediante precedentes formados a partir do julgamento de casos concretos que revelam uma fundamental importância para a consecução da unidade do Direito.²¹

3. Precedentes

Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento de casos análogos.

Na busca de igualdade, a doutrina do *common law* traz como princípio tão somente a máxima de que casos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante: “*It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike*”.²²

Os precedentes são originários dos sistemas jurídicos de tradição do *common law* e a utilização dos mesmos no novo CPC brasileiro faz parte de uma aproximação que vem gradativamente ocorrendo entre *common law* e *civil law* – Na verdade uma convergência entre sistemas em função da contínua troca de soluções jurídicas e também, por que não dizer, fenômeno da globalização e da maior facilidade de troca de informações de escolas, países e culturas. No Brasil, a importância do estudo de uma teoria mínima em relação aos precedentes passa a ser importante mais relevante a partir do momento em que os precedentes deixam ter uma utilização apenas como meio de persuasão e passam efetivamente ter uma força vinculante tal qual explicitado no art.927 do novo CPC.

O *common law* tem a doutrina dos precedentes como base e por consequência, a vinculação obrigatória aos mesmos (a partir de 1898). Os juízes do *common law* são na grande maioria da vezes obrigados a seguir o entendimento das cortes de vértice, exceção ao caso em que a distinção com o caso de referencial não seja possível (*distinguishing*). Esta vinculação é expressa por CROSS:

Judicial precedente has some persuasive effect almost everywhere because of *stare decisis* (keep to what has been decided previously) is a maxim of practically universal application. The peculiar feature of the English doctrine of precedente is its strongly

²⁰ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.p.46

²¹ MITIDIERO, Daniel. op. cit. ; p.54

²² CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in english law**.p.3

coercitive nature. English judges are sometimes obliged to follow a previous case although they have what would otherwise be good reasons for not doing so.²³

Importante reforçar que o juiz do *common law*, segue o entendimento do precedente mesmo que discorde do resultado previsto, ou seja, o juiz não está livre para decidir conforme entendimento próprio mas segue o que teoricamente já está decidido pela corte de vértice.

Conforme MITIDIERO, o precedente é uma norma jurídica e por consequência tem uma força vinculante, caso contrário seria um mero exemplo (mero precedente persuasivo): “Porém como é evidente, ou o precedente é uma norma jurídica – e, portanto, tem força vinculante- e vale independentemente de suas boas razões, ou é um simples exemplo, que obriga apenas nos limites em que a experiência anterior persuade o seu destinatário”.²⁴

3.1 Stare decisis - horizontal e vertical

Stare decisis et non quieta movere (Mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto). Este é um preceito comum na aplicação dos precedentes que visa a dar estabilidade das decisões e vinculação em relação ao que já foi decidido pelo tribunal que tenha competência para interpretar a legislação. A teoria do *stare decisis* preconiza, pois, o respeito ao precedente, vinculando o judiciário para casos futuros, porém sem a previsão normativa expressa acerca desse efeito vinculante (*binding effect*)²⁵. O *stare decisis* não é um fim em si mesmo, e sim um meio para servir a importantes valores no sistema jurídico, que são: segurança jurídica, igualdade, eficiência e restrição judicial²⁶.

Neste momento, cabe explicitar que não se pode confundir dois conceitos distintos: *common law* e *stare decisis*. O *common law* deve ser compreendido como os costumes gerais que determinaram o comportamento do homem inglês e que *common law* existiu durante muitos séculos sem que *stare decisis* que foi identificado somente posteriormente.²⁷

No que toca ao *stare decisis* horizontal, tem-se como o próprio nome termo “horizontal” dá a entender, que tanto STF/STJ como os TRF/TJ respeitem às suas próprias decisões e façam o sistema se auto consolidar - somente se auto respeitando que o sistema se auto mantém. Ao

²³ Cross, Rupert; HARRIS, J.W. op. cit.; 3

²⁴ MITIDIERO. **Precedentes: Da persuasão à vinculação**. p.36

²⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. p.178

²⁶ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit.; p.181

²⁷ MARINONI, Juiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p.31

dizer expressamente que há dever de outorgar unidade ao direito e de fazê-lo seguro – o que implica torna-lo cognoscível, estável e confiável – o legislador obviamente determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Supremo Tribunal de Justiça respeito aos próprios precedentes, além de ter determinado aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça, respeito à própria jurisprudência formada a partir dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.²⁸

Vertical é o *stare decisis* quando se colocam os órgãos do judiciário em planos hierarquicamente distintos, de modo que um precedente da Suprema Corte é vinculante para as inferiores, mas os precedentes das Cortes inferiores não vinculam a Suprema Corte.²⁹

Quando se fala de vinculação e respeito aos precedentes no *common law*, cabe indicar o quão enraizado está o sistema na cultura Inglesa que somente em 1966 é que foi reconhecida a possibilidade de a “*House of Lords*” (espécie de STF) não estar mais vinculado aos seus precedentes. Neste sentido, CROSS esclarece:

Under the practice prevailing between 1898 and 1966, the House considered itself absolutely bound by its past decisions, and there had been pronounced tendencies in this direction through the nineteenth century.³⁰

Além das principais justificativas comumente apresentadas pela doutrina: Segurança jurídica, dignidade da pessoa humana e igualdade, MARINONI identifica/elencas mais nove justificativas a implementação dos precedentes vinculantes no Brasil: Valor e comportamento, unidade e desenvolvimento do próprio direito, clareza e generalidade, promoção da igualdade, fortalecimento institucional, limitação do poder do Estado, previsibilidade, racionalidade econômica e respeito ao direito e responsabilidade pessoal.³¹ As justificativas se inter-relacionam e podem causar uma certa dúvida na análise de causa-efeito entre cada uma delas, mas todas convergem no sentido da “unidade do direito”. Esta essencial/fundamental “unidade do direito” é o maior objetivo do sistema de precedentes que por consequência viabiliza a previsibilidade, igualdade, segurança jurídica, calculabilidade, coerência da ordem jurídica,

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. p.612

²⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit. ; p.182

³⁰ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. op. cit. ; p.5

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 101-116.

impessoalidade, alinhamento interno ao judiciário no sentido do direito e garantia de não surpresa por parte do Estado.

O precedente, de forma um tanto quanto geral, é a decisão de um caso singular apta a, pelo menos, influenciar o julgamento de um caso posterior. Do precedente, isto é, a partir do cuidado leitura do inteiro teor da decisão (relatório, fundamentação e dispositivo) pode haver a extração da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* para que se possa extrair o seu significado e a amplitude do que foi efetivamente decidido.³²

3.2 *Ratio decidendi* e *obiter dicta*

Seguindo na tentativa de desmistificar o tema do trabalho, tem-se que conforme a própria doutrina Americana/Inglesa, o precedente pode ser decomposto em duas partes: a *ratio decidendi* (em inglês, reason for deciding) e *obiter dicta*. Conforme CROSS e HARRIS já esclarecem, a parte que realmente vincula o julgador de um caso/ação NÃO é o precedente em si, mas a *ratio decidendi* do precedente “*This statement is too concise because it does not indicate that the only part of a previous case is binding is the ratio decidendi*”.³³ A definição de *obiter dicta* é praticamente feita de forma excludente, se tratando da parte do precedente que não vinculará o julgador no caso futuro pois se tratam de questões de menor importância na análise do caso concreto.

A comparação é importante pois questão crucial na análise de um precedente é identificar a porção vinculante (*ratio*) da porção não vinculante (*obiter*) pois a primeira será de maior importância em virtude de seu poder de vinculação frente ao órgão julgador. O julgador do *common law* se vincula aos fundamentos da decisão e por este motivo que a doutrina sempre buscou meios de identificar *ratio/obiter*. Assim sendo, nada mais justo que na continuidade do trabalho seja dada maior importância a análise da *ratio decidendi*.

Conforme DIDIER, a força de um precedente advém de sua *ratio decidendi* que se trata de um dos elementos dos precedentes. O precedente é então constituído de 2 partes: *ratio decidendi* e *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural). Conforme já dito, a *ratio decidendi* é a parte principal do precedente e a porção vinculante do mesmo e a *obiter dictum* se trata do argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em qualquer juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou

³² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. p.158

³³ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. op. cit. ; p. 39

qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão.³⁴ Num raciocínio excludente, resume-se dizendo que o *obiter dictum* se trata de tudo aquilo que não compor a *ratio decidendi*.

A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi.

De forma mais simples, o *ratio decidendi* pode ser entendida como um enunciado jurídico que é utilizado como fundamento do caso em julgamento, base na qual demais julgadores se vincularão caso as circunstâncias fáticas sejam justificadoras.

STRECK citando CHIASSONI, elencam os conceitos cunhados pela tradição *common law* sobre a *ratio decidendi*:

“é o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; é o princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a premissa ou a passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para definir o caso e, por último, é a relação entre solução (motivada) do caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes”³⁵

TARUFFO na diferenciação de precedente e jurisprudência, define a *ratio decidendi* e *obiter dictum* como:

“a regra de Direito que foi posta como fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso, enquanto *obiter dictum*, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem, todavia, parte integrante do fundamento jurídico da decisão”.³⁶

Até este momento fica devidamente identificado que a *ratio* é a porção mais importante do precedente, entretanto muitos julgadores não explicitam de forma adequada a *ratio*, fazendo com que o operador do direito não tenha clareza em relação ao que é *dicta* e o que é *obiter* no precedente.

³⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Vol.2**. p.444

³⁵ STRECK, Luiz Lenio; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** p.47

³⁶ TARUFFO, Michele. **Precedente e Giurisprudenza**. op. cit. ; p.20

A doutrina identifica dois meios principais utilizados na identificação do *ratio decidendi* de um precedente: Teste de Wanbaugh (mais limitado) e o meio posteriormente desenvolvido Método de Goodhart.

O primeiro (Teste de Wanbaugh), se utiliza de um raciocínio excludente: Compara a resolução do caso COM a *ratio decidendi* pretendida (proposição original) com a resolução do caso com a *ratio decidendi* inversa (proposição inversa), em se obtendo resultados distintos tem-se que a *ratio decidendi* pretendida é correta. Caso a comparação leve a resultados iguais, tem-se que a proposição original não se trata de *ratio decidendi* mas apenas *obiter dicta*, ou seja, a proposição NÃO está influenciando na resolução do caso concreto³⁷. Conforme DUXBURY, este teste é falho nas hipóteses em que as cortes baseiam suas decisões em 2 argumentos alternativos, caso em que a exclusão de um deles, não altera o resultado do julgamento, dando a falsa conclusão de que o argumento excluído da análise não seria *ratio* mas apenas *obiter*.³⁸

O segundo meio (método de Goodhart) é mais realista pois leva em conta os fatos tratados como materiais pelo juiz enquanto o teste de Wanbaugh não se atenta aos fatos. Conforme CROSS, para GOODHART, a *ratio decidendi* de um caso é determinado pela análise dos fatos vistos como materiais pelo juiz. É o princípio que deriva da decisão do juiz tendo como base os mesmos fatos.³⁹

Qualquer precedente consistirá numa análise de fatos e de matéria de direito, e estes fatos estão estritamente vinculados ao direito

MARINONI reforça a importância de se buscar a *ratio*:

[...] a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que da solução ao caso”.⁴⁰

3.3 Dinâmica do Precedente (*mutatis mutandis*)

Ponto também importante de importação do *common law* em relação aos precedentes é o estudo de sua forma respectiva forma/condição de aplicação e respectivas formas de superação (extinção ou condição de “não aplicação”) do referido precedente. A aplicação dá-se

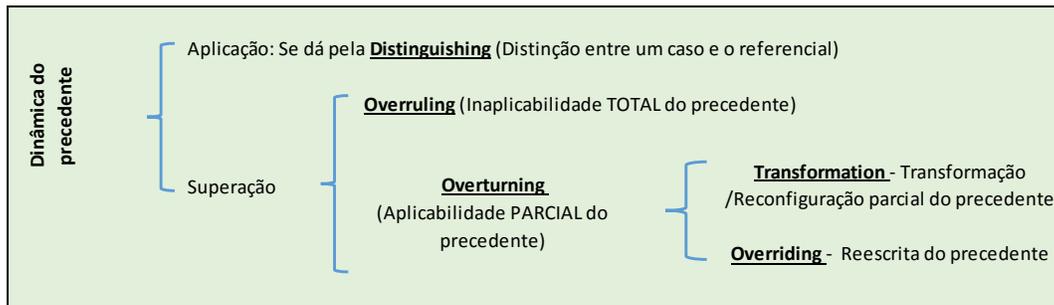
³⁷ CROSS, Rupert; HARRIS J.W. **Precedent in English Law**. p.52

³⁸ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedente**.p.76

³⁹ CROSS, Rupert. Op.cit.,pg 63

⁴⁰ MARONINI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Pg.164

por uma técnica nomeada de *distinguishing* (traduzido ao Português como distinção) e a superação dos precedentes dá-se conforme a inaplicabilidade ser total ou parcial em: *Overruling* (inaplicabilidade total do precedente) e *overturning* (inaplicabilidade parcial do precedente). Esquemáticamente, pode-se ainda complementar com o seguinte quadro:



Distinguishing - Restrictive & ampliative distinguishing

É uma técnica, típica da *common law*, consistente em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da *rule* e que a decisão seja tomada independentemente daquela. Quando um tribunal reconhece a existência do precedente mas encontra significativas diferenças que justificam a não adesão ao caso anterior, ele está dizendo, explícita ou implicitamente, que se não fossem essas diferenças a solução do caso atual seria a mesma do precedente, posto que é reconhecido algum valor a esse precedente⁴¹.

Oportuno enfatizar que o direito à distinção (direito ao *distinguishing*) é um corolário do princípio da igualdade a medida que qualquer pessoa tem o direito de ser levado o seu caso a comparação com o precedente com o qual tenha similaridade e ter um julgamento semelhante.

Overruling e overriding – Superação de precedentes

Por mais que se diga de forma geral que os precedentes sejam vinculantes, de forma que um precedente produzido por uma Corte Suprema deva ser seguido pelas instâncias inferiores, o sistema de *common law* não é estanque, mas suscetível a mudanças ou a não aplicação do mesmo. Conforme TARUFFO explica, o precedente é dotado de força vinculante como já explicado no início do presente trabalho, mas o juiz pode desatendê-lo quando achar oportuno a fim de formular uma outra solução mais justa ao caso concreto:

⁴¹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit. ; p.212

Da um lato, non è appropriato dire che il precedente do *common law* è vincolante, nei senso che ne derevi um vero e proprio obbligo del secondo giudice di attersi al precedente. È noto che anche nel sistema inglese, che pare essere quello in cui il precedente è dotato di maggiore eficácia, i giudici usano numerose e sofisticate tecniche aromentative, tra cui il *distinguishing* e l'*overruling*, al fine di non considerarsi vincolati dal precedente che non intendono seguire. Rimane dunque vero che in quell'ordinamento il precedente è dotato di notevole forza, in quanto ci si aspetta che in linea di massima il giudice successivo lo segua – come in effetti solitamente accade-,m aquesta forza è sempre defeasible, poichè il secondo giudice può disattendere il precedente quando ritenga opportuno farlo al fine di formulare uma soluzione più giusta del caso che deve decidere. ⁴²

Considerando que qualquer sistema jurídico deva ser pautado pela segurança jurídica, existe um ônus argumentativo ao juiz que decide pela não aplicação de determinado precedente pois justamente por meio desta argumentação é que a decisão é controlada.

DIDIER conceitua ambos os institutos: *Overruling* como a “Técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*”⁴³ e *Overriding* como ocorrendo “quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. NÃO se tem a superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial”⁴⁴.

3.4 Súmula

Questão que também merece a devida atenção recai sobre a devida comparação entre súmulas e precedentes pois o desconhecedor do sistema de *common law* costuma associar ambos institutos como sendo a mesma coisa. Com o pressuposto que ambos institutos se tratam da mesma coisa, é inevitável que surja a pergunta: Por que estudar precedentes e toda uma teoria a respeito do *common law* se as súmulas (comuns e vinculantes) teoricamente levam ao mesmo resultado (vincular instâncias inferiores)?

A súmula é apenas uma tentativa de enunciação destacada da *ratio decidendi* do entendimento de um determinado tribunal, sendo, basicamente, uma forma de facilitar a identificação pelos julgadores da jurisprudência dominante daquele órgão jurisdicional sobre

⁴² TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. op. cit. ; p.7

⁴³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. p.494

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. op. cit. ; p.507

um determinado tema. Para que se identifique efetivamente o campo de incidência da norma dos precedentes que deram origem à súmula, é necessária a análise dos julgados que a ela deram origem e dos posteriores, do contrário, tem-se um texto normativo parado no tempo. Essa não é lógica dos precedentes, que serão sempre dinâmicos.⁴⁵

Autores tratam do tema de forma distinta, conforme segue:

Para DIDIER, numa perspectiva evolutiva tem-se: precedente → jurisprudência → súmula⁴⁶.

Para PEIXOTO, a diferenciação entre precedente e jurisprudência é essencialmente quantitativa, já que a utilização do termo precedente faz referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto na utilização de jurisprudência essa referência se dirige a uma “pluralidade”, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.⁴⁷

Para MITIDIERO, “o precedente é um conceito qualitativo, porque depende da qualidade das razões invocadas para a justificação da questão decidida – Apenas as razões jurídicas, necessárias e suficientes podem ser qualificadas como precedentes.”⁴⁸

4 Precedentes no Novo CPC

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

O Art.926 é o primeiro que de maneira indireta trata do tema dos precedentes no novo CPC quando determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Conforme DIDIER, deste enunciado se extrai alguns deveres gerais que devem ser aplicados ao sistema de precedentes (em conjunto com jurisprudência e súmulas) - Deveres gerais de: uniformizar a sua respectiva jurisprudência, manter a respectiva

⁴⁵ PEIXOTO, Ravi. op. cit. ; p.160

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – vol.2.** p.487

⁴⁷ PEIXOTO, Ravi. op. cit. ; p.159

⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação.**p.104

jurisprudência estável, integridade, coerência e por último o dever de dar a publicidade adequada aos seus precedentes.

“Uniformizar a sua jurisprudência” determina uma ação positiva dos tribunais em rapidamente resolver divergência internas (quando de órgãos fracionados). A resolução da divergência permite, por consequência, a uniformização do entendimento.

A determinação de “Manter a jurisprudência estável” traz consigo uma necessidade argumentativa extra do tribunal quando da tentativa de fazer uma mudança de posicionamento. A construção de um posicionamento jurídico é sempre gradual e a cada nova decisão o posicionamento mais se consolida (mais enraizado fica o posicionamento) com a consequente expectativa legítima que surge na sociedade. Com base nesta certeza construída ao longo do tempo, a justificação necessária para uma mudança de posicionamento não é uma mera fundamentação, mas uma fundamentação adjetivada “fundamentação qualificada” que pode então justificar o *overruling* ou *distinguishing*, com base no art.489, §1, VI, CPC⁴⁹. DIDIER ainda acrescenta que “a “inércia argumentativa” vem em prol da preservação do status quo, cuja modificação pressupõem razões extras até então na cogitadas ou enfrentadas”.

Ilustrativamente, para trazer um dado estatístico que dá sustentabilidade à questão de jurisprudência estável nas Cortes Americanas do período de 1880-1957, tem-se que a Suprema Corte, raramente supera seus precedentes: Das 55.000 mil decisões em recursos do período, houve apenas 81 casos de superação de precedentes, que por sua vez resultaram em 65 casos de reforma da decisão recorrida.⁵⁰

Em seguida, o princípio da publicidade também passa por um redimensionamento na medida em que tão importante quanto que as decisões sejam públicas, é ainda importante que as decisões judiciais são fontes de precedentes com a devida força jurídica mediante a adequada publicidade. Neste sentido, o art.927 §5 NCPC, traz o dever dos tribunais em organizar seus precedentes por tema e divulgá-los (preferencialmente na rede de computadores).

Por fim, dois deveres com algum debate doutrinário em relação a cumulatividade (ou não) dos deveres de coerência e integridade. Conforme DIDIER, mais importante que a

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil – vol.2. p.474

⁵⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit. ; p.194

distinção entre ambos, é entender que ambos os deveres servem a um fim que seria a consistência da jurisprudência.⁵¹

Conforme NUNES e HORTA, a coerência e integridade são adjetivos que muito acrescentam a estabilidade objetivada com comando legal:

“Decidir à luz da integridade e coerência representa muito mais do que garantir a estabilidade. Jurisprudência meramente estável é uma jurisprudência que se basta e, embora se decida de acordo com o que já se decidiu, não há preocupação em se decidir conforme a Constituição, seus princípios, a legalidade, ou mesmo em harmonia com que outros juízes e tribunais vêm decidindo ... por sua vez, decidir de forma coerente é decidir para e no sistema jurídico e nos princípios que o definem (não basta apenas respeitar o que se decidiu anteriormente – isto é ser estável-; é preciso ser coerente com o contexto histórico e jurídico em que se está inserido), e decidir de forma íntegra é identificar direitos e deveres”.⁵²

A coerência entre duas normas deve ser vista na dimensão formal (ligada a ideia de não-contradição) e dimensão substancial (ideia de conexão positiva de sentido). A coerência ainda produz efeitos na dimensão externa (tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores e à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência) e dimensão interna (dimensão de congruência de qualquer decisão judicial que impõem outros atributos à decisão do que seu simples aspecto lógico).⁵³

O dever de integridade relaciona-se com a ideia de unidade do Direito. DIDIER, não adota a definição de integridade associada a Ronald Dworkin que defende a teoria da “única resposta certa” mas uma forma mais abrangente de análise que abre espaço para interpretação em função das cláusulas gerais de conceitos jurídicos indeterminados utilizados nas legislações modernas (em que defender-se uma única resposta certa se torna inviável).⁵⁴

Apesar da evolução, o art.926 do novo CPC é alvo de algumas críticas, dentre as quais se incluem 5 críticas levantadas por MARINONI, ARENHART e MITIDIERO: NÃO distinção entre as funções de cortes de Justiça e Cortes Supremas, instituição do dever de uniformização – aplicáveis quando da existência de cortes de vértice, ausência de distinção entre termos correlatos: Jurisprudência, súmula e precedentes, limitação da função do sistema no que tange

⁵¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil – vol.2. p.478

⁵² NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In DIDIER JR., Fredie. Coleção grandes temas do novo CPC – Vol.3 p.323

⁵³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil – vol.2. p. 481

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit.; p. 484

à segurança jurídica somente à manutenção da jurisprudência estável e por fim, a especificidade a respeito do conceito de Direito ao determinar que a jurisprudência deva ser íntegra.⁵⁵

Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal (Cortes Supremas), formam precedentes. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça (Cortes Superiores) dão lugar à jurisprudência. As súmulas podem colaborar tanto na interpretação como na aplicação do direito para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça – e, portanto, podem emanar de quaisquer dessas Cortes.⁵⁶

Apesar da distinção entre as funções de Cortes Supremas e Cortes Superiores apontada pela melhor doutrina, o novo CPC identifica a origem dos precedentes conforme art.927 em súmulas, recursos repetitivos, assunção de competência e orientações de plenário ou órgão especial.

Art. 927. 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 de 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.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. p. 607

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit. ; p.609

O art.927 do novo CPC traz um rol exemplificativo (*numerous apertus*) de precedentes obrigatórios que se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação.⁵⁷ Conforme o enunciado nº315 do FPPC: “nem todas as decisões formam precedentes vinculantes”. O art.927 acaba outorgando novos sentidos a jurisprudência e às súmulas e atribuindo força ainda mais vinculante a ambos (aproximando-as ambos ao conceito de precedentes e sua respectiva força vinculante).⁵⁸

Defendendo a não admissibilidade de comparação entre as súmulas e os precedentes, MARINONI escreve:

“Lamentável, ainda, é a insistência em relação às súmulas. Essas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito. Foram pensadas a partir de uma compreensão muito superficial do sistema em que as decisões tem efeito obrigatório ou a partir das máximas – uma lamentável e ineficaz tentativa de alguns sistemas de *civil law*, como italiano, para o encontro da uniformidade da interpretação. As súmulas foram concebidas como enunciados abstratos voltados a facilitar o trabalho de correção das decisões dos tribunais. É ilógico tentar dar-lhes a função de precedentes, na medida em que só a decisão do caso concreto é capaz de espelhar em toda a sua plenitude o contexto fático em que a *ratio decidendi* se insere.”⁵⁹

Art.332 – Julgamento de improcedência liminar

O art.332 do CPC/15 traz correspondência ao art.285-A do CPC/73 (também com o art.295IV no que tange a decadência e prescrição). Entretanto, o art.285-A é mais relevante na comparação com o art.332 CPC/15 pois tem mais similitudes em relação a matéria: Improcedência liminar do pedido.

Ambos artigos trazem uma das primeiras decisões que o juiz tem por tomar tão logo se coloca pela primeira vez frente a petição do autor. Após fazer uma análise preliminar mais superficial da petição inicial (requisitos, pressupostos), o julgador avalia se a matéria de Direito apresentada na petição inicial já não tem alguma posição firmada/decidida no âmbito da justiça (precedente contrário ao pedido do autor) – Ou seja, petições iniciais que versem sob matérias que não se alinhem com o entendimento geral da justiça podem ser indeferidas liminarmente (improcedência liminar do pedido).

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – vol.2.** p.461

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil – vol.2.** p.610

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC.** p.23

O art.332 do CPC/15 também inova ao explicitar/aclarear quais são estes instrumentos de que o julgador tem (além da lei logicamente) para avaliar o direito na petição inicial: Súmulas, acórdãos, entendimentos firmados em RDR ou assunção de competência e súmulas de tribunais locais, conforme segue:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

MARINONI e DIDIER tratam, de imediato, este artigo como tratando de precedentes pois se tratam de orientações/comandos expedidos pelas cortes supremas. Conforme MARINONI: “Basicamente, é possível julgamento de improcedência liminar do pedido quando houver *precedente contrário ou jurisprudência contrária* à tese em que fundado o pedido,...⁶⁰”. No mesmo sentido, DIDIER: “Exatamente por isso, o art.332 autoriza o julgamento liminar de improcedência, nos casos em que o pedido contrariar determinados precedentes judiciais – tenham ou não sido consagrados em súmula.⁶¹” Fica claro para estes doutrinadores que apesar de não estar explicitamente escrito “precedentes” no artigo, a doutrina dos precedentes e o seguimento/acompanhamento aos precedentes formados em cortes supremas devem ser respeitados.

Pontos levantados que ainda despertam a atenção em relação ao tema dos precedentes na improcedência liminar são:

1º) O art.927 IV CPC/15 trata dos precedentes oriundos de enunciados de súmulas do STF em “matéria constitucional” e do STJ em “matéria infraconstitucional”

⁶⁰ MARINONI, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil – vol.2.** p.168

⁶¹ DIDIER, JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – vol.2.** p. 596

enquanto o art.332 CPC/15 não traz as restrições “matéria constitucional” e “matéria infraconstitucional”. DIDIER recomenda que como forma de harmonizar os dispositivos, se siga a restrição apresentada pelo art.927IV CPC/15 quando se faz a leitura do art.332 CPC/15⁶².

2º) Desarmonia entre art.927 e art.332 do CPC/15 no que tange aos enunciados de súmulas de tribunal de justiça sobre o direito local que não estão previstos no art.927 mas previsto no art.332. Conforme esclarece DIDIER, a previsão de súmulas de tribunais de justiça sobre direito local estava originalmente previstos no inciso VI do art.927 mas foi suprimido na câmara dos deputados⁶³. De qualquer forma, está expresso no art.332 que a improcedência liminar do pedido é cabível caso contrarie as referidas súmulas regionais.

Outro ponto do novo CPC em que o tema dos precedentes vem à tona, se relaciona com os artigos que versam sobre a distribuição do ônus do tempo do processo as partes e seu respectivo remédio: “Tutela da urgência”, mas mais especificamente na “tutela da evidência” – Art.311 CPC/15.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Preliminarmente, cabe salientar que a concessão da “tutela provisória” no CPC/15 encontra fundamento na “urgência” da realização da tutela do direito ou na “evidência” da posição jurídica que defende em juízo o autor. A tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou antecipada (satisfativa) enquanto a tutela de evidência ser sempre satisfativa com base no próprio art.311 CPC/15. Ainda em sede de conhecimento prévio, a tutela de urgência visa proteger o autor de 2 males: “perigo de dano” ou do “risco ao resultado útil do processo”.

⁶² DIDIER, JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil – vol.2. p.597

⁶³ DIDIER, JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op.cit. p. 598

MARINONI faz duas críticas no tratamento da urgência no CPC/15: 1º) a tutela antecipada serve não apenas para combater um perigo de dano mas também o “perigo de ilícito” e 2º) A urgência poderia ser simplesmente resumida como o “perigo na demora – *periculum in mora*” ao invés do binômio “perigo de dano” e “risco ao resultado útil do processo”⁶⁴.

Adentrando na questão dos precedentes, o art.311 CPC/15 traz que a concessão da tutela da evidência independe da demonstração do perigo de dano ou de risco de resultado útil do processo, quando as condições dos incisos I-IV se fizerem presentes. A concessão da tutela da evidência se justifica quando o autor que a postula tem em seu favor evidências e argumentos tão fortes que o julgador, mesmo sem ouvir o réu, já sabe que o autor deva se sair vencedor.

O art.311 traz situações de indício de certeza pró autor ou de indícios de que a defesa do réu não será consistente. Nada mais correto em se conceder antecipadamente ao autor o direito quando o seu pedido dor ao encontro de teses firmadas em julgamento de causas repetitivos ou em súmulas vinculantes – ambas trazem mais robustez a posição jurídica do autor.

Apesar de novamente o CPC/15 não ter expressamente apresentado os “precedentes” no inciso II, MARINONI trata de imediato como evidência do direito: É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Supremo Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de resolução de demandas repetitivas.⁶⁵”

DIDIER traz também como requisito os precedentes quando enumera os 2 pressupostos para a concessão da tutela provisória de evidência: Existência de prova das alegações do autor que devem necessariamente serem documental ou documental e “a probabilidade de acolhimento da pretensão processual, que se configura exatamente em razão do fundamento normativo da demanda consistir em tese jurídica já firmada em precedentes obrigatórios, mais especificamente em enunciados de súmulas vinculantes (art.927,III, CPC) ou em julgamento de demandas ou recursos repetitivos (art.927, III, CPC), que vinculam o julgador e devem ser por ele observados, inclusive liminarmente (art.311, parágrafo único).⁶⁶”

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil – vol.2. p.200

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit. ; p.202

⁶⁶ DIDIER, JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil – vol.2. p. 624

Fica claro que o autor novamente e efetivamente considera os precedentes como existente apesar de não estar expressamente escrito.

Por fim, em relação ao art.311 CPC/15, onde se tem a concessão de uma tutela provisória de evidência sem a oitiva da parte contrária, o próprio CPC de modo a garantir o contraditório e ampla defesa, traz a apelação como forma de insurreição contra a decisão antecipatória do julgador (art. 1013§5 e art. 1012§1, V do CPC/15). A apelação que ataca a sentença final de confirma, concede ou revoga a tutela de evidência não é dotada de efeito suspensivo.

O art.520 CPC/15 abre o capítulo II que trata do cumprimento provisório da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. O inciso IV traz a necessidade de caução quando do risco de haver alteração no patrimônio do executado ou grave dano. O Art.520 CPC/15 manteve como requisito de caução o grave dano ao exequente bem como manteve a necessidade de uma caução suficiente e idônea:

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1º No cumprimento provisório da sentença, o executado poderá apresentar impugnação, se quiser, nos termos do art. 525.

§ 2º A multa e os honorários a que se refere o § 1º do art. 523 são devidos no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.

§ 3º Se o executado comparecer tempestivamente e depositar o valor, com a finalidade de isentar-se da multa, o ato não será havido como incompatível com o recurso por ele interposto.

§ 4º A restituição ao estado anterior a que se refere o inciso II não implica o desfazimento da transferência de posse ou da alienação de propriedade ou de outro direito real eventualmente já realizada, ressalvado, sempre, o direito à reparação dos prejuízos causados ao executado.

§ 5º Ao cumprimento provisório de sentença que reconheça obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa aplica-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.

O art.521 CPC/15 traz certa correspondência com o art.475-O (CPC/73) quando traz as hipóteses em que a caução pode ser dispensada, sendo que o foco do trabalho recai sobre

o inciso IV que traz as súmulas do STJ/STF ou em acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

I - o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem;

II - o credor demonstrar situação de necessidade;

III - pender o agravo fundado nos incisos II e III do art. 1.042;

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

Conforme raciocínio utilizado na análise dos demais artigos do CPC/15 em que os precedentes foram suscitados, também na hipótese do art.521 IV pode se entender da dispensa de caução caso a sentença a ser executada já esteja em consonância com os precedentes das cortes supremas.

Chama a atenção que MARINONI, diferentemente da análise dos demais artigos, na análise do art.521 IV do CPC/15 não traga a discussão o tema dos precedentes mas tão somente de jurisprudência tal qual proposto no próprio artigo: “Do mesmo modo, se a decisão está em harmonia com a jurisprudência consolidada de tribunal superior , então a chance que o recorrente tem de fazer prevalecer sua tese é mínima e, por isso, não justifica o ônus da caução imposta ao exequente⁶⁷”.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil – vol.2. p.1013

5 Conclusão

As mudanças ocorridas com a lei 13.105/15 (novo CPC) apesar de serem objeto de eventuais críticas por parte da doutrina de que não tenha de forma cirúrgica implementado a teoria e a doutrina já existente em termos de precedentes, sem margem de dúvidas já abriu as portas para que o tema siga se enraizando de forma mais rápida no mundo jurídico brasileiro. Fica claro que existe muito espaço para a implementação de precedentes vinculantes na forma como é a prática judicial em países que já utilizam a *common law* (por séculos) mas os artigos 926 e 927 do CPC/15 são apenas a porta de entrada para sua consolidação. Além destas portas de entrada, outros artigos do CPC/15, tais como art.311, art.332 e art.521 também viabilizam o sistema de precedentes no Direito Brasileiro.

Resta também de forma clara que a teoria da interpretação já disponível, é fundamental na implementação na reestruturação do sistema judiciário Brasileiro tendo STJ como uma Corte de Interpretação e o STF como uma Corte de Precedentes.

O modelo atual não está alinhado com as previsões constitucionais de segurança jurídica, dignidade da pessoa humana e igualdade haja vista que não se consegue a “unidade do Direito”. O modelo de precedentes conseguiu atender estes requisitos na Inglaterra/USA e certamente pode muito nos ajudar.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ªed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014.

_____. **Teoria da segurança jurídica**. 3ªed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. **Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CROSS, Rubert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press. 1991

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – vol.1**. 10ªed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – vol.2**. 10ªed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER Jr., Fredie [et al]. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes – Vol.3**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè.2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **A ética dos precedentes**. 1ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Julgamento nas cortes supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. 1º ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MIDIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil – vol.2**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Precedentes: Da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2ªed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUND, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculante?** 3ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

TARUFFO, Michele. **Precedente e Giurisprudenza**. Editoriale Scientifica srl giugno 2007.