

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO**

Ester Tiago de Queiroz Martins

**A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL**

PARANAÍBA/MS

2017

Ester Tiago de Queiroz Martins

**A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, unidade de Paranaíba, como exigência parcial para bacharelado do curso de Direito, no período matutino.

Orientadora: Profa. Dra. Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém.

PARANAÍBA/MS

2017

M342u Martins, Ester Tiago de Queiroz

A uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil/ Ester Tiago de Queiroz. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2017.
53f.; 30 cm.

Orientadora: Profa Dra Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Uniformização da jurisprudência. 2. Código de Processo Civil. I. Martins, Ester Tiago de Queiroz. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 347.81

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

ESTER TIAGO DE QUEIROZ MARTINS

A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em 20/11/2017

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof^a. Me. Elisabeth Maria Mendonça Silva
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof. Me. José Péricles de Oliveira
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Dedico aos meus pais, Marlene e Antonio,
e ao meu irmão Antonio Junior.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por reger a minha vida, iluminar o meu caminho e por me dar força todos os dias para dedicar-me com perseverança à realização dos meus sonhos e objetivos.

Aos meus pais, por terem acreditado em mim, por estarem sempre ao meu lado e por não medirem esforços para me ajudar a realizar os meus sonhos. À minha mãe, por ser minha melhor amiga e fiel companheira. Ao meu pai, por ser o meu herói. Eu amo vocês!

Ao meu irmão, que continuamente acredita no meu potencial, você sempre terá um lugar mais que especial no meu coração, te amo muito!

Agradeço imensamente a toda minha família, aos meus avós, meus tios, minhas tias, aos meus primos, por serem presentes em minha vida.

Gostaria de agradecer imensamente a todos os meus amigos e irmãos na fé por me acolherem em suas vidas, pela companhia e por toda a ajuda durante todos esses anos. Em especial à minha amiga de infância, Monique Canton, que esteve comigo durante esses cinco anos, sempre me ajudou e por ter compartilhado comigo o amor pelo Processo Civil.

Agradeço também ao meu namorado, Mauricio, pelo companheirismo, por me tranquilizar nos momentos difíceis desse curso, pelo carinho e principalmente pela paciência que tem comigo.

Agradeço a todos os meus professores por terem acrescentado em minha vida conhecimentos necessários para me tornar uma profissional.

A minha orientadora Dr^a. Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém, que sou grata pela sua orientação e pelas palavras de carinho em momentos difíceis.

Enfim, a todos que estiveram comigo durante a graduação, fazendo parte da minha vida durante esses cinco anos.

RESUMO

A Lei nº. 13.105/2015 implantou um novo sistema no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se do sistema de precedentes judiciais. Os motivos que levaram a adoção desse sistema estão amparados pelos Princípios da Isonomia, Segurança e Confiança Jurídica, uma vez que a cada dia cresce o número de demandas repetitivas e muitas vezes são decididas de forma contraditória por causa dos entendimentos divergentes dos magistrados e dos tribunais, assim esse novo sistema busca uniformizar a jurisprudência e para isso o Novo Código de Processo Civil impõe a obrigação dos tribunais manter sua jurisprudência coerente, estável e íntegra para gerar mais segurança aos jurisdicionados e maior celeridade processual. O objetivo desse trabalho é analisar as peculiaridades dos precedentes judiciais brasileiros, abordar a previsão legal desse sistema, demonstrar suas características e analisar as decisões que são, a partir do Novo Código de Processo Civil, consideradas um precedente vinculante. Para compreender essa inovação trazida pelo CPC será abordado a origem do sistema de precedentes advinda dos países adeptos a tradição do *common law*, a distinção de alguns conceitos essenciais para compreensão do tema, bem como a formação do precedente e em quais casos são permitidos a não aplicação do precedente vinculante.

Palavras-chave: Uniformização da jurisprudência. Precedentes vinculantes. Código de Processo Civil.

ABSTRACT

Law no. 13.105/2015 implemented a new system in the Brazilian legal system, it is the system of judicial precedents. The reasons that led to the adoption of this system are supported by the Principles of Isonomy, Security and Legal Confidence, as the number of repetitive demands grows and are often decided in a contradictory way because of the different understandings of magistrates and courts, so this new system seeks to standardize the jurisprudence and for this the New Code of Civil Procedure imposes the obligation of the courts to maintain its jurisprudence consistent, stable and complete to generate more security to the courts and faster procedural. The purpose of this paper is to analyze the peculiarities of the Brazilian judicial precedents, to approach the legal prediction of this system, to demonstrate its characteristics and to analyze the decisions that are, from the New Code of Civil Procedure, considered a binding precedent. To understand this innovation brought by the CPC will address the origin of the system of precedents coming from countries adhering to the *common law* tradition, the distinction of some concepts essential to understanding the subject, as well as the formation of precedent and in which cases are allowed to application of binding precedent.

KEYWORDS: Uniformisation of case law. Binding precedents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.	09
1. JURISPRUDÊNCIA: NOÇÕES FUNDAMENTAIS.	09
1.1 Conceito de jurisprudência, precedente e súmula	10
1.1.1 Conceito de Jurisprudência.....	100
1.1.2 Conceito de precedente	11
1.1.3 Conceito de súmula vinculante	13
1.2 Precedente e a tradição no <i>common law</i> e no sistema jurídico brasileiro	14
1.3 Fundamentos para uniformização da jurisprudência	16
2. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTE NO SISTEMA BRASILEIRO	20
2.1 Evolução do precedente no Brasil	20
2.2 A formação do precedente	23
2.2.1 <i>Ratio decidendi</i>	23
2.2.2 <i>Obiter dictum</i>	26
2.3 Técnica de aplicação do precedente: <i>distinguishing</i>	27
2.4 Técnica de superação do precedente: <i>overruling</i>	29
3. MECANISMOS DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO NCPC	32
3.1 Precedentes vinculantes do artigo 927 do CPC	32
3.1.1 A (in)constitucionalidade dos incisos III,IV e V do artigo 927 do CPC	40
3.2 A classificação dos precedentes judiciais segundo o grau de vinculação	42
3.3 Súmula vinculante	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar uma das grandes inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015), a uniformização da jurisprudência, que por meio do sistema de precedentes judiciais busca conceder maior efetividade aos Princípios da Isonomia, Confiança e Segurança Jurídica.

O trabalho desenvolve-se em três capítulos, sendo que o primeiro aborda conceito, características e origem do sistema de precedentes judiciais fazendo distinções entre outros fenômenos jurídicos, comparação com o sistema *common law* além de demonstrar os fundamentos utilizados pelo legislador para adotar esse sistema.

O segundo capítulo apresenta a evolução do precedente judicial no sistema processual brasileiro, explica os elementos essenciais para sua formação e como ocorre sua aplicação, distinção ou superação.

Para somente no terceiro capítulo interpretar os dispositivos presentes no Novo Código de Processo Civil que preveem quais são as decisões judiciais consideradas um precedente vinculante. Também apresenta os novos procedimentos criados para julgamento de casos repetitivos, e, por fim, classifica os graus de vinculação dos precedentes.

A busca pela tutela jurisdicional gerou ao Poder Judiciário, grande acúmulo de ações, principalmente com as inúmeras demandas repetitivas. Infelizmente os julgados dos tribunais brasileiros demonstram que o aumento do número de litígios também se deve aos diversos entendimentos contraditórios sobre a mesma matéria, o que acarreta incerteza e insegurança jurídica.

Diante deste quadro, o Novo Código de Processo Civil implantou um sistema de precedentes judiciais em busca da harmonização entre as decisões do Judiciário. O precedente judicial é um julgado que serve de parâmetro decisório para as ações futuras, e, uma das finalidades desse sistema é conferir maior segurança jurídica, que só será possível quando os jurisdicionados tiverem previsibilidade da decisão judicial.

Além do mais, a divergência das decisões judiciais em casos idênticos fere o Princípio da Isonomia Jurídica, dessa forma, o Judiciário deve conceder a mesma resposta judicial para todos os casos que debatem a mesma questão jurídica e possuem fatos materiais semelhantes.

Portanto, o que se pretende com esta pesquisa é demonstrar a importância do sistema de precedentes judiciais, como forma de solucionar o problema que as decisões divergentes em demanda repetitivas causam ao Judiciário.

1. JURISPRUDÊNCIA: NOÇÕES FUNDAMENTAIS

O presente capítulo visa destacar com maior clareza a origem do sistema de precedentes judiciais, fazer distinções pertinentes com outros institutos jurídicos, bem como explanar sobre as justificativas do legislador para adotar o sistema de uniformização da jurisprudência.

1.1 CONCEITOS DE JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTE E SÚMULA: DISTINÇÕES PERTINENTES

1.1.1 Conceito de Jurisprudência

A Jurisprudência é de grande relevância para o mundo jurídico, tanto no sistema do *common law* quanto no *civil law*. Apesar de ter valor diferente para cada ordenamento, é indiscutível como a jurisprudência é importante no mundo do Direito, principalmente por ser considerada uma de suas fontes.

O jurista Miguel Reale conceitua jurisprudência, *stricto sensu*, como “(...) a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”. (2003, p.167)

Para alguns autores a definição de jurisprudência é dividida em duas noções, conforme Abelardo Torré (*apud* Paulo Nader, 19988, p.206):

- 1) **Jurisprudência em Sentido Amplo:** é a coletânea de decisões proferidas pelos juízes ou tribunais sobre uma determinada matéria jurídica.
- 2) **Jurisprudência em sentido estrito:** dentro desta acepção, jurisprudência consiste apenas no conjunto de decisões uniformes, prolatadas pelos órgãos do Poder Judiciário, sobre uma determinada questão jurídica. É a *auctoritas rerum similiter judicatorum* (autoridade dos casos julgados semelhantemente). A nota específica deste sentido é a uniformidade no critério de julgamento.

Essa distinção em sentido amplo e estrito, é seguida por André Franco Montoro, que a classifica como uma das fontes do direito por ser “...conjunto uniforme e constante das decisões judiciais sobre casos semelhantes”. (2009, p.401)

Pode-se deduzir, com base nos conceitos abordados, que jurisprudência é a pluralidade de julgamentos que segue a mesma tese ao decidir sobre determinada matéria jurídica. É obra exclusiva do trabalho de interpretação dos juízes e tribunais. (MONTORO, 2009)

A jurisprudência pode inovar em questão jurídica, ampliando o que contém estritamente

na lei. Isso acontece porque no julgamento o juiz pode complementar a norma para aplicá-la ao caso concreto ou dar interpretação diversa da original. Por isso a jurisprudência é considerada como uma das fontes do direito para Miguel Reale.

Entretanto, não há obrigatoriedade dos juízes se pronunciarem igual o entendimento pacificado na jurisprudência, isto porque os magistrados possuem a prerrogativa de se ajustar aos julgados dos tribunais, como também ter entendimento diverso, quando convencido do contrário. (CRAMES, 2016)

A jurisprudência tem por objetivo harmonizar a compreensão da lei formando uma coerência e continuidade nos julgados da mesma matéria jurídica. A pluralidade de decisões em um mesmo sentido cria um forte caminho de julgamento para as futuras ações oriundas de tal questão jurídica. Contudo não é isso que ocorre na prática, tendo em vista que, para muitos aplicadores do direito, essa fonte é considerada apenas “guia de pesquisa”.

Vale ressaltar que, em termos práticos, muitos profissionais do direito utilizam-se nas peças processuais casos individuais e isolados denominando como “jurisprudência” para enriquecer seu peticionamento e ter argumentos favoráveis ao pedido. Todavia é preciso lembrar que são apenas julgados.

1.1.2 Conceito de Precedente

Precedente é um pronunciamento judicial proferido no passado por um tribunal e revelado posteriormente como relevante para orientar no julgamento de novos casos sobre a mesma matéria jurídica. (TALAMINI, 2016)

Ronaldo Cramer conceitua precedente no sentido próprio e impróprio do termo (2016, p.77):

Sentido próprio, precedente é a decisão judicial que fixou a tese jurídica (norma jurídica) que deverá ser arguida pelas demais decisões em casos idênticos.

Sentido impróprio, precedente constitui a própria norma jurídica criada pela decisão judicial, ou seja, a tese jurídica que servirá de parâmetro decisório para casos idênticos.

Precedente trata-se de uma única decisão que serve de baliza para os demais casos futuros que discutem a mesma questão. Percebe-se só será identificado após o seu nascimento, quando um magistrado analisa as razões de decidir e se convence que tal julgado serve de parâmetro para o caso que está sob sua análise, ou seja, será sempre a primeira decisão que julgou a questão, as demais decisões, posteriores, apenas a aplicam.

Assim, a decisão de um tribunal apta a ser reproduzida pelos tribunais inferiores só terá a condição de precedente se, necessariamente, for utilizada para solucionar os casos análogos. Para os países do *common law* não há distinção entre uma decisão isolada e outra que será um paradigma, só surge essa diferença quando o julgado for reaplicar em casos futuros. (STRECK, 2015)

Contudo o termo precedente utilizado no ordenamento jurídico brasileiro difere do empregado nas tradições de outros países. O conceito de precedente retromencionado refere-se ao das tradições jurídicas estrangeiras, que está diretamente ligado a acepção do termo.

O termo precedente utilizado no Brasil está ligado ao sistema implantado no novo Código de Processo Civil cuja diferença está no momento de sua identificação. As decisões que serão utilizadas como precedente estão elencadas no artigo 927 do CPC. Por esse motivo são identificadas no julgamento do caso, isto é, o tribunal ao proferir tal decisão saberá que se trata de um precedente vinculante. (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015)

Os ministros dos Tribunais Superiores ao proferir, por exemplo, decisão de recurso extraordinário e especial em casos repetitivos, já sabem que estão criando um precedente para o ordenamento jurídico brasileiro e que tal decisão vincula os julgamentos futuros. Outra distinção é que, os precedentes vinculantes do ordenamento jurídico devem ser observados mesmo se não for arguido pelas partes, isto porque o art. 1.022, parágrafo único, I, do CPC, considera omissa a decisão que deixar de suscitá-los. (GONÇALVES, 2016)

Por isso, o utilizado no Brasil, é totalmente diferente dos precedentes aplicados por outros países adeptos da tradição jurídica *civil law*. Como por exemplo, a Alemanha, onde o precedente judicial é valorizado, no entanto não possui força obrigatória e sim persuasiva. O precedente é respeitado e pela sua qualidade é seguido. (ROSSI, 2016)

Por esse motivo, Rossi atribuiu ao sistema de precedente brasileiro o termo “precedente à brasileira”, pois apesar de inspirar em outros países adeptos da mesma tradição *civil law* que o utilizam, o Brasil trouxe características peculiares para esse instituto, criando, assim, o precedente à brasileira. (2016)

É importante compreender o instituto do precedente judicial e diferenciá-lo de jurisprudência. Para alguns autores a distinção é meramente quantitativa. Precedente trata-se de uma única decisão que guia os demais julgamentos enquanto a jurisprudência é a pluralidade de decisões coerentes sobre a mesma matéria que demonstra o entendimento do tribunal sobre o assunto. Percebe-se então que um instituto liga-se ao outro. (CRAMER, 2016)

1.1.3 Conceito de Súmula Vinculante

Vem do latim “*summula*” que significa sumário ou resumo. Seu conteúdo consiste em um resumo do posicionamento do tribunal sobre a matéria jurídica tratada em casos semelhantes, deixando evidente o posicionamento predominante do tribunal, ou seja, trata-se de uma orientação jurisprudencial do tribunal.

A súmula tem caráter interpretativo, manifesta o sentido da norma ao interpretá-la, e jurisprudencial, porque emana da apreciação do Poder Judiciário. O seu texto deve ser simples e claro para que não haja dificuldades em sua aplicação, pois se a linguagem usada tiver termos vagos sua aplicação será limitada e assim não atingirá seu objetivo de gerar segurança nos casos da matéria sumulada. (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015)

A súmula vinculante surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional n. 45/2004, mas sua regulamentação só ocorreu dois anos depois com a Lei n. 11.417/2006. Tal emenda inseriu o artigo 103-A na Constituição Federal, que permite o STF a edição de súmula.

A edição de súmula vinculante pode ocorrer de ofício ou mediante provocação ao Supremo Tribunal Federal, que mediante quórum qualificado elabora verbete com efeito vinculante. Significa que vincula o Poder Judiciário, bem como à Administração Pública. Na obrigatoriedade de observar e seguir o entendimento firmando na súmula. (ABBOUD, 2008)

Para criação de súmula vinculante são necessários dois requisitos básicos: a controvérsia entre órgãos do Judiciário sobre o assunto e a existência de jurisprudência pacificada do tribunal sobre a matéria. São requisitos essenciais que devem ser observados para criação da súmula vinculante.

A súmula vinculante apenas poderá ser editada quando houver reiteradas decisões anteriores. Uma única questão controvertida sobre a matéria não cria a possibilidade para editar súmula. Além disso, a matéria em questão deve ser atual, isto é, passível ainda de divergências de grande repercussão que podem suscitar várias demandas sobre a questão jurídica.

Os precedentes são decisões formadas para resolver um caso concreto e eventualmente influencia em decisões futuras; já a súmula são enunciados gerais e abstratos para solucionar casos futuros. Percebe-se que o precedente não se forma para ter aplicação no futuro, apenas algumas decisões serão reaplicadas e surgirá a obrigatoriedade de observá-las, diferente da súmula que já nasce com esta obrigatoriedade. (STRECK, 2015)

Pode-se deduzir com todos os conceitos e distinções abordados que a aplicação reiterada de um precedente gera uma jurisprudência que ao predominar o seu entendimento no tribunal, pode dar consequência a formação de enunciado de súmula vinculante. Percebe-se uma

evolução de precedente até súmula de forma que, apesar de serem ligadas entre si são, ao mesmo tempo, distintas. (CRAMER, 2016)

1.2 PRECEDENTE E A TRADIÇÃO NA COMMON LAW NO SISTEMA BRASILEIRO

Existem atualmente dois tipos tradições jurídicas que são: o *civil law* e o *cammon law*. O primeiro tem origem nos países romano-germânica e foi influenciado pela Revolução Francesa, uma vez que o Código de Napoleão foi o primeiro grande documento legal criado e posteriormente inspirou a criação de vários outros códigos no mundo. (CRAMER, 2016)

A Revolução Francesa verificou a necessidade de criar a separação dos poderes. Para tanto centralizou no parlamento a função de legislar, deixando ao Judiciário o papel de aplicar o direito estabelecido na legislação. (ROSSI, 2016)

No *civil law* o direito é legislado, tendo em vista que para tal sistema a norma positivada é o instrumento apto para solucionar as lides levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, ou seja, a norma jurídica que decorre da lei é a fonte primária do ordenamento jurídico. Este é o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Mas o foco deste tópico será o *common law*. Esse sistema teve origem com os povos anglo-saxões, cuja principal fonte do ordenamento jurídico são os precedentes judiciais. Nessa tradição o direito não é legislado, porquanto a norma aplicada surge dos costumes, nos hábitos reiterados, que leva a crer na convicção de que são regras corretas e por isso devem ser seguidos. (ROSSI, 2016)

O sistema *common law* foi criado após a invasão de Guilherme I, Duque da Normandia, na Inglaterra no ano de 1066. A invasão ocorreu porque Guilherme I se considerava herdeiro dos reis saxões e ao dominar o país passou a organizar todo o governo da Inglaterra. (CRAMER, 2016)

Ao se fortalecer, o rei criou as cortes locais, situadas em cada feudo, e as cortes reais, considerada como uma corte especial. Estas por sua vez aplicavam exclusivamente o direito comum de interesse do rei, mas aos poucos foi ampliando sua competência e por consequência passaram a ser os tribunais mais demandados da Inglaterra no século XV. (CRAMER, 2016)

O direito aplicado não derivava do direito material resultante de normas legisladas, mas sim do direito comum, significado literal de *commom law*, que era criado a partir dos julgamentos realizados pelas cortes reais, quer dizer que o direito material era construído de precedente em precedente. (CRAMER, 2016)

Miguel Reale(2003, p. 142), descreve bem de onde vem o direito no sistema do *common*

law:

O Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se, na Inglaterra, há necessidade de saber-se o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios.

Como o direito era oriundo dos precedentes judiciais, foi escrito entre os anos de 1235 e 1250, por um juiz da corte *Courtof King's Bench*, um tratado que descrevia e comentava casos julgados, formando um livro de consulta, espécie de doutrina, com a finalidade de instruir os advogados e juizes sobre os posicionamentos das cortes, afirmando a necessidade de seguir os precedentes. (CRAMER, 2016)

Em seguida surgiu os Yearbooks, relatórios anuais que continham os principais precedentes proferidos nos julgados das cortes reais, que passou a ser a principal fonte dos advogados e foram essenciais para o desenvolvimento do sistema de precedentes no *common law*.

Mas foi com o pronunciamento de um magistrado no século XIX, que mesmo discordando de uma decisão proferida pela *Courtof Exchequer Chamber*, se via obrigado a adotá-la. Com isso incorporou-se na tradição do *common law*, de forma definitiva, a “*stare decisis*”, que vem do latim “*stare decisis et non quieta movere*” (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido).

Essa regra se tornou muito rígida, pois o precedente vinculava tanto as cortes inferiores como a própria corte que proferiu a decisão e não permitia a sua superação. Passaram cerca de 100 anos para que a regra do “*stare decisis*” se tornasse flexível, permitindo a modificação do precedente. (CRAMER, 2016)

Todavia o *common law* não é a mesma coisa que a “*stare decisis*”. Esta constitui o precedente como fonte do direito, vinculando todos os tribunais e não permite a superação do precedente. (CRAMER, 2016)

Diferente do *common law*, que, como vimos, surgiu em um sistema que não possuía direito legislado, visto que a norma para julgar os casos submetidos às cortes vem exclusivamente de suas próprias decisões, o precedente vincula todos os tribunais, mas não é rígido ao ponto de que permite superar tal entendimento.

Como se viu, existem dois grandes sistemas de Direito no mundo ocidental, cada um corresponde à ordem histórica distinta. Não há como afirmar qual deles sistemas é melhor, posto

que cada um refere-se à história cultural de seu país sobre a compreensão do direito, possuindo suas peculiaridades. (ROSSI, 2016)

Mas ultimamente é fácil perceber uma integração entre essas duas tradições, pois cada vez mais os países adeptos ao sistema *civil law*, como o Brasil, têm adotado o precedente judicial para solução dos litígios levados ao Poder Judiciário. Os países do *common law* também têm incorporado o mecanismo do *civil law* ao criar algumas leis a fim de regular determinado assunto. (CRAMER, 2016)

No entanto essa aproximação não significa que um país está deixando sua tradição para incorporar a outra. Trata-se apenas de uma valorização do instituto do outro sistema.

Segundo Antonio Carlos Marcato o novo Código de Processo Civil espelhou-se “... no regime de precedentes judiciais do sistema da *common law*, apoiando no trinômio estabilidade-previsibilidade-segurança” ao implantar alguns institutos desse sistema no Brasil. (2015, p. 163)

O precedente é a principal fonte do sistema *common law* e traz estabilidade para as decisões do Judiciário ao tornar previsível a resposta sobre determinada norma jurídica gerando, assim, segurança para a população. Esses foram os fundamentos para adoção do sistema de precedentes presente no novo Código de Processo Civil como se vê adiante.

1.3 FUNDAMENTOS PARA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Atualmente no sistema jurídico brasileiro há inúmeros processos judiciais que são conhecidos por “ações repetitivas”, demandas que repetem a mesma tese jurídica. Diante de tal situação não é de bom alvitre que o Judiciário julgue aleatoriamente cada caso, proferindo, na maioria das vezes, posicionamento diferente para a mesma questão, deixando a sensação de que houve injustiça em um dos casos.

Não é admissível decisões diferentes para casos semelhantes, justificadas como diversidades de opiniões dos magistrados e tribunais, porque tal divergência fere a isonomia e a segurança jurídica, e também por não ser admissível discrepância entre magistrados e tribunais, pois eles pertencem ao mesmo sistema jurídico, que é o Poder Judiciário. Por essa razão devem ser harmônicos entre si. (MARINONI, 2016)

O novo Código de Processo Civil tem adotado um sistema de precedentes e de uniformização da jurisprudência para promover a integridade do Direito e solucionar as demandas repetitivas levadas diariamente ao Poder Judiciário, porquanto este tem sido, atualmente, um dos maiores problemas do ordenamento jurídico brasileiro. (CRAMER, 2016)

O artigo 926 do CPC inova ao ordenar que “os tribunais devem uniformizar sua

jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” Trata-se de um dever do tribunal ao aplicar as leis e desenvolver um direito judicial.

O legislador ao adotar o sistema da uniformização da jurisprudência e elencar aos órgãos jurisdicionais os deveres de estabilidade, integridade, uniformidade e coerência da jurisprudência fundamentou-se nos Princípios da Isonomia e Segurança jurídica, por acreditar que, se observarem esses deveres, os aludidos princípios terão mais efetividade.

O primeiro dever imposto pela norma é o de uniformizar a jurisprudência. O tribunal não pode ser omissivo nos casos de divergência interna sobre a mesma matéria jurídica, devendo sempre se posicionar sobre qual o entendimento do órgão sobre determinada questão, para que a tese firmada seja observada nos julgamentos futuros internos e também influir nas decisões dos órgãos inferiores. (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015)

A estabilidade das decisões judiciais está ligada à segurança jurídica. Significa dizer que a jurisprudência deve ser firme, segura, sólida, demonstrando com clareza o posicionamento do tribunal. O dever de analisar os valores de estabilidade da jurisprudência é para mantê-la estável e prevenir uma surpresa injustificada.

Os tribunais podem superar o entendimento jurisprudencial, mas para isso o órgão deve fundamentar a razão de tal mudança, para que a superação não seja vista como um gesto imaturo do juízo ou venha ferir a confiança jurídica. (MARINONI, 2016)

A integridade parte da ideia de que a norma jurídica deve ser compreendida através de uma construção orientada pelos precedentes anteriores, ou seja, a aplicação do direito deve ser realizada de forma coerente com as decisões do passado. (CRAMER,2016)

Para Fredie Didier Jr. (2015, p.478), a integridade e coerência estão ligadas, pois é difícil compreender uma sem a outra, já que são deveres que ocasionam apenas um, o de ser consistente.

De fato, ‘consistência’ parecer ser um termo mais adequado para designar o conjunto formado por coerência e integridade; talvez a melhor opção fosse simplesmente dizer que os tribunais deverão zelar pela ‘consistência de sua jurisprudência’. Qualificar uma jurisprudência como consistente é, claramente, considerá-la íntegra e coerente.

A integridade e a coerência surgem nos argumentos levantados para formar um precedente. Quanto mais argumentos firmados para sustentar a tese jurídica, mais ela será íntegra e coerente.

Mas a coerência da jurisprudência também pode ser definida separadamente. De este dever requer que a aplicação do entendimento ocorra somente em casos idênticos. É necessário

que após a manifestação dos tribunais superiores sobre determinada matéria jurídica os demais casos sejam solucionados com a mesma interpretação, sob pena de não se viver no mesmo Estado de Direito. (MARINONI, 2016)

Além da uniformização, estabilidade, integridade e coerência, o artigo 926 do Código de Processo Civil também prevê, por interpretação, os deveres de integridade e publicidade da jurisprudência pelos tribunais. (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015)

O dever de integridade prevê que ao decidir sobre a questão jurídica o tribunal deve solucionar em conformidade com o Direito, observando principalmente as normas constitucionais, como também as demais normas do ordenamento e as compreendendo como um conjunto e não apenas um acúmulo de normas, e, por fim, analisar a relação entre o direito material e o direito processual. (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015)

A publicidade da jurisprudência é fundamental para tornar o sistema de uniformização mais acessível aos magistrados e vincular os casos futuros. O artigo 927, §5º, CPC, prevê que “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.” A publicidade dos precedentes, é fundamental para orientação jurídica dos profissionais do Direito, está interligada com a previsibilidade.

A previsibilidade da possível resposta do Judiciário é um dos fundamentos para a uniformização da jurisprudência e está associada ao Princípio da Segurança Jurídica. Atualmente os advogados não conseguem orientar os clientes acerca do que devem esperar ao tomarem certa postura diante de um conflito, isto ocorre porque não há segurança nas decisões do Judiciário.

O indivíduo precisa saber o que esperar do Judiciário, ter confiança e segurança de que este Poder atuará aplicando os precedentes, reiterando o posicionamento da jurisprudência, mostrando, assim, o posicionamento do Direito.

Com isso a sociedade terá uma noção de qual é o entendimento sobre o Direito e analisará com cautela se vale a pena ingressar ou não com um litígio em juízo. Tendo em vista que os cidadãos não deveriam ver o Judiciário como um “jogo de aposta”, do qual podem obter qualquer resultado. (CRAMER, 2016)

O objetivo da adoção do sistema de precedentes é para que não mais aconteça essa imprevisibilidade, posto que num sistema de precedentes existe um desestímulo de ingressar com ação tendo em vista que o tribunal já determinou entendimento sobre a questão e a possibilidade de conseguir um resultado diferente é mínima.

Objetiva que os jurisdicionados terão segurança jurídica, não como uma previsão

absoluta do que será determinado, mas sim uma noção razoável, uma grande probabilidade de qual será o pronunciamento judicial. E assim as decisões passarão a ser mais respeitadas.

Os precedentes judiciais, produtos da evolução histórica do *cammon law*, nasceram para assegurar maior força ao Poder Judiciário frente às inúmeras interpretações das normas, e, por esse motivo, garantem segurança jurídica. (STRECK, 2015)

O Princípio da Isonomia também é um dos fundamentos para adoção do sistema de precedentes. Este princípio aborda que as partes devem ser tratadas com igualdade. Já a igualdade do processo exige que demandas idênticas sejam tratadas de forma iguais, que a resposta seja a mesma. (CRAMER, 2016)

Com o sistema de precedentes a lógica é que casos idênticos, com as mesmas razões de pedir e o mesmo objeto, sejam julgados de forma igual, isto é, tratadas com igualdade. Quando acontecem julgamentos diferentes para casos idênticos, a sociedade não compreende. Por consequência, afeta a credibilidade do Judiciário. Para que isso não ocorra, os casos idênticos devem ser tratados de forma igual aplicando o mesmo precedente.

A adoção de um sistema de precedentes no Brasil cria uma esperança para solucionar causas repetitivas e, assim, desestimular o ajuizamento de demandas, uma vez que os indivíduos terão segurança jurídica ao acionarem o Judiciário para buscar resposta já previsível devido ao entendimento firmado na jurisprudência.

2. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTES NO SISTEMA BRASILEIRO

O Novo Código de Processo Civil trouxe diversas inovações, entre as quais o sistema de precedentes judiciais brasileiro adotado para uniformizar a jurisprudência, que será abordado mais detalhadamente a seguir.

2.1 EVOLUÇÃO DO PRECEDENTE NO BRASIL

O Brasil é um dos países que adota o sistema do *civil law*. Por isso que cada vez mais os precedentes judiciais tem ganhado força aqui, assim como ocorre na maioria das nações que adotam o *civil law*. É inegável que os juristas brasileiros utilizam há muito tempo a jurisprudência como respaldo jurídico. (ZANETI JR, 2016)

A Emenda Constitucional n°.45 de 8 de dezembro de 2004, acrescentou no sistema jurídico brasileiro as súmulas vinculantes. Em razão disso o Poder Legislativo promulgou o sistema de precedentes no Brasil, que apesar de ter sido um pequeno passo, na época, foi o berço para que esse sistema ganhasse força ao longo dos anos.

Entretanto, segundo Elpídio Donizetti, engana-se quem acredita que foi a Emenda Constitucional n°.45/2004 que instaurou o sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que as súmulas vinculantes já eram utilizadas no país, basta lembrar-se da Lei n°. 8.038 de 28 de maio de 1990. (2014)

O artigo 28 da Lei n°. 8.038 de 28 de maio de 1990 permitia que os ministros do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, quando relatores, decidissem o pedido ou o recurso que tivesse perdido o objeto, negar provimento a pedido ou recurso intempestivo ou incabível e sobre recurso ou pedido que contrariasse matéria de súmula do respectivo Tribunal. Tal artigo foi revogado apenas pela Lei n ° 13.105, de 2015.

O Código de Processo Civil de 1973, também continha diversos dispositivos que demonstravam a teoria dos precedentes no âmbito processual antes mesmo da Emenda n°.45/2004. (DONIZETTI, 2014)

O artigo 476 do CPC/73 demonstra essa afirmativa, veja:

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:
I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;
II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.
Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Nesse dispositivo verifica-se que a interpretação do tribunal sobre a questão matéria jurídica era fundamental quando versava sobre questão com divergência de entendimento ou quando a decisão sob recurso era completamente diferente do posicionamento do tribunal, o que demonstra que o antigo Código de Processo Civil já possuía a previsão de observar o

entendimento dos tribunais superiores, seja sobre sua jurisprudência ou súmula.

Também possui a Emenda Constitucional n. 03/1993, que foi um marco na aplicação do sistema de precedentes no Brasil ao acrescentar o §2º ao artigo 102 da Constituição Federal, e atribuiu efeito vinculante à decisão em Ação Declaratória de Constitucionalidade proferida pelo STF.¹

Com a Emenda Constitucional n.º.03/199, as decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade passaram a ter efeito vinculante, isto é, todos os órgãos do Judiciário e do Executivo devem observar essas decisões e segui-las.

A Emenda Constitucional n.º.45/2004 ampliou essa previsão ao acrescentar no artigo 102, §2º, da Constituição Federal, que as ações direitas de inconstitucionalidade também devem ser observadas e a vinculação não era apenas para o Judiciário, mas para toda a administração pública direta e indireta, em todas as suas esferas.

Talvez a Emenda Constitucional n.º.45/2004 seja o marco mais reconhecido para o estudo dos precedentes judiciais por ter acrescentado previsão legal sobre as súmulas vinculantes ao ordenamento jurídico brasileiro. Elas, contudo, só foram regulamentadas posteriormente pela Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

A referida Emenda Constitucional acrescentou o artigo 103-A na Constituição Federal, o qual trouxe a regra da súmula vinculante, veja:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Este artigo deu plenos poderes ao Supremo Tribunal Federal para editar, por ofício ou

¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

provocação, enunciado de súmulas para estabelecer a interpretação sobre a norma constitucional após reiteradas decisões sobre a matéria. A provocação pode ser feita pelos legitimados referidos no rol do artigo 103 da Constituição Federal.

O §1º do referido artigo, foi claro ao justificar que a regulamentação das súmulas vinculantes ocorreu pela grave insegurança jurídica que as controvérsias causavam aos órgãos do Judiciário e da Administração Pública, além de gerar demandas repetitivas.

A formação de enunciado de súmula vinculante exige o reconhecimento de uma controvérsia atual do tema, assim “a súmula terá de, obrigatoriamente, referir-se ao precedente ou precedentes anteriores do quais extrai a *ratio decidendi*.” (ZANETTI JR, p.187, 2016)

Esse assunto vem regulamentado no artigo 926, §2º, do novo Código de Processo Civil: “Ao editar enunciado de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a criação.”

Como citado no primeiro capítulo, o precedente evolui e pode chegar a enunciado de súmula. O que a torna produto de um precedente aplicado várias vezes que dá ensejo a formação da jurisprudência e ao final a criação de súmula. Por esse motivo que nesse sistema deve-se analisar os fatos do precedente originário ao editar o enunciado da súmula.

Assim afirma Zanetti Jr “As súmulas...não podem ser aplicadas como normas, sendo a externalização, em um enunciado, da razão de decidir de vários (reiterados) precedentes.” (ZANETTI JR, p.187, 2016)

Por isso deve-se analisar as circunstâncias fáticas do precedente para criar o enunciado da súmula vinculante, considerando que a súmula não é uma regra abstrata, pois para sua formação há premissas de casos concretos que não pode se afastar.

Deduz que a Emenda Constitucional nº.45 de 2006 seja o marco mais importante sobre precedentes judiciais no Brasil e por isso existe a impressão de que foi a partir daí que começou a implementar a teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, embora tal implementação tenha iniciado bem antes. (DONIZETTI, 2014)

A Emenda Constitucional foi uma recepção constitucional da teoria dos precedentes, um marco inicial na legislação brasileira. Agora o novo Código de Processo Civil trouxe importantes ferramentas para aperfeiçoamento do sistema de precedentes judiciais como a busca pela uniformização, estabilização e coerência da jurisprudência.

2.2 A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE

No ordenamento jurídico brasileiro a criação do precedente ocorre por meio de decisão

judicial proferida por tribunais superiores. Esse julgado é denominado como acórdão, tal decisão, assim como a sentença do Juízo de primeiro grau, possui elementos essenciais para sua formação.

Os elementos do acórdão são: relatório, breve resumo do processo; fundamentação, parte que contém a argumentação do julgado e os dispositivos legais que levaram o Tribunal a tal entendimento; o dispositivo, que informa a decisão do pleito; e a ementa, síntese da tese jurídica do julgado.

O acórdão será um precedente quando se tratar de alguma das decisões elencadas no artigo 927 do Código de Processo Civil. No entanto para um precedente há mais dois elementos essenciais que devem estar presentes na decisão, quais são: *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Para o sistema de precedentes brasileiro esses dois elementos devem estar presentes na fundamentação do julgado. Diferente dos países que adotam o sistema do *common law*, que entendem que esses componentes são encontrados em todo o texto da decisão, isso se justifica pelo fato de que nesses países os julgados não são discriminados como no Brasil. (CRAMER, 2016)

Conseguir diferenciar *ratio decidendi* e *obiter dictum* é uma tarefa difícil, porém necessária para compreender a formação do precedente e entender porque esses dois elementos são requisitos tão importantes nessa teoria.

2.2.1 *Ratio Decidendi*

Segundo Streck a *ratio decidendi* é o “enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto.” Trata-se do fundamento jurídico utilizado no caso concreto após analisar todas as circunstâncias fáticas do caso para decidir a demanda. (P. 47, 2015)

Dessa maneira *ratio decidendi*, como o próprio nome diz, são as razões de decidir do precedente, os argumentos necessários para a decisão. Marinoni explica que *ratio decidendi* “não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra”. (2012, p. 04)

Streck pontua uma observação importante sobre *ratio decidendi* ao defender que razão de decidir do precedente não pode ser uma regra considerada sozinha. Se ela for encarada por si só deixa de ser *ratio decidendi*, considerando que a *ratio* sempre deverá ser examinada com os fatos do caso concreto que gerou o julgamento.

As razões de decidir criam a regra do precedente que será aplicada nos casos futuros. Por isso é tão importante sua identificação, tendo em vista que este elemento será utilizado nos casos semelhantes.

Ao mencionar que utilizou-se um precedente em determinado julgado significa dizer que as razões de decidir do precedente foram aplicadas na decisão do caso semelhante.

Por isso a motivação de um julgado deve ser realizada com muita atenção, principalmente quando se trata de um precedente judicial vinculante, pois uma vez proferido julgado a *ratio decidendi* será determinada e retirada dali a regra geral, a qual deverá ser observada e aplicada nos demais casos sobre a mesma matéria jurídica. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015)

Ressalta-se que a *ratio decidendi* não é indicada na decisão; na verdade, sua identificação só ocorre posteriormente pelos magistrados que examinarem o precedente, sendo que a dificuldade não é a de identificar todos seus elementos, mas sim de delimitar a razão de decidir. (CRAMER, 2016)

A dificuldade de delimitar as razões de decidir ocorre porque será essa parte do precedente que vinculará. Mencionar que o precedente será examinado pelos magistrados significa dizer que este irá identificar os trechos formais da decisão, os que vinculam.

Didier Jr e Marinoni pontuam que é possível, no sistema do *common law*, que um precedente possua duas *rationes*, e, mesmo que cada uma delas seja suficiente por si só para dar a solução ao caso, ambas devem ser aplicadas nas decisões futuras. Com efeito, se o juízo possui autonomia para definir várias razões de decidir deverão serem respeitadas.

Desse modo um precedente que contiver duas razões de decidir deve observar as duas como vinculantes nos casos análogos, de forma que não é permitido no sistema de precedentes aplicar uma *ratio* como obrigatória e repelir a outra, ambas devem ser aplicadas nos casos semelhantes. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015)

Também pode ocorrer de o precedente não possuir *ratio decidendi*. Isso acontece quando o julgado não possui fundamento vencedor, as razões da decisão são espalhadas conforme os votos, o que inviabiliza a identificação de uma razão que prevaleça sobre as demais, ou quando há déficit na fundamentação, que ocorre quando o acórdão é obscuro ou contraditório. (CRAMER, 2016)

Existem teorias criadas por autores norte-americanos para identificar a *ratio decidendi* do precedente, sendo que as principais teorias são o teste de Wambauhg e método de Goodhart.

Para a teoria de Eugene Wambauhg criada no século XIX, a razão de decidir é uma regra geral que sem ela a decisão seria totalmente diferente. Por esse teste aplica-se uma técnica de inversão da razão de decidir. Se inverter o sentido da ideia apresentada no julgamento e a inversão gerar uma mudança na decisão então estará diante da *ratio decidendi*, mas se mesmo com a inversão o julgado permanecer igual será a *obiter dictum*. (*apud* MARINONI, 2012)

No entanto essa teoria é criticada por ser considerada falha, conforme explicam Didier Jr, Braga e Oliveira “Isso porque não permite a identificação da *ratio decindendi* nos casos em que o julgador adota duas diferentes razões jurídicas que são suficientes por si só e, separadamente, para conduzir àquela mesma conclusão.” (2015, p.449)

Por ser considerada uma teoria que não permite identificar a *ratio decindendi* em todos os casos, principalmente naqueles em que possui duas razões de decidir, surgiu então o método de Goodhart para identificar a *ratio*.

O método de Goodhart dá mais atenção aos fatos materiais do processo, segundo Marinoni:

...para Goodhart é necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como matérias ou fundamentais para decidir. Mas, para a *ratio*, além dos fatos que o juiz considerou matérias, também é importante a decisão que neles se fundou. (2012, p. 06)

Deste modo, para o método de Goodhart, a *ratio decindendi* se encontra na análise dos fatos materiais do caso, os quais são considerados mais importantes e embasam o julgamento. Assim os fatos imateriais constituem a *obter dictum*.

O método de Goodhart enfatiza que casos iguais, que possuem os mesmos fatos matérias, devem ser tratados da mesma forma, isto é, o precedente vincula. Mas se os fatos matérias do precedente forem ausentes no caso semelhante ou tiverem fatos matérias além, então o precedente não vinculará. (MARINONI, 2012)

Este método também é criticado pela doutrina, pois entende que as circunstâncias fáticas dos casos são sempre diferentes, apesar do caso ser semelhante nenhum fato é totalmente igual ao outro, cada um possui suas particularidades o que não inviabiliza que sejam casos da mesma classe jurídica. (MARINONI, 2012)

Como ambos os métodos possuem falhas para identificar a *ratio*, nenhum pode ser utilizado de forma única, tendo em vista que cada uma, isoladamente, possui defeitos. Com isso Didier Jr, Braga e Oliveira pontuam que o melhor método para identificar a *ratio* é o que junta as duas teorias mencionadas, de forma que se deve buscar a razão de decidir com a identificação dos fatos relevantes para a causa e o embasamento jurídico que conduziu a decisão. (2015)

2.2.2 *Obter Dictum*

O debate sobre o conceito de *obter dictum* é tão extensa quanto a do *ratio decindenci*,

pois esses dois elementos estão atrelados entre si. Compreende como *obter dictum* o argumento considerado sem importância para a decisão, que seria apenas um incremento para o raciocínio do julgado.

Cramer conceitua *obter dictum* como “todo e qualquer argumento dispensável para determinar a norma do precedente e que tem apenas o objetivo de ser ilustração, digressão, complementação ou reforço de argumentação das razões da decisão.” (2016, p. 107)

A *obter dictum* é uma parte desnecessária para resolução final do caso, por isso para identificá-la em um precedente é essencial que se questione se a trecho é necessário ou não no julgamento, a fim de identificar se fragmento leva à decisão ou apenas incrementa o texto.

Para Marinoni há dois tipos de *obter dictum*: a comum e a aprofundada. A *obter dictum* comum trata-se de um ponto que não é essencial para a decisão, por exemplo, a opinião pessoal do julgador exposta no texto é totalmente dispensável, considera-se apenas um excesso para o julgamento. (MARINONI, 2012)

Já a *obter dictum aprofundada* é o argumento que mesmo desnecessário está interligado ao caso e é abordado de forma aprofundada pelo tribunal. Possui perfil muito próximo da análise e dimensão da *ratio*. Por esse motivo merece ser diferenciado da comum. (MARINONI, 2012)

O autor menciona que a doutrina costuma denominar a *obter dictum* aprofundada como *judicial dictum* ou *grátis dictum*. Uma vez que é necessário diferenciar a *obter dictum* aprofundada da comum, sendo que esta denominação é deixada para a comum, totalmente dispensável ao julgado. (2012)

A *obter dictum* não vincula como a *ratio decidendi* por ser apenas uma observação ou opinião exposta no julgado totalmente dispensável. Por esse motivo é tão importante saber diferenciar ambos os elementos no precedente, considerando o magistrado ao analisar o precedente aplicará nos demais casos apenas a *ratio*, descartando a *obter dictum*.

2.3 Técnica de aplicação do precedente: *distinguishing*

Após compreender o conceito de precedente e a sua formação é necessário entender sua aplicação e toda a análise que deverá ser realizada pelos órgãos do Judiciário.

Examinar um precedente judicial significa identificar os elementos do caso sob julgamento e confrontá-los com os elementos existentes no precedente para saber se a regra contida neste pode ser aplicada ao caso.

Quando o confronto entre o precedente e o caso resultar na semelhança de ambos gerará a obrigatoriedade do juízo aplicar o precedente no caso em tela. Mas quando a comparação

ocasionar em diferenciação entre os casos então estará diante da técnica do *distinguishing*.

O *distinguishing* é a distinção que ocorre entre o caso em julgamento e o precedente, cuja diferenciação ocorre quando não há compatibilidade entre a *ratio decidendi* (tese jurídica) do precedente e os elementos do caso em julgamento ou por existir alguma peculiaridade no caso que retire a obrigatoriedade da aplicação do precedente. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015)

Quando o magistrado confrontar o caso concreto que está sob julgamento com o precedente e compreender que existe alguma distinção entre eles, então aplicará a técnica do *distinguishing* e estará livre para julgar o caso conforme sua convicção, isto é, sem estar vinculado ao precedente.

Entretanto a aplicação do *distinguishing* deve ser fundamenta. O juízo deve descrever o porquê está se utilizando de tal técnica, demonstrando quais elementos entre os casos não se aproximam. Se assim não fizer a decisão será considerada inepta, conforme o artigo 489, §1º, VI, CPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, **sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.** (grifo nosso)

Percebe-se que o legislador se preocupou com o uso inadequado da técnica do *distinguishing* e trouxe no novo Código de Processo Civil a previsão constitucional do Princípio da Motivação ao criar a necessidade de o magistrado fundamentar o porquê deixou a regra do precedente vinculante de lado.

A fundamentação deverá demonstrar a distinção dos casos e a aplicação da técnica do *distinguishing*, mostrando os motivos que levam o afastamento do precedente naquele julgamento.

Todavia Marinoni ressalta que a diferenciação deve ser capaz de afastar o precedente, ou seja, não será uma peculiaridade que irá, por si só, afastar o precedente, pois dificilmente haverá identificação absoluta entre os casos. A distinção ocorre quando o fato ou elemento peculiar faz com que os casos não sejam semelhantes a ponto de ensejar a mesma decisão. (2012)

O artigo 1.037, §9º, Código de Processo Civil, também prevê a aplicação da técnica do *distinguishing* nos recursos, vejamos:

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: § 9º Demonstrando **distinção** entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. (grifo nosso)

Esse artigo permite à parte que teve a suspensão do seu recurso Especial ou Extraordinário, por se enquadrar na hipótese de recurso repetitivo sobre a mesma matéria jurídica e se sente prejudicada, o direito de suscitar um requerimento demonstrando a distinção entre a questão jurídica do seu processo e a matéria a ser julgada nos recursos suspensos. Se tal requerimento for julgado procedente o processo voltará ao seu andamento normal.

Percebe-se que nos dois artigos citados o legislador mencionou que a distinção pode ser arguida pela parte, no caso dos recursos suspensos, ou o magistrado deve demonstrar porque está afastando o precedente suscitado pela parte. Isso significa que cabe a todos os operadores do Direito mencionar o precedente ou demonstrar a sua não aplicação ao caso.

Apesar de ser deveres dos advogados e das partes suscitar o precedente ou sua distinção, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em seu enunciado n. 174, informou que cabe a todo e qualquer órgão jurisdicional o dever de analisar os casos e aplicar a técnica do *distinguishing* quando cabível. Ou seja, cabe a todos os operadores de Direito manifestar sobre o precedente, mas os órgãos julgadores possuem o dever de analisar.²

Deste modo *distinguishing* seria a ruptura explícita do precedente, permitida na legislação brasileira, quando houver diferenciação entre os casos. Importante ressaltar que nessa hipótese não está questionando a eficácia ou validade do precedente, apenas manifestando que o direito presente naquela decisão não é aplicável ao caso em julgamento por alguma diferenciação que existe entre eles. (HORTA, 2015)

Além disso essa técnica permite negar que a teoria dos precedentes judiciais faça com que o magistrado torne-se automático diante das decisões sobre determinada matéria jurídica, no sentido de ser obrigado a aplicar em determinados casos o entendimento dado pelo órgão superior.

Streck (2015, p. 50), afirma que:

...inexiste aplicação mecânica ou substantiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros. Pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa,

² “A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independente da origem do precedente invocado”. Enunciado n. 174 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

e, após ser localizado, passa-se a verificar se na circunstância do caso concreto que ele virá solucionar é possível utilizá-lo sem que ocorram graves distorções, porque se elas ficam caracterizadas, o precedente deverá ser afastado.

Na verdade, os precedentes judiciais não têm o objetivo gerar decisões automáticas, mas sim de dar tratamento igual a casos análogos. Por isso é fundamental que o juízo examine o precedente, analise as razões de decidir e as circunstâncias fáticas a fim de saber se é possível sua aplicação ao caso sob julgamento, para afasta a ideia de que o magistrado deve aceitar de forma imprudente o precedente.

2.4 Técnica de superação do precedente: *overruling*

Tão importante como a técnica de aplicação do precedente é também a técnica de superação. Para a doutrina há duas técnicas: *overruling* e *overriding*. O foco deste trabalho é analisar a primeira técnica, mas antes será realizada uma breve explicação da *overriding*.

Overriding ocorre quando há superação parcial do precedente. O tribunal possui um novo entendimento sobre a matéria jurídica que limita a aplicação do precedente. É como se fosse uma revogação parcial, mas não se trata de uma revogação em si, porque o precedente continua vigente. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015)

Já *overruling* é a técnica de total superação do precedente. O tribunal possui uma nova orientação sobre o tema, por isso o precedente perde sua força vinculante e é substituído pelo novo precedente.

Existem duas formas de *overruling*: expressa e tácita. Expressa (*expresso verrunling*) ocorre quando a corte adota, de forma expressa, um novo entendimento. Tácita (*implied overruling*) acontece quando uma nova orientação é aprovada, mas há conflito com o posicionamento anterior, pois não há expressa substituição deste. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVERA, 2015)

Entretanto a *implied overruling* não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro por causa da previsão do artigo 927, §4º, do Código de Processo Civil, que exige fundamentação adequada e específica para superação de um precedente.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
§ 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.

Outra vez surge a necessidade de fundamentação adequada. Os tribunais superiores devem fundamentar sobre a necessidade de superação do precedente por meio de *overruling*, demonstrando a evolução do direito e a necessidade de o precedente também evoluir.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis em seu enunciado n.º 322 demonstra os motivos que podem justificar a superação: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.”

Deduz que a fundamentação para aplicação do *overruling* possui um peso maior, pois a superação do precedente só deve ocorrer quando o Princípio da Isonomia e da Confiança Jurídica justificarem mais sua revogação do que sua manutenção. (LOURENÇO, s.d.)

Outro enunciado, n.º 324 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis traz a única hipótese que não necessitará de fundamentação suficiente e adequada para superação do precedente.

Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.

Quando existe uma modificação legal, não há necessidade de revogação do precedente nos termos previstos no novo Código de Processo Civil, isto é, não será obrigatório a argumentação adequada para superação do precedente.

No Brasil há duas maneiras para superação de um precedente que são: difusa e concentrada. O *overruling* difuso ocorre quando qualquer processo possa possibilitar a superação do precedente. Assim qualquer jurisdicionado pode contribuir para superação do entendimento jurisprudencial. Essa é a maneira que ocorre nos países que adotam o *common law*.

O ordenamento jurídico brasileiro permite também o *overruling* concentrado, que acontece quando um procedimento é instaurado exclusivamente para examinar o entendimento jurisprudencial. Um exemplo é o pedido de revisão de súmula vinculante previsto no artigo 3º da lei n.11.417/2006 ou de tese firmada em incidência de demandas repetitivas, consoante artigo 986 do CPC. (DIDIER JR, BRAGA, OLIVERA, 2015)

É importante saber se a superação do precedente por um novo entendimento do tribunal pode ter efeito *ex tunc* ou *ex nunc*. A substituição, com efeito, *ex tunc* é chamada de *retrospective overruling*, significa que o novo precedente será aplicado aos futuros casos e também naqueles pendentes de julgamento. (LOURENÇO, s.d.)

Já o efeito *ex nunc*, denominado de *prospective overruling*, permite que o novo precedente seja aplicado somente aos casos futuros, uma vez que o precedente substituído poderá ser utilizado aos casos ajuizados antes da superação. (LOURENÇO, s.d.)

A superação de um precedente ocorre pela técnica do *overruling*, que possui várias formas e efeitos. Por isso é necessário que todos os órgãos do Poder Judiciário compreendam as duas técnicas de aplicação do precedente, *distinguishing* e *overruling*, para que a teoria dos precedentes seja utilizada corretamente e consiga o resultado previsto.

3. MECANISMOS DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO NCPC

Serão analisados a seguir os precedentes vinculantes adotados pelo Novo Código de Processo Civil como mecanismos de uniformização da jurisprudência.

3.1 PRECEDENTES VINCULANTES DO ARTIGO 927 DO CPC

Não há dúvidas de que a busca pela uniformização da jurisprudência é um dos grandes marcos do Novo Código de Processo Civil, pois o texto aprovado possui previsão expressa sobre o sistema de precedentes judiciais que deseja acabar com a imprevisibilidade jurídica.

Muitas modificações foram realizadas no projeto do CPC até chegar à Lei nº. 13.105 aprovada em 16 de março de 2015, que optou por adotar o sistema de precedentes, de forma expressa, junto com as normas dos procedimentos dos tribunais.

Assim o sistema de precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil passou a ser previstos no Capítulo I “Das Disposições Gerais”, do Título I “Dos processos nos tribunais e dos processos de competência originária dos tribunais”, do Livro III da parte especial “Dos

processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais. ”

O capítulo mencionado inicia com a inovação trazida pelo artigo 926 do CPC, o dever dos tribunais de uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, norma já abordada anteriormente.

Em seguida, no artigo 927 do Código de Processo Civil, o legislador elencou todas as decisões que terão eficácia vinculante e devem ser observadas por todos os órgãos do Poder Judiciário.

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.

Importante se faz a análise de cada precedente vinculante elencado no artigo supracitado.

a) Inciso I - as decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade;

Os juízes e tribunais observarão “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. ”

As decisões proferidas pelo STF nas ações de controle concentrado de constitucionalidade possuem efeito vinculante a todos os órgãos do Judiciário e à

Administração Pública direta e indireta, em todas as suas esferas, consoante o artigo 102, §2º da Constituição Federal.

A obrigatoriedade dessas decisões ocorre por causa do efeito *erga omnes* que possuem. Assim todos os órgãos internos ou externos estão vinculados à norma jurídica estabelecida pelo julgado, isto é, o Poder Público está vinculado ao preceito em si e não a *ratio decidendi* da decisão. (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA 2015)

Mas os órgãos do Judiciário estarão vinculados às razões de decidir do julgado, uma vez que o efeito *erga omnes* não é igual ao efeito vinculante dos precedentes. O primeiro efeito vincula o Poder Judiciário e o Poder Executivo, já o segundo tem força apenas para os órgãos do Judiciário, tendo em vista que o efeito vinculante do precedente possui eficácia apenas interna. (CRAMER, 2016)

Pode-se deduzir que, com o advento do Novo Código de Processo Civil as decisões nas ações em controle concentrado de constitucionalidade passaram a possuir dois efeitos diferentes. Primeiro o efeito de decisão *erga omnes* que vincula todo o Poder Público por previsão expressa na Constituição Federal. O segundo efeito é o do precedente vinculante que gera o dever de todos os órgãos do Judiciário observar a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais. (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA 2015)

b) Inciso II – os enunciados de súmula vinculante;

Importante destacar que, apesar da súmula vinculante estar mencionada no rol do artigo 927 do CPC, não pode confundir súmula com precedente, como observado no primeiro capítulo, pois são institutos diferentes.

A previsão da súmula neste artigo significa que o precedente originário, o que gerou a súmula, possui efeito vinculante. Por isso a súmula não será utilizada conforme o seu texto em si, mas sim nos termos do precedente proveniente. (CRAMER, 2016)

O artigo trouxe o termo de súmula vinculante por ser uma forma simplificada e de fácil discurso. No entanto deve-se observar que esta previsão traz a obrigatoriedade de seguir o precedente originário que deu causa à criação da súmula. (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015)

Esse dispositivo só reafirma uma previsão contida no artigo 103-A, da Constituição Federal, que atribui efeito obrigatório às súmulas vinculantes em face de todos os órgãos da Administração Pública, em todas as suas esferas, e ao próprio Judiciário.

c) Inciso III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas;

Os juízes e tribunais devem observar “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.”

Esse inciso criou novos institutos na tentativa de uniformizar a jurisprudência. O Incidente de Assunção de Competência e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas inovaram ao permitir que um tribunal de segundo grau profira decisão, em demanda de sua competência, que possui eficácia vinculante.

Esse inciso é uma das grandes inovações do Novo Código de Processo Civil. Primeiro porque prevê novos procedimentos criados para uniformizar a jurisprudência; segundo porque permite que tribunais de segundo grau profiram decisão com efeito obrigatório. (MELLO, BARROSSO, 2016)

É importante compreender as características e requisitos necessários para instauração desses dois procedimentos especiais, para que se explique cada um desses institutos.

O Incidente de Assunção de Competência (IAC) está previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil.

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Esse procedimento ocorre em recurso de competência originária do tribunal ou de remessa necessária que trata de assunto de interesse social geral, mas que não há, ainda, demandas repetitivas sobre a matéria jurídica.

O Incidente de Assunção de Competência permite que um órgão específico do tribunal, indicado pelo regimento interno, julgue o recurso cuja decisão proferida será vinculante a todos os processos em andamento sobre a questão jurídica.

Esse instituto possui caráter preventivo, uma vez que estabelece um precedente antes mesmo de existir inúmeras demandas baseadas na questão jurídica demandada. Dessa forma, busca controlar possíveis disparidades que poderão ocorrer nas decisões judiciais caso não haja um posicionamento prévio e obrigatório a ser seguido.

No Incidente de Assunção de Competência, o tribunal, ao julgar o recurso, redigirá o acórdão que irá conter a tese jurídica fixada sobre a matéria e esta decisão terá efeito vinculará todos os juízes e órgãos fracionários do tribunal (artigo 947, §3º, CPC).

O primeiro caso de Incidente de Assunção de Competência instaurado no Brasil ocorreu em 13 de fevereiro de 2017 pelo Superior Tribunal de Justiça e está relacionada com o Recurso Especial 1.604.412.³

Os Ministros da Segunda Seção do STJ, por unanimidade, admitiram a instauração do procedimento a fim de uniformizar o entendimento sobre as seguintes matérias de direito: a) cabimento de prescrição intercorrente e eventual imprescindibilidade de intimação prévia do credor; b) necessidade de oportunidade para o autor dar andamento ao processo paralisado por prazo superior àquele previsto para a prescrição da pretensão veiculada na demanda.

Diante da divergência jurisprudencial entre a terceira e quarta turmas do STJ sobre a matéria citada, o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, suscitou, de ofício, a instauração do Incidente de Assunção de Competência ao verificar que cumpre os requisitos necessários previstos no artigo 947 do CPC.

O Incidente de Assunção de Competência relacionado ao Recurso Especial nº. 1.604.412 do Superior Tribunal de Justiça, ainda não foi julgado. A audiência de julgamento estava marcada para o dia 11 de outubro de 2017, onde ocorria perante a Terceira Turma, mas foi adiada vez que o órgão julgador foi alterado para a Segunda Seção do STJ.

Nesse sentido, o Incidente de Assunção de Competência busca atender aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, uma vez que confere efeito vinculante à decisão proferida no incidente a fim de demonstrar o entendimento do tribunal sobre a questão jurídica para que não ocorra eventual divergência jurisprudencial.

Já os artigos 976 ao 987 do Novo Código de Processo Civil preveem o procedimento denominado como Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

³ Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Tribunal-admite-primeiro-incidente-de-assun%C3%A7%C3%A3o-de-compet%C3%A2ncia-em-recurso-especial>. Acesso em 03 out. 2017.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Esse instituto possui natureza jurídica de incidente processual e permite que tribunal de segundo grau julgue recurso repetitivo que contém controvérsia em questão única de direito que pode causar risco à isonomia e à segurança jurídica.

Não há uma definição legal sobre a quantidade de processos que podem caracterizar repetição de demandas. Este é um conceito indeterminado trazido pelo Novo Código de Processo Civil e por enquanto caberá à doutrina e à jurisprudência definir traços mais específicos para orientar quando estará caracterizada a efetiva repetição de processos. (SIMÃO, s.d.)

A norma supracitada exige uma efetiva repetição de processos que podem causar risco à segurança jurídica e à isonomia, esses dois requisitos devem estar presentes para ocorrer a instauração do IRDR.

O legitimado que requerer a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas deverá demonstrar o risco de ofensa aos princípios mencionados, pois a simples repetição de processos não permite, por si só, a instauração desse procedimento, muito menos configura risco à isonomia ou à segurança jurídica. (SIMÃO, s.d.)

Este é o entendimento firmado no enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.”

O pedido de instauração do IRDR pode ser realizado de ofício pelo juiz ou relator, pelas partes do processo, Ministério Público ou pela Defensoria Pública e será endereçado ao Presidente do tribunal competente (artigo 977, CPC).

A competência para julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas será determinada pelo regimento interno do tribunal que indicará qual o órgão responsável pela uniformização da jurisprudência (artigo 978, CPC), que fará o juízo de admissibilidade do recurso e o julgará (parágrafo único).

O artigo 979 do CPC determina que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas será sucedido na instauração e no julgamento, “da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.”

Uma vez instaurado o IRDR os processos sobre a matéria jurídica no âmbito da competência daquele tribunal serão suspensos pelo prazo máximo de um ano, período este que será julgado o incidente (art.980, CPC).

No Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas o tribunal fixará tese sobre a questão jurídica ao julgar o incidente e a tese fixada será disponibilizada no registro eletrônico do tribunal, onde serão expostos os fundamentos da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados (art. 979, §2º, CPC).

A tese jurídica determinada no IRDR terá efeito vinculante e deverá ser observada em todos os processos, individuais ou coletivos, que abordem a mesma questão de direito e que tramitam na área de jurisdição do tribunal que proferiu a decisão, bem como a todos os casos futuros que suscitar a matéria de direito (artigo 985, I e II, CPC).

O julgador de primeira instância deverá observar a decisão proferida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou no Incidente de Assunção de Competência, pois se seguir esses precedentes será possível instaurar, pela parte interessada, reclamação ao tribunal competente que poderá ordenar que o juízo conceda novo julgamento, dessa vez em conformidade com o precedente obrigatório (artigo 988, IV, CPC).

A turma Especial de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo admitiu, no dia 08 de junho de 2016, o primeiro caso de IRDR no Brasil. O pedido de instauração do incidente foi realizado pela parte autora e com admissão do procedimento no dia 23 de junho de 2017 foram suspensos todos os processos vinculados ao TJ/SP que discute a matéria jurídica.⁴

O IRDR nº. 2059683-75.2016.8.26.0000, que versa sobre cobrança de valor aplicado em investimentos bancários, foi julgado em 28 de março de 2017 firmando a tese jurídica a ser seguida pelos juízos vinculados ao TJ/SP.

⁴ Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/lrdr>>. Acesso em 03 out. 2017.

Compreende-se que a finalidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é de acelerar a prestação jurisdicional, diminuir o número de demandas judiciais e uniformizar a jurisprudência. (SIMÃO, s.d.)

Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira, esses dois procedimentos criam um “microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios”, é uma particularidade do sistema jurídico brasileiro, já que nem todos os países que adotam o sistema de precedentes possuem previsão acerca de um processo próprio de criação de decisão obrigatória. (2015, p. 466)

Porém há autores que criticam a criação desses institutos, como é o caso de Júlio Rossi, pois seu entendimento é de que esses procedimentos formam enunciados literais que afastam do caso originário no momento de sua aplicação, por esse motivo estão próximos dos enunciados genéricos proferidos pelo Poder Legislativo. (2015)

O entendimento firmado por Rossi levanta uma tese de inconstitucionalidade desse inciso que será explanada mais adiante.

d) Inciso IV – os enunciados das súmulas do STF e do STJ

Esse inciso confere força obrigatória a todos os enunciados de súmulas do STF, nas matérias constitucionais, e do Superior Tribunal de Justiça nas matérias infraconstitucionais.

O ordenamento jurídico brasileiro permite dois tipos de súmulas para o Supremo Tribunal Federal: as vinculantes e as não vinculantes. Trata-se aqui das súmulas de efeito não vinculante do STF e as do Superior Tribunal de Justiça.

Novamente deve-se observar que não será o texto da súmula que terá efeito vinculante, mas sim a *ratio decidendi* do precedente originário que deu ensejo a criação de súmula.

Ronaldo Cramer esclarece que não serão todas as súmulas do STF e STJ que terão obrigatoriedade em seu precedente, mas apenas as aprovadas após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. (2015)

e) Inciso V – a orientação oriunda do plenário ou do órgão especial

Os juízes e tribunais observarão “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Segundo Didier Jr., Oliveira e Braga essa previsão institui duas ordens de vinculação: interna e externa. A vinculação interna significa que os precedentes proferidos pelo plenário ou

órgão especial daquele tribunal devem ser observados pelos seus próprios membros. Já a vinculação externa quer dizer que todos os órgãos subordinados ao tribunal devem obediência aos precedentes oriundos do plenário ou do órgão especial daquela corte. (2015)

O enunciado n.º. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis confirma essa vinculação externa ao orientar que “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

Não é esse o entendimento firmado por Ronaldo Cramer, uma vez que ele atribui eficácia de precedente horizontal vinculante a este inciso, isto é, tem força para vincular apenas os órgãos internos no tribunal. Sua justificativa para tal entendimento é o enunciado n.º. 169 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. (2016)

Veja o enunciado n.º. 169 do FPPC “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto no §9º do art. 1.037 e §4º do art. 927”.

Observa-se que a orientação deste enunciado supracitado apenas ensina que o próprio órgão deve, obrigatoriamente, seguir seus precedentes firmados pelo plenário ou seu órgão especial.

Por isso, os enunciados supracitados, firmados pelo Fórum Permanente dos Processualistas Civis, não se contradizem, na verdade eles se somam, o que permite deduzir que os processualistas civis compreendem que a orientação oriunda do plenário ou do órgão especial possuem vinculação interna e externa.

3.1.1 A (in)constitucionalidade dos incisos III, IV e V do artigo 927, CPC

Parte da doutrina compreende que os incisos III, IV, V do artigo 927 do Código de Processo Civil, são inconstitucionais, uma vez que não há previsão expressa na Constituição Federal que atribui efeito vinculante às previsões desses incisos.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery são defensores da inconstitucionalidade desses incisos, pois argumentam que a Constituição concedeu, de forma expressa em seus artigos 102 e 103-A, a vinculação das decisões em controle concentrado de constitucionalidade e das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, portanto para conceder efeito vinculante às decisões descritas nos incisos mencionados também deve haver autorização constitucional, caso contrário, são previsões inconstitucionais. (2015)

Eles compreendem que a falta de previsão constitucional gera lesão aos princípios da Separação dos Poderes e da Legalidade, em razão de conceder aos magistrados o poder de

legislar, função atípica deste poder, e pela falta de norma constitucional que conceda efeito vinculante ao rol do artigo 927, CPC.

Esclarecem, assim, que o Novo Código de Processo Civil optou por um caminho mais simples para uniformizar a jurisprudência, no entanto inconstitucional. (NERY JR, ANDRADE NERY, 2015)

Na mesma linhagem de pensamento está Tucci, ao afirmar que o referido artigo impõe o dever dos juízes e tribunais observarem os precedentes elencados no artigo 927, CPC, como se todos eles possuíssem a mesma força vinculante vertical, o que não ocorre, já que a Constituição só confere tal efeito às súmulas vinculantes e aos julgados em controle concentrado de constitucionalidade. (2015)

Assim os doutrinadores supracitados afirmam que a CPC feriu o devido processo legal ao promover uma norma que busca acabar com os problemas de integração da jurisprudência, mas sem a devida mudança necessária, que seria uma reforma constitucional.

No caso da previsão do inciso I, decisão do controle concentrado de constitucionalidade, o Judiciário não funciona como legislador. Mesmo que o processo seja abstrato, o papel é de interpretar a norma declarando se ela é ou não compatível com as regras constitucionais.

Trata-se, portanto, de atividade totalmente típica do Poder Judiciário, por ser instância responsável pelo controle e pela interpretação das leis formuladas pelo Poder Legislativo.

Já na previsão do inciso II, os enunciados de súmulas vinculantes, o papel do Judiciário é de formar verbetes com a finalidade de orientar sobre o entendimento jurisprudencial de determinada matéria jurídica, demonstrando a interpretação que o tribunal superior possui sobre a norma.

A súmula vinculante do STF é um preceito geral e abstrato, mas permitido pela Constituição Federal, que concedeu ao Poder Judiciário o direito de legislar normas gerais que vinculam o Poder Judiciário e também o Poder Público.

Em razão disso, os defensores desta corrente compreendem que a decisão judicial só pode ter caráter vinculante com autorização constitucional e na falta de previsão prévia torna o dispositivo inconstitucional, pois conceder efeito vinculante está fora do alcance infraconstitucional.

Entretanto, há vários doutrinadores que rebatem essa corrente justificando que o julgado em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes possuem previsão constitucional porque vinculam não somente o Judiciário, mas também a Administração Pública em todas as suas esferas.

Assim, por interferir na separação dos poderes, a decisão em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes necessitam de permissão constitucional, o que não é o caso dos institutos dos incisos III, IV e V, já que esses precedentes são obrigatórios apenas para o Poder Judiciário e por esse motivo não fere o Princípio da Separação dos Poderes. (CRAMER, 2016)

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, explica que não há impedimento constitucional que impossibilite que normas infraconstitucionais concedam efeito vinculante a determinadas regras. Ele ainda esclarece os motivos, além do fato de vincular outro poder, que fazem os julgados em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes possuírem previsão na Constituição Federal. (2015)

Primeiro passo, as duas hipóteses citadas possuem relação muito próxima com as normas tratadas pela Carta Magna, além de inovar nas hipóteses de competência do STF. Segundo, para que o efeito vinculante não fosse afastado por possíveis reformas infraconstitucionais, nem para que os demais órgãos do Judiciário pudessem alegar autonomia funcional a fim de afastar a obrigatoriedade desses dois institutos, tais motivos justificam a revisão constitucional dessas hipóteses. (2015)

Porém a justificativa predominante entre os doutrinadores que debatem a corrente defensora da inconstitucionalidade dos incisos mencionados é a de que o efeito vinculante das hipóteses elencadas no artigo 927, CPC, é apenas interno e por isso pode ser previsto apenas por lei federal.

Esse é o entendimento de Cramer, que explica “a vinculação do Judiciário por um precedente emitido por ele próprio constitui hipótese de autorregramento e comporta apenas previsão infraconstitucional.” (2016, p. 190)

Trata-se de uma aproximação entre as funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, mas sem ferir um ao outro, visto que a previsão do artigo 927, CPC, permite, apenas, uma reconstrução do direito dentro de um processo de interpretação realizado pelos magistrados, com o desejo de buscar mais estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais. (ZANETI JR., 2016)

A corrente defensora do efeito vinculante dos incisos III, IV e V do artigo 927 do CPC, compreende que não há inconstitucionalidade nesses incisos, uma vez que tais precedentes vincularão apenas os órgãos do Judiciário, por isso a previsão em lei federal é suficiente para conceder tal efeito sem ferir os princípios da Separação dos Poderes e da Legalidade.

3.2 A CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS SEGUNDO O

GRAU DE VINCULAÇÃO

A doutrina brasileira atribuiu diversos efeitos aos precedentes judiciais referentes aos graus de vinculação. É importante destacar que alguns desses efeitos, os mais citados são os precedentes persuasivos e os vinculantes.

a) Precedente com eficácia persuasiva

O precedente persuasivo é o que não vincula os casos posteriores. Pode ser utilizado na fundamentação de um julgado, mas com a finalidade de reforçar a argumentação do juízo e demonstrar que a decisão está apoiada em outra, o que evidencia uma solução adequada para o caso. (CRAMER, 2016)

Nesse sentido, Zaneti Junior destaca que deixar de observar o precedente persuasivo não justifica uma impugnação contra a decisão, uma vez que o precedente vale apenas como uma adequação para o julgamento. (2016)

Assim, o autor mencionado explica que antes da adoção do sistema de precedentes judiciais do NCPD os acórdãos eram denominados como “jurisprudência persuasiva”, porque todos os julgados dos tribunais eram considerados apenas persuasivos, exceto as decisões em controle de constitucionalidade. (2016)

b) Precedente com eficácia vinculante/obrigatória

O efeito vinculante advém de lei e significa que o precedente tem incidência obrigatória.

O julgador estará vinculado a *ratio decidendi* do precedente vinculante e deverá aplicá-lo em todos os julgamentos futuros sobre a matéria jurídica. Em razão disso, o juízo não terá outra opção a não ser aplicar a decisão obrigatória, salvo nos casos que ocorrer distinção ou superação do precedente. (CRAMER, 2016)

Para Ronaldo Cramer, o rol de precedentes previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil serve para reafirmar que o Brasil é adepto do *Civil Law* e apesar de adotar um sistema de precedentes judiciais ainda ocorre a primazia da lei. (2016)

Hermes Zaneti Jr., denomina esse efeito como “precedentes normativos formalmente vinculantes”, pois explica que a obrigatoriedade do precedente decorre da lei de forma que, quando não observado/seguido existe a possibilidade de impugnação da decisão ao tribunal, pela falta de levar o caso obrigatório em consideração. (2016)

Ressalta-se que Zaneti Junior traz mais uma classificação ao acrescentar o termo “forte” à denominação mencionada acima, os “precedentes normativos formalmente vinculantes forte” possuem o mesmo conceito já descrito. A diferença está na distinção ou afastamento do precedente, nesse só será admitido se tiver quórum qualificado no tribunal, enquanto naquele não necessita de quórum qualificado. (2016)

O precedente com efeito vinculante deve ser seguido, independente de como foi obtido o seu resultado no julgamento. Por exemplo, se a decisão se enquadra em uma das hipóteses do artigo 927 do CPC os juízes e tribunais deverão aplicar o precedente, não importando se foi ele concedido de forma unânime ou não pelo tribunal, pois na vinculação terá o mesmo efeito. (CRAMER, 2016)

Didier Jr., Braga e Oliveira, ressaltam que os precedentes vinculantes devem ser aplicados em todos os casos análogos. Se as partes não alegarem a incidência do precedente, o magistrado deve aplicá-lo de ofício concedendo oportunidade para as partes se manifestarem a respeito, consoante art.927, §1º, CPC. (2015)

c) Outros efeitos atribuídos ao precedente

Segundo Didier Jr, Braga e Oliveira, um precedente pode ter mais de um efeito. Isso é possível porque o efeito vinculante engloba todos os demais por ser o mais forte entre eles. Assim, um precedente vinculante também pode ser reconhecido como persuasivo, obstativo, autorizante, rescendente e de revisão de sentença. (2015)

Ressalta-se que todos esses efeitos mencionados, e que serão explicados a seguir, são considerados um desdobramento do efeito vinculante.

A lei prevê a possibilidade de um órgão jurisdicional negar provimento a um recurso ou dispensar da remessa necessária quando estiver em conformidade com precedente judicial. Esse precedente que impediu o recurso ou a remessa necessária possui efeito obstativo. (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA 2015)

Um exemplo está no artigo 496, §4º, CPC:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

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 - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. (grifo nosso)

O dispositivo supracitado possui previsão de vinculação do órgão competente, uma vez que fica autorizado a negar provimento aos recursos ou dispensar a remessa necessária, prevista em lei, quando a decisão recorrida estiver fundada em um precedente judicial.

Se o julgado estiver de acordo com precedente judicial não haverá modificação da decisão, salvo nos casos que identificar circunstâncias fáticas que afaste a aplicabilidade do precedente ou comprovado sua superação. Tudo isso, porém, será analisado pelo magistrado e uma vez aplicado o precedente na decisão não poderá o julgado ser reformulado pelo tribunal se estiver em consonância com a decisão vinculante.

Em síntese, o precedente obstativo possui eficácia vinculante e também a de impedir a revisão da sentença.

Um precedente também pode ter eficácia autorizante. Esse efeito ocorre quando o precedente contribui para admitir algum ato postulatório da decisão. (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2015)

Exemplo desse efeito é a admissibilidade do recurso extraordinário que supõe repercussão geral e contrariedade à sumula ou precedente do Supremo Tribunal Federal, entendimento firmado no julgamento de casos repetitivos, bem como em casos que suscitar inconstitucionalidade de lei federal (artigo 1.035, §3º, CPC).

Percebe-se que no caso exemplificado um precedente possibilita a admissibilidade de recurso quando a decisão recorrida for contrária ao entendimento fixada no precedente. Assim o precedente terá efeito vinculante e autorizante.

O artigo 932, IV e V, do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de rejeição ou acolhimento de recurso por causa de precedentes judiciais.

Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (grifo nosso)

Percebe-se que o efeito obstativo e autorizante, atribuídos por Didier Junior, Braga e Oliveira, são extraídos da lei e estão sempre somados ao efeito vinculante.

Ademais, o precedente também possui capacidade para invalidar a eficácia de uma decisão transitada em julgado. Esse efeito é denominado como “precedente com eficácia rescindente ou deseficacizante”. (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015)

Esse efeito, ao considerar inexigível o julgado, por adotar lei considerada inconstitucional pelo STF, permite rescindir ou deseficacizar a decisão judicial. Se o precedente foi proferido antes do trânsito em julgado terá eficácia de deseficacizar o julgado (artigo 525, §§ 12,13 e 14, CPC), mas se foi proferido após o trânsito em julgado caberá ação rescisória (artigo 966, V, CPC).

Nesse segmento, Didier Jr, Braga, Oliveira (2015) e Zaneti Jr (2016), compreendem que por causa do efeito descrito é possível haver uma revisão criminal fundada em um precedente, uma vez que o efeito de rescindir uma decisão para beneficiar o réu é compatível com o sistema jurídico brasileiro.

Por fim, Didier Jr, Braga e Oliveira, atribuem ao precedente o efeito de admite ação de revisão de coisa julgada, consoante artigo 505 do CPC. (2015)

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:
I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

A título de exemplo, um precedente do STF pode permitir a revisão de decisão que dispõe sobre a relação tributária, por ser uma relação sucessiva, entretanto a revisão terá apenas efeito *ex nunc*. (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2015)

A classificação quanto aos graus de vinculação possibilita compreender que a força do precedente pode ser reconhecida independente de expressa previsão legal, pois no Brasil existem efeitos previstos em lei e outros que são deduzidos pela doutrina através das normas.

3.3 SÚMULA VINCULANTE

A súmula vinculante passou a ser prevista no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional n.º. 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A na Constituição Federal. Esse artigo prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar súmula mediante decisão de dois terços dos ministros, após ter jurisprudência pacificada sobre o assunto, mas que ainda houver controvérsias sobre a matéria jurídica.

Com a aprovação da súmula haverá publicação na imprensa oficial e a partir daí terá efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta em todas as suas esferas.

A súmula é um enunciado que resume a tese jurídica firmada pelo precedente originário e que retrata o entendimento jurisprudencial do tribunal. Contudo, na prática, a súmula tem sido aplicada pelas palavras contidas em seu enunciado, ou seja, sem analisar ou interpretar o precedente que lhe deu origem, desvinculando, assim, do precedente que lhe deu causa. (CRAMER, 2016)

A súmula, da forma como está sendo aplicada no Brasil, possui grandes semelhanças com os assentos do Direito Português.

Os assentos eram uma das fontes do Direito Português na época das Ordenações Reais. O Rei, chefe supremo do Estado tinha o poder de determinar o conteúdo dos assentos, uma vez que sua opinião sempre era ouvida antes de criá-los. (FRANZÉ, 2017)⁵

Deste modo, os assentos fortaleceram o poder do chefe do governo, já que ele tinha o poder de impor ao Poder Judiciário a sua vontade. Além disso, era o rei quem escolhia o regedor, pessoa competente para editar os assentos (FRANZÉ, 2017)

José de Oliveira Ascensão (*apud* ABBOUD, 2008, p.227) ensina que “os assentos se referiam o próprio capítulo das fontes do direito do Código Civil português, embora evitando um compromisso quanto à natureza deste. Dizia-se que, nos casos declarados na lei, podiam os tribunais fixar, por meio de assento, doutrina com força obrigatória geral. ”

Os assentos eram normas fixadas pelo tribunal por meio do regedor, possuíam caráter vinculante e por isso recebiam críticas de boa parte da doutrina portuguesa, pois viam nesse instituto natureza legislativa. (ROSSI, 2016)

Os assentos foram revogados do Direito Português pelo Tribunal Constitucional por entender que o efeito vinculante que possuíam era inconstitucional, uma vez que somente as leis podiam ter efeito obrigatório. Assim, os assentos portugueses que existiam passaram a ter

⁵Informação extraída. Disponível em: <<http://fcv.edu.br/revista/index.php/revistadireito/issue/view/5>>. Acesso em 06 out. 2017.

efeito persuasivo e, com a reforma do Código de Processo Civil de 1995 de Portugal, os assentos foram substituídos pelo julgamento ampliado de revista. (ROSSI, 2016)

George Abboud cita e explica várias características que permitem identificar a semelhança entre a súmula vinculante e os assentos portugueses. Primeiro, a súmula, assim como os assentos, se desvincula da decisão originária que lhe deu causa. Passam a ter autonomia e, por isso, se impõe sem possuir ligação com caso concreto. (2008)

Segundo, o enunciado de súmula vinculante é aplicado por si só nos casos futuros, uma vez que esse verbete possui caráter geral e abstrato, o que leva à terceira característica, a natureza legislativa desses institutos.

Tanto a súmula vinculante como os assentos portugueses, têm natureza legislativa, já que a súmula vinculante pode ser revogada ou revista, da mesma maneira que as leis podem ser. Uma das características da legislação é a revogabilidade das normas, peculiaridade que o Judiciário não possui por causa da estabilidade concedida pela coisa julgada. (ABBOUD, 2008)

Por essas características compreende-se que a súmula vinculante possui semelhanças com os assentos portugueses. No entanto os assentos portugueses foram revogados ao verificar a inconstitucionalidade do efeito vinculante que possuía. No Brasil, parte da doutrina critica a previsão e a aplicabilidade das súmulas vinculantes.

Nelson Nery (*apud* ROSSI, 2016) ensina que em um país adepto do sistema *civil law* é importante ter decisões judiciais que ajudem a solucionar casos futuros. Entretanto deve-se sempre observar a primazia da lei, isto é, uma norma não pode ter posição inferior a um enunciado proferido pelo Judiciário, pois assim não teria diferença hierárquica entre a lei e o precedente.

No Brasil é comum aplicar enunciado de súmula vinculante como se fosse uma norma advinda do Legislativo, isto é, oferecendo apenas contornos sobre a matéria jurídica. Além do mais que a não aplicação do entendimento sumulado permite reclamação ao STF, que se conhecer e julgar a relação pode cassar a decisão judicial, enquanto que a não aplicabilidade de uma norma gera possibilidade de recurso. (ROSSI, 2016)

Percebe-se que Rossi traz um ponto que deve ser observado pelos legisladores, por entender que o ordenamento jurídico brasileiro estaria concedendo maior primazia à súmula vinculante do que à lei.

No mesmo sentido está a crítica feita por Janaína Fortes Ferreira (2011, p.179-180):

O enunciado de Súmula Vinculante, pretensamente justificado por decisões reiteradas transforma o simples resumo da jurisprudência em norma geral e abstrata a ser aplicada a milhares de casos concretos, numa subsunção lógica, a amordaçar o

intérprete com o cadeado da reclamação; Súmula Vinculante nasce acima da lei, é metanorma, suspendendo a lei, fazendo incluída justamente na sua exclusão; O poder soberano caminha para as mãos do Poder Judiciário. É o seu avigoramento e esvaziamento do Poder Legislativo; Contraditório e ampla defesa, a inafastabilidade do juiz, a igualdade e correlato direito à desigualdade, a participação no processo constitucional, podem ser supridos do homem, apropriado pela ausência de liberdade.

As críticas existentes à súmula vinculante estão na forma de como estão sendo aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro. Por causa da tradição do *civil law* acredita-se que o enunciado da súmula retrata o caso concreto gerador e por isso apenas aplica o texto sumulado sem interpretar a tese jurídica fixada no caso concreto.

Com o sistema de precedentes judiciais deve-se modificar, na prática, a forma de aplicação da súmula, pois este instituto não foi integrado ao sistema para fazer a aplicação do texto da súmula como se esse fosse o próprio precedente, mas sim promover a interpretação e aplicação do precedente originário que fixou a tese jurídica a ser seguida. (CRAMER, 2016)

Por isso que o legislador trouxe a seguinte previsão “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Essa previsão vincula o enunciado de súmula vinculante às circunstâncias fáticas do precedente tanto para sua criação como para sua aplicação, pois só assim será possível que os magistrados possam demonstrar, quando for o caso, o fenômeno do *distinguishing*, diferenciação do caso sob julgamento e o enunciado sumular, bem como o *overruling*, superação do entendimento fixado pela súmula, pelo meio recursal legítimo. (ROSSI, 2016)

A súmula vinculante foi constituída para permitir a previsibilidade das decisões judiciais em casos que possuem divergência jurisprudencial para reduzir o risco de julgados contraditórios. Por isso não deve ser aplicada como se fosse uma norma oriunda do Legislativo e sim como enunciado que retrata o entendimento fixado pelo tribunal sempre observando a decisão originária que deu causa a criação da súmula.

Por fim, há que se ressaltar que a súmula vinculante desde do seu surgimento possui a finalidade de reduzir a imprevisibilidade das decisões judiciais e como consequência trazer segurança jurídica aos jurisdicionados. Mas com o novo sistema de precedentes é necessário adequar esse mecanismo, sob pena de voltar para o tempo dos assentos portugueses.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os juízes e tribunais fazem parte de um só sistema de distribuição de justiça que servem ao poder de julgar do Estado Soberano, por isso não podemos admitir decisões diferentes para casos tão semelhantes.

Por esse motivo, o legislador do Novo Código de Processo Civil constituiu o sistema de precedentes judiciais com a clara intenção de manter a integridade do direito no nosso ordenamento jurídico, e conceder segurança, confiança jurídica e isonomia aos jurisdicionados.

O artigo 926 do NCPC determina que a jurisprudência deve ser uniforme, estável, íntegra e coerente. Isso significa dizer que o precedente deve ser resultado de uma jurisprudência que não diverge entre si, que sua modificação ocorra somente de forma excepcional, que o pronunciamento do precedente seja o decidido anteriormente e sua aplicação deve ocorrer em todos os casos semelhantes nos fatos e fundamento jurídico.

A função do precedente no sistema brasileiro é uniformizar a jurisprudência, servindo como argumentação jurídica nas decisões, tal como padronizar o entendimento da norma e gerar previsibilidade processual ao estabilizar a tese firmada nas razões de decidir possibilitando aos litigantes a previsibilidade da decisão judicial nos casos similares.

O sistema de precedentes brasileiro gerará um grande impacto na cultura processual quando for efetivado na prática. Cabe aos operadores do direito aplicar esse sistema em todos os fóruns do Brasil, e aos magistrados compete conhecer os precedentes vinculantes dos tribunais superiores para analisar a incidência deles nos casos concretos.

Aos advogados incumbem a missão de conhecer os precedentes judiciais para requererem sua aplicação ou afastamento nos casos possíveis, e também para que possam orientar os seus clientes sobre o entendimento firmado sobre a matéria, esclarecendo que a decisão judicial seguirá o precedente, concedendo, dessa forma, previsibilidade da resposta judicial.

Fato é que, a lei demora certo tempo para incorporar-se culturalmente na sociedade, a busca pela uniformização da jurisprudência não será diferente. Mas esse sistema pode ser bem visto pelos aplicadores do direito a longo prazo. Contudo ocorrerá uma delonga para que este instituto possa alcançar, ou não, os objetivos traçados.

Diante disso, é necessário um tratamento teórico sobre o assunto como também ensinamentos jurídicos para que os acadêmicos, futuros operadores do direito, possam compreender e aplicar esse novo sistema.

O sistema de precedentes judiciais possui bons objetivos para o sistema processual. No entanto somente o tempo poderá responder se esse instituto será devidamente aplicado e se conseguirá solucionar o grande número de demandas repetitivas instauradas no Judiciário diariamente.

O Novo Código de Processo Civil foi claro ao prever esse sistema, a sua forma de aplicação e não há dúvidas quanto a sua obrigatoriedade. Entretanto há os doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade do efeito vinculante de alguns precedentes previstos no artigo 927 do CPC, como são os casos do inciso III, IV, V.

Como exposto no presente trabalho também há uma corrente favorável que defende a constitucionalidade dos incisos mencionados e os fundamentos são coerentes para acreditar na constitucionalidade desse sistema e de todos os seus mecanismos.

É essencial que todos os profissionais do direito vejam com bons olhos a uniformização da jurisprudência, uma vez que, foi essa a solução que o Legislativo encontrou para solucionar o grande número de demandas repetitivas instauradas no Judiciário tendo em vista das decisões contraditórias dos tribunais.

Por fim, uma conclusão segura a que se pode chegar é que diante das dificuldades que esse sistema enfrentará até que ocorra sua efetivação serão necessários longos debates sobre o tema, para que ocorra a adequada adaptação desse instituto ao sistema processual brasileiro, com o propósito de ser efetivado no futuro de forma adequada e capaz de atingir sua finalidade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, v. 33, n. 165, p. 218-230, nov. 2008.

CRAMER, Ronaldo. **Precedente judiciais: teoria e dinâmica**. -1.ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). **Precedentes judiciais no NCPC**. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015

DIDIER JR, Fredier; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 10.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 19 jul. 2017

FERREIRA, Janaína Parentes Fortes Costa. **Súmula Vinculante e o Estado de Exceção**. Fortaleza: GZ Editora, 2011.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Dos assentos portugueses às súmulas vinculantes brasileiras. **Revista Jurídica FCV**. v.1, n.1, p. 154-168, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil**. Execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões. -10.ed.- São Paulo: Saraiva, 2017.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como fonte do Direito**: algumas considerações sob a ótica do NCPC. 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: 14 jul. 2017.

MARCATO, Antonio Carlos. **Revista SÍNTESE Direito Civil e Processo Civil**. Ed. Especial. Editora Síntese, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma realidade diante do projeto de CPC: a ratiodecenci ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos tribunais**. RT, v.101, n. 918, p. 351-414, abr. 2012.

_____. **Breves comentários ao novo código de processo civil**/ coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier. et.al.- 2.ed. rev. e atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELO, Patrícia Perrone Campos; BAROSSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedents no direito brasileiro. **Revista da AGU**. v. 15, n.3, p. 1-44, jul./set. 2016

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Precedente e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito**

brasileiro contemporâneo. Direito jurisprudencial: volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MONTORO, André Franco, 1916-1999. **Introdução à ciência do direito**. - 28.ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015**: Uma breve introdução. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes, v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2015

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. -27.ed. ajustado ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e o novo CPC. – São Paulo: Atlas, 2015.

SIMÃO, Lucas Pinto. O incidente de resolução de demandas repetitivas. Versão 1. São Paulo: PUCSP, s.d.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. – 3.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

TALAMINI, Eduardo. **O que os são “Precedentes vinculantes” no CPC/2015**. Disponível em:< <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz. **O regime do precedente judicial no novo CPC**. Fredie Didier Jr. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie; TALAMINNI, Eduardo; DANTAS, **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. – 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

Sites eletrônicos:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Tribunal-admite-primeiro-incidente-de-assun%C3%A7%C3%A3o-de-compet%C3%Aancia-em-recurso-especial>. Acesso em 03 out. 2017.

<<http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/Irdr>>. Acesso em 03 out. 2017.