

Tuany Bernardes Pereira

Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas - FGV DIREITO RIO (2015/2016). Bacharela em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – (2014). Atual como advogada, tendo experiência na área de Direito Civil, com ênfase em Direito de Família, Consumidor e Responsabilidade Civil.

SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS ADOTADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Tuany Bernardes Pereira

RESUMO

O Brasil adota o sistema jurídico do Civil Law e, nessa tradição, o direito é legislado, ou seja, a norma jurídica é quase sempre extraída da própria lei, principal fonte desse Direito, antes de ser aplicada ao caso concreto. Porém, nos últimos anos, o sistema jurídico brasileiro tem sido transformado pela inserção de institutos de outro sistema jurídico, o Common Law – cuja principal fonte do Direito são os precedentes judiciais – com o aumento da importância e respeito aos precedentes, os quais tem sido cada vez mais valorizados em nossa jurisprudência. Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015, com o objetivo de promover a integridade do Direito, possibilitando maior segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais no Brasil, instituiu um sistema de precedentes, que servirá de base para a aplicação de todas as demais normas do ordenamento jurídico. A inserção desses dispositivos inovadores, faz com que surja a necessidade de se compreender o sistema de precedentes judiciais. Em razão disso, é preciso compreender o porquê da aproximação entre os dois sistemas recentemente. Depois, examina-se o sistema de precedentes adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, com conceitos, distinções, classificações, elementos e técnicas para aplicação dos precedentes previstos. Para, então, por último, verificar os fundamentos que justificam a utilização e adoção do sistema, bem como, as críticas que vêm sendo levantadas para sua não utilização. Com isso, procura-se desmitificar esse pré-conceito ao sistema, provando que tais motivos, em verdade, não são reais, mas, sim, superáveis e, que o sistema de precedentes adotado no Código de Processo Civil de 2015 traz maior segurança jurídica, estabilidade, coerência e igualdade nas decisões judiciais, aperfeiçoando o direito

brasileiro.

Palavras-chave: Sistema de precedentes. Processo civil. Fundamentos. Segurança jurídica.

Introdução

Esse trabalho analisa o sistema de formação e aplicação dos precedentes judiciais, mecanismo comumente utilizado nos países de tradição do Common Law, mas que, nos últimos anos, tem ganhado cada vez mais importância no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que, houve sua adoção, expressa, no Código de Processo Civil de 2015.

Ressalta-se que o escopo deste estudo encontra-se ancorado no grande desafio do direito processual civil contemporâneo em, somente pela codificação de normas, proporcionar a segurança jurídica, igualdade, estabilidade e coerência da ordem jurídica ideais aos seus jurisdicionados. Cenário esse, que justifica a tendência do sistema jurídico brasileiro – adepto da tradição Civil Law – buscar a adoção de outros institutos, como os precedentes judiciais, para solucionar seus problemas.

Dessa forma, demonstra-se o sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, com suas respectivas normas, conceitos, elementos, classificações e técnicas de aplicação e superação, que compreendem o uso desse instituto processual. No mesmo capítulo, há a preocupação de informar os aspectos práticos do uso dos precedentes, indicando os exemplos de sua adoção nos dispositivos do Código.

Por último, expõe-se os fundamentos que justificam à adoção do sistema de precedentes no ordenamento brasileiro, principalmente, a intenção de se assegurar a isonomia e a segurança jurídica para se alcançar estabilidade e previsibilidade nas decisões judiciais, bem como, trata das críticas feitas ao sistema, que, aparentemente, poderiam obstaculizar a sua efetivação, mas, que não condizem com

a necessidade atual do direito processual brasileiro e sua evolução.

É nessa perspectiva que esse ensaio procura, sem esgotamento do tema, apresentar a estruturação do sistema de precedentes nos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, a fim de contribuir para sua compreensão e aceitação, apontando os principais motivos para se respeitar os precedentes judiciais, uma vez que sua utilização ainda gera estranheza e encontra alguns obstáculos na má cultura jurisdicional brasileira.

A tendência de aproximação entre os sistemas Common Law e Civil Law

O Common Law é uma tradição que tem como a principal fonte do Direito o precedente judicial, ou seja, a norma jurídica é extraída a partir do julgamento do caso concreto para, então, ser aplicada posteriormente aos casos idênticos. O Civil Law, por sua vez, baseia-se na lei como fonte do Direito, isto é, a norma jurídica é deduzida da lei, para regular todos os casos que se encaixarem em sua hipótese de incidência.

Ocorre que, sem desconsiderar o contexto histórico diferente entre cada instituto, a partir da segunda metade do século XX, esses sistemas começaram a se aproximar, em especial, após a judicialização da política, marcada pela transferência de parte do poder político do Parlamento para os Tribunais de Justiça e, após a valorização dos direitos humanos por meio das Constituições (BARBOZA, 2014).

Para Cramer (2016), a convergência entre o Civil Law e Common Law tem duas causas genéricas: a globalização – por reclamar dos países, sistemas jurídicos que não sejam tão diferentes um do outro – e, a procura de soluções, que cada país busca para as deficiências de seu sistema jurídico.

Ainda, mais adiante em sua obra, Cramer (2016), entende que nos países exclusivamente do Civil Law, como o Brasil, o movimento de convergência para o Common Law tem causas específicas. A primeira delas constituiria na perda de centralidade dos códigos. As mudanças

sociais, cada vez mais rápidas, têm exigido uma legislação mais aberta e flexível. Isso tem levado a uma produção maior de leis especiais, com conceitos jurídicos indeterminados e textos normativos abertos.

A segunda causa específica, na opinião do autor supramencionado, refere-se ao pós-positivismo e à ideologia de distinção entre princípios e regras que veio com esse período. Como os princípios dependem da forma como os juízes os aplicam nos casos concretos para serem compreendidos, as próprias decisões judiciais sobre eles passaram a ser referência para dar significado a essa espécie normativa.

Seguindo a enumeração feita por Cramer (2016), a terceira causa é o advento do constitucionalismo. Como mencionado anteriormente, nos países do Civil Law, a constituição deixou de ser um diploma legal tão somente de organização do Estado para se tornar a lei maior do ordenamento jurídico, com princípios que norteiam a interpretação de todas as demais normas.

Ou seja, tanto para Cramer (2016), como para Barboza (2014), e Marinoni (2013), com a preponderância das constituições, as cortes supremas se tornaram protagonistas nos sistemas jurídicos, e suas decisões passaram a ser referência de validade e interpretação, resultando, inclusive, na adoção do controle concentrado de constitucionalidade, com previsão de efeito vinculante as suas decisões, o que deu aos sistemas do Civil Law feições da tradição do Common Law.

Por último, a quarta causa que explica a convergência no Brasil, é o enorme número de causas repetitivas no sistema judiciário brasileiro. Segundo o último relatório “Justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça, publicado em 2018, o Poder Judiciário terminou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação.

Portanto, não há como viabilizar o julgamento de tantas ações sem a adoção de um sistema que respeite os precedentes, semelhante ao que ocorre nos sistemas jurídicos do common law, em prol da integridade do Direito. Na opinião de Cramer (2016), isso foi um dos principais motivos para a aproximação do nosso ordenamento ao Common Law.

O sistema de precedentes instituído no Código de Processo Civil de 2015

Até pouco tempo atrás, o Direito Processual Civil brasileiro não tinha porque se preocupar com a adoção de um sistema de precedentes judiciais. Isso porque, antes do Código de Processo Civil de 2015, os precedentes existentes em nosso ordenamento jurídico eram, preponderantemente, persuasivos, ou seja, não vinculavam os demais casos. Apenas eram utilizados como argumento de reforço do discurso jurídico.

Ocorre que, com ao advento do CPC/2015, a situação muda. Nos artigos 926 ao 928, o legislador, na opinião de Flexa, Macedo e Bastos (2016), positiva uma teoria geral dos precedentes, “com normas que servirão como base para aplicação de todas as demais normas derivadas da aplicação dos precedentes”.

Referidos autores também ressaltam o que fora dito no capítulo anterior. O sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015 não adota, no todo, o sistema Common Law, mas, sim, aplica a teoria dos precedentes desse sistema com adaptação às peculiaridades e características do Civil Law.

O sistema de formação e aplicação de precedentes do CPC/2015 é constituído por institutos que geram a criação de precedentes vinculantes – como o incidente de assunção de competência e as hipóteses de julgamento de casos repetitivos, nos arts. 947 e 928 –, e de institutos correlatos (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016).

Assim sendo, transcreve-se sinteticamente, os institutos que compõem o sistema de precedentes no CPC/2015, mencionados tanto por Flexa, Macedo e Bastos (2016), quanto por Cramer (2016), em suas respectivas obras:

- a) art. 311, II – tutela de evidência;
- b) art. 332 – improcedência liminar do pedido;
- c) art. 489, §1º, V e VI – dever jurídico de fundamentação do juiz, com a necessidade de maior ônus argumentativo, quando aplicar ou deixar de seguir um precedente;
- d) art. 496, §4º – dispensa do reexame necessário;

- e) art. 932, IV e V – possibilidade de julgar o mérito do recurso por meio de decisão monocrática do relator, quando o recurso ou decisão recorrida estiver contrário a precedente;
- f) arts. 489, §1º, IV; 984, §2º; 1022, II e parágrafo único, I e II; e, 1038, §3º – necessidade de enfrentamento de todas as teses para a formação do precedente;
- g) arts. 489, §1º; 926; 927, §1º; e, 1013, §3º – necessidade de observar a integridade e coerência para proferimento das decisões e formação de precedentes;
- h) arts. 332; 489, §1º, V; 932, IV e V; e, 927, §1º – necessidade de identificação da *ratio decidendi*¹ para aplicação dos precedentes;
- i) arts. 332; 489, §1º, VI; 926; e, 927, §4º – utilização do *distinguishing*² e *overruling*³ para afastar a aplicação de determinado precedente;
- j) art. 138, §3º – ampliação do entendimento sobre interesse recursal do *amicus curiae*;
- k) art. 966, V – cabimento de Ação Rescisória para garantia da observância dos precedentes;
- l) art. 988, IV – cabimento de Reclamação para garantia da observância dos precedentes;

Além desses institutos e consequências de sua aplicação, integram, também, o sistema de precedentes brasileiro, os princípios basilares do ordenamento processual, quais sejam: legalidade, isonomia, segurança jurídica, motivação das decisões e contraditório.

Elementos do Precedente

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro, o julgamento de um tribunal recebe o nome de acórdão, composto de relatório, fundamentação e dispositivo. A esses elementos, junta-se a ementa que, ao contrário do que muitos imaginam, não é o resumo do

1 Tradução livre: “Razão de decidir”.

2 Tradução livre: “Distinção”.

3 Tradução livre: “Superação”.

juízo, mas sim, a síntese das teses jurídicas adotadas naquele julgamento.

Pois bem, para o sistema de precedentes é importante a compreensão dos seguintes elementos da fundamentação: “[...] b) argumentação jurídica de passagem ou reforço (*obiter dictum*) e c) tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório (*ratio decidendi* ou *holding*)” (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016).

Ratio decidendi (holding)

Para os autores acima mencionados, a *ratio decidendi* (*holding*), é a tese jurídica aceita pelo órgão julgador no caso concreto, isto é, são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão judicial. Nesse sentido, são as razões de decidir do precedente que irão vincular os casos futuros.

Por isso o art. 489, §1º do CPC/2015 deu muito mais relevância ao ônus argumentativo das decisões judiciais, do que o CPC/1973, pois, para fixação correta da *ratio decidendi*, os fundamentos da decisão precisam estar claramente apresentados.

Cramer (2016), igualmente, considerando os hábitos processuais brasileiros, entende que a *ratio decidendi* “são as razões necessárias e suficientes para a solução da causa ou de qualquer questão julgada pelo tribunal”. Diz-se ‘qualquer questão’, porque é comum em nossa jurisprudência os tribunais decidirem, quando do julgamento da causa, outras questões de cunho material ou processual.

Fora consciente dessa realidade, que o Fórum Permanente de Processualistas Civis (2016), lançou o Enunciado 173, a respeito do art. 927 do CPC/2015: “Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil”.

Nessa esteira, se, em uma mesma decisão, pode existir mais de uma *ratio decidendi* (ou seja, mais de um fundamento), também pode

acontecer de a decisão do órgão colegiado não possuir nenhuma ratio, conforme esclarece Cramer (2016), em razão de deficiência na fundamentação, ou dispersão de fundamentos, bem como, no caso de ausência de fundamento vencedor.

Importante mencionar o entendimento de Flexa, Macedo e Bastos (2016), quanto à composição da ratio decidendi. Para os autores, a ratio possui os seguintes elementos: “a) indicação dos fatos relevantes da causa; b) raciocínio lógico-jurídico da decisão (ou seja, a fundamentação); c) o juízo decisório (o que restou decidido/fixado) e d) a questão posta em juízo.

No entanto, ainda com a compreensão dos elementos supra, pode não ser tão fácil identificar, ou individualizar, no julgamento, a ratio decidendi. Por isso, a maior parte da doutrina cita três métodos – que existem na tradição Common Law – para encontrá-la. São eles: teste de Wambaugh; método de Goodhart; e, método de Rupert Cross ou eclético.

Esclarece-se que não é o propósito desse trabalho discorrer sobre eles. Contudo, pode-se dizer, concordando com Flexa, Macedo e Bastos (2016), que a solução mais adequada para identificar a ratio em um acórdão, seria a adoção do último deles – o método de Rupert Cross ou eclético –, no qual a ratio deve ser individualizada por meio dos fatos relevantes da causa, conjugados, esses, com os motivos determinantes da decisão.

Obiter dictum

Como todo e qualquer texto, o acórdão também não possui uma conclusão direta. Nele, os ministros/desembargadores constroem, respectivamente, o seu voto, com argumentos de aproximação, ilustração e divagação, a fim de complementar a fundamentação. Essas passagens são os chamados *obiter dicta* ou, no singular, *obiter dictum*.

Flexa, Macedo e Bastos (2016) e Cramer (2016), pactuam do conceito de que *obiter dictum* constitui nos argumentos que são

expostos apenas de passagem na fundamentação da decisão, ou seja, são juízos de valor acessórios, dispensáveis, secundários ou, até mesmo a opinião pessoal do redator, sem grande relevância substancial para determinar a norma do precedente.

A exemplo, pode-se citar as menções feitas de referenciais normativos impertinentes ou inaplicáveis à causa, bem como, os argumentos que constaram no voto vencido da decisão colegiada.

Apesar disso, Flexa, Macedo e Bastos (2016), alertam que o fato de não possuir eficácia vinculante, não impede que o *obiter dictum* possua eficácia persuasiva. É nesse sentido, que o CPC/2015 autorizou, por exemplo, no art. 941, §3º, o uso do *obiter dictum* – neste caso, o voto vencido – para fins de prequestionamento e, igualmente no art. 942, permitir considerar o voto vencido para propor novo julgamento.

Classificação dos Precedentes

A princípio, classificar o precedente é útil na medida em que isso permite compreender as diversas maneiras como o precedente atua no ordenamento jurídico. Cada autor, porém, opta pela classificação que melhor lhe convém. Por isso, há nas obras sobre o tema várias denominações e classificações diferentes.

Assim sendo, optou-se, nesse trabalho, reproduzir a classificação proposta por Flexa, Macedo e Bastos (2016) e Cramer (2016), apenas quanto à eficácia ou efeitos do precedente, por entender que é a mais relevante na prática e, por ser o ponto no qual os autores convergem. Classificar o precedente quanto aos seus efeitos ou eficácia significa, justamente, expor a força e a capacidade vinculativa do mesmo sobre o julgamento de casos futuros. Nessa perspectiva, conforme os autores mencionados, os precedentes podem ser classificados em: a) p recedente vinculante/obrigatório; b) p recedente persuasivo; c) p recedente obstativo de revisão d e decisões (eficácia impositiva); d) p recedente autorizante; e, e) p recedente rescindente.

O precedente com eficácia vinculante ou obrigatório, é aquele que vincula os casos futuros, que fixa a norma (tese jurídica) a

ser obrigatoriamente seguida pelo julgador em todas hipóteses semelhantes futuras. No CPC/2015 os precedentes vinculantes estão previstos no art. 927, e devem ser observados e aplicados, sob pena de omissão, na forma do art. 1.022.

Nesse caso, o julgador somente se exime de aplicá-lo se houver distinção entre o caso concreto e o caso do precedente ou, se o precedente já houver sido superado.

O precedente persuasivo, por sua vez, não vincula os demais casos. É utilizado apenas como forma de reforçar a argumentação do redator, contudo, poderá ser usado, posteriormente, para influenciar a formação da sua convicção, como no caso de recurso fundado em dissídio jurisprudencial. No CPC/2015 estão os seguintes exemplos: arts. 1.029, §1º (combinado com art. 105, III, “c”, da CF/88) e 1.043.

O precedente obstativo de revisão de decisões é aquele que autoriza o julgador a negar o seguimento de determinados recursos ou, que dispensa, por exemplo, o envio de remessa necessária, com base em precedentes anteriores. Vide arts. 332, 496, §4º, 932 IV e 1.040, I, do CPC/2015.

Já o precedente autorizante, como o nome sugere, possui o efeito de autorizar a admissibilidade ou provimento de algum ato processual como, por exemplo, conceder tutela de evidência ao autor, quando os fatos estiverem comprovados documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II, CPC/2015). No CPC/2015 estão outros exemplos: arts. 932, IV, 949, parágrafo único e 1.035, §3º.

Por fim, o precedente rescindente tem o objetivo de gerar a rescisão da coisa julgada material quando, por exemplo, a decisão rescindenda estiver baseada em precedente de casos repetitivos (arts. 502 e 966, §§5º e 6º, CPC/2015) ou, de retirar a eficácia de decisão judicial, por exemplo na hipótese dos arts. 203 c.c 304, §5º, CPC/2015. Aqui, nota-se que não é o precedente que ocasionará a rescisão ou retirada de eficácia da decisão, mas, sim, a existência de um precedente que torne a hipótese, prevista no dispositivo, juridicamente possível (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016).

Técnicas de aplicação e superação do Precedente

Como fora demonstrado, a aproximação do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema Common Law, efetivou-se de vez com o sistema de precedentes judiciais instituído pelo CPC/2015.

Nesse íterim, também se revelou que a estabilidade e previsibilidade, garantidas pela adoção de um sistema de precedentes, não significam imutabilidade do precedente, porquanto esse será utilizado até que haja razões para modificá-lo ou não o usar.

Para isso, o próprio sistema prevê técnicas de distinção e superação do precedente, conforme será tratado, brevemente, a seguir.

Técnica de confronto, interpretação e aplicação (distinguishing)

Uma das formas de se aplicar o precedente, é fazendo uma comparação entre os elementos objetivos do caso concreto (pedido e causa de pedir) com a ratio decidendi do precedente paradigma que se pretende utilizar.

Essa técnica comparativa, é o que a doutrina chama de distinguishing ou, distinção. Diz-se distinção porque, diante da ausência de similitude entre os fundamentos da demanda a ser julgada com as peculiaridades do caso concreto, isto é, serem diferentes um do outro, o julgador pode deixar de aplicar o precedente ou estender a sua aplicação, conforme for o caso. Flexa, Macedo e Bastos (2016), mencionam que a técnica exterioriza uma forma de confronto/comparação e, que por isso, pode ser dividida em distinguishing-método – quando o julgador compara o caso concreto e a ratio do precedente e, o aplica por identificar sua similitude (arts. 489, §1º, V e 927, §1º, CPC/2015); e, distinguishing-resultado – quando o resultado dessa comparação resulta naquilo que o legislador do CPC/2015 chamou de distinção, e que, por isso, o julgador deixa de aplicar o precedente (arts. 489, §1º, VI e 927, §1º).

Nesse cenário, caso não haja identidade entre os casos confrontados, o julgador poderá optar por duas medidas que, na

realidade formam duas maneiras de interpretar o precedente: restritiva ou ampliativa.

O *restrictive distinguishing*, ocorre quando o julgador está completamente convencido que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação do precedente e, por essa razão, confere à ratio uma interpretação restritiva. O *ampliative distinguishing*, ocorre quando o julgador estende ao caso concreto a mesma solução jurídica dada aos casos anteriores, por entender que os fundamentos determinantes de um e outro se ajustam (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016).

Técnicas de superação (*overruling e overriding*)

Viu-se que, antes da aplicação do precedente, deve ser feita uma comparação entre esse e o caso concreto, para ver se é possível o seu encaixe. Caso não o seja, o julgador fará a distinção para justificar a não aplicação do precedente paradigma.

Noutro giro, poderá ocorrer situações em que as mudanças sociais exigirão a adaptação do direito às novas realidades e, conseqüentemente, implicarão em modificações nos precedentes dos tribunais. Nesse momento, por não ser mais adequado o precedente, é óbvio que precisará ser superado, até para que se mantenha a segurança jurídica do sistema.

É nesse contexto que são utilizadas as técnicas de superação, para afastar (revogar) a aplicação do precedente no caso concreto, em razão desse estar ultrapassado, obsoleto. Segundo Flexa, Macedo e Bastos (2016), são técnicas de superação, aplicáveis ao nosso ordenamento jurídico: a) o *overruling*; e, b) o *overriding*.

No *overruling* reconhece-se que o precedente perdeu sua utilidade e fora substituído por outro. Como dito anteriormente, o fato de a estabilidade e previsibilidade serem institutos basilares do sistema de precedentes, não impedem a sua revogação, diante de determinadas circunstâncias.

O problema no Judiciário brasileiro, na atualidade, é que,

infelizmente, a jurisprudência caminha instável, e os precedentes são superados com grande facilidade. Na opinião de Cramer (2016), isso ocorre porque “parece haver uma compreensão, de todo equivocada, de que a jurisprudência não é do tribunal, mas da atual composição de magistrados do tribunal”, por isso, quando se muda a composição, o que é comum, muda-se também o entendimento da Corte, a depender dos novos membros.

De qualquer maneira, essa é uma cultura que precisará ser amenizada, para que a superação do precedente seja feita por um real propósito de mudança. Para isso, é necessária a apresentação de razões aceitáveis de modificação ou revogação.

Ainda, a título exemplificativo, menciona-se, sem intenção de esgotamento, alguns dispositivos que foram superados com a entrada em vigor do CPC/2015: - a súmula 320 do STJ foi superada pelo art. 941, §3º; - a súmula 187 do STJ foi superada pelo art. 1.007, §7º; - a súmula 528 do STF foi superada pelo art. 1.034; - a súmula 453 do STJ foi superada pelo art. 85, §18; dentre outros exemplos.

Sublinhe-se, conforme Flexa, Macedo e Bastos (2016), que a decisão que provoca o overruling deve se dar de forma expressa, e com maior ônus argumentativo, em atenção ao dever do julgador, de estabilidade, integridade e coerência (art. 489, §1º, VI, CPC/2015).

Ademais, para referidos autores, em nosso ordenamento, o overruling pode ocorrer de forma difusa – se decorrente de qualquer causa pendente no Tribunal, ou seja, sem necessidade de instauração de procedimento próprio, portanto, incidental – ou, concentrada – se exigir a instauração de procedimento autônomo com o objetivo único de revisar ou cancelar o precedente, a exemplo do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 986, CPC/2015). Por outro lado, o precedente também poderá ser superado apenas parcialmente, mediante a técnica do o verriding, em razão de existir fundamento aceitável apto a modificá-lo, todavia, não integralmente. O CPC/2015 não previu expressamente a superação parcial, mas a sua possibilidade decorre da interpretação do §3º do art. 927, uma vez que quem poderia o mais (superação total), poderia o menos (CRAMER, 2016).

Flexa, Macedo e Bastos (2016), citam alguns exemplos de superação parcial, que se tornaram possíveis após a entrada em vigor do CPC/2015. Dentre eles, o fato de a súmula 292 do STJ ter sido parcialmente superada pelo art. 702, §6º, por não haver mais necessidade de conversão da ação monitória em procedimento comum para possibilitar a reconvenção.

Isto posto, entende-se que o *overriding* não substitui a norma contida no precedente, apenas restringe ou estende o seu âmbito de incidência, conforme a superveniência de motivo determinante.

Por fim, vale lembrar que a superação de um precedente, seja ela total ou parcial, em regra, tem efeitos retroativos, atingindo os casos futuros, presentes e passados. No entanto, como menciona Cramer (2016), o §3º do art. 927 do CPC/2015, prevê que, no caso de precedentes vinculantes/obrigatórios (como o são os oriundos de julgamento de casos repetitivos), o tribunal poderá modular os efeitos da superação, ou seja, determinar a partir de quando o novo precedente será aplicado.

Assim, feita a abordagem, ainda que não exaustiva, sobre o sistema de precedentes instituído no CPC/2015, dando destaque para seus conceitos, elementos, classificação e técnicas de sua aplicação e superação, passa-se a análise dos fundamentos que motivaram a adoção do sistema, bem como, das críticas existentes sobre o assunto.

Fundamentos e críticas ao Precedente no Sistema Jurídico Brasileiro

Como visto no primeiro capítulo, a igualdade é o principal valor inerente à tradição jurídica do Common Law. Nela, a máxima é de que casos iguais sejam tratados e julgados de forma igual, por isso, há tanta valorização e respeito ao precedente.

No Civil Law a regra não é a mesma. Por essa razão é que se tem a necessidade de justificar e fundamentar a adoção de um sistema de precedentes, para que, então, ele possa se tornar uma prática coerente, comum e legítima dentro no sistema jurídico brasileiro.

Cramer (2016) elenca dois fundamentos deontológicos (ético, moral): segurança jurídica e isonomia; e, três pragmáticos (realista, prático): celeridade processual, desestímulo à litigância e solução para as causas repetitivas, que a adoção de um sistema de precedentes no Direito brasileiro reclama.

Segurança jurídica

A segurança jurídica é indispensável para a formação do Estado Democrático de Direito, pois representa a estabilidade e continuidade da ordem jurídica.

Na opinião de Flexa, Macedo e Bastos (2016), o principal objetivo do sistema brasileiro de precedentes é assegurar a isonomia e a segurança jurídica, na forma do arr. 926 do CPC/15, o qual exige a uniformização da jurisprudência dos Tribunais para mantê-la estável, íntegra e coerente.

Por essa razão, segundo Cramer (2016), “um sistema jurídico que tolera a não observância dos precedentes não apenas desinforma a sociedade do que é certo ou errado para o Direito, mas, principalmente, cria insegurança jurídica”.

Há alguns anos não havia toda essa necessidade de se respeitar os precedentes no sistema jurídico brasileiro, porque existia uma centralidade dos códigos, as leis não continham tantos conceitos indeterminados, os princípios não possuíam a força normativa que têm hoje e, principalmente, o Judiciário não estava superlotado com causas repetitivas.

Contudo, hoje, esse cenário mudou drasticamente. Com efeito, o cidadão precisa ter a certeza de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com a ordem jurídica, para poder pressupor quais serão as consequências jurídicas de seus atos e, assim, pautar o seu próprio comportamento e as suas ações, ficando resguardado de decisões surpreendentes e evitando o surgimento de novos conflitos. Marinoni (2013), entende que a segurança jurídica reflete a necessidade de uma ordem jurídica estável, que evidencie a preocupação com a

estabilidade das decisões e com a uniformidade na interpretação e aplicação do direito, ao invés de um direito variável de acordo com o caso.

A segurança jurídica fundamenta, também, o sistema de precedentes em “dimensão objetiva”, por força da estabilidade que traz. Essa estabilidade exige que as leis e os precedentes que as interpretam tenham continuidade, capaz de gerar no cidadão a certeza de qual é a ordem jurídica existente (CRAMER, 2016).

Assim sendo, a alteração, frequente, de leis pelo Legislativo e entendimentos jurisprudenciais nos Tribunais, feita sem nenhum critério no Brasil, torna a ordem jurídica instável, comprometendo a eficácia das decisões judiciais. Isso não significa dizer que ordem jurídica precisa ser imutável, mas sim, que deve ser modificada para se adaptar as reais mudanças da sociedade.

Portanto, a adoção de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro garante segurança jurídica, na medida em que garante estabilidade às decisões pretéritas e previsibilidade das decisões futuras, pelo tempo que for necessário.

Isonomia

A igualdade é elemento indispensável de um Estado Democrático de Direito, prevista no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, para nortear a compreensão, aplicação e a construção do ordenamento jurídico brasileiro.

Para Cramer (2016) as partes no processo devem ser consideradas de forma igual, substancialmente, ou seja, tratamento igual para os iguais, e desigual aos desiguais. Porém, mais do que isso, a isonomia aqui tratada, refere-se a igualdade pelo processo, isto é, pelo resultado do processo, como exigência de que casos iguais sejam tratados de forma igual (ABREU, 2015). É exatamente nesse sentido que a isonomia fundamenta e justifica o sistema de precedentes.

Como visto anteriormente, a lógica do Common Law em respeitar os precedentes, é para que os casos idênticos sejam julgados de

forma idêntica. A ideia é proferir as mesmas decisões onde existem as mesmas razões.

Nesse sentido também estão Didier Jr. (2014) e Marinoni (2013), para quem a isonomia não deve ser focada somente no tratamento igualitário das partes, acesso à justiça, e igualdade de contraditório e defesa, mas, também, deve ser responsável por proporcionar a igualdade das decisões judiciais.

Com efeito, não dá para admitir que o mesmo órgão judiciário decida, em determinado momento, de um jeito, e, posteriormente, profira decisão diferente para caso idêntico ao anterior, sem qualquer fundamentação lógica. Tal atitude configura patente violação à isonomia processual e, somente com a valorização do precedente é que se conseguirá resolver essa desordem de decisões díspares em casos de similitude.

Ademais, cada vez que os tribunais brasileiros julgam de forma diferente casos idênticos, a sociedade fica com a confiança no sistema abalada, sem entender esses resultados, e o Judiciário tem, por consequência, sua credibilidade cada vez mais afetada.

Assim sendo, a isonomia que justifica a adoção de um sistema de precedentes, o faz para impor ao Judiciário aplicar uniformemente os seus próprios precedentes, dando aos casos futuros o mesmo tratamento dado aos passados, quando existirem as mesmas circunstâncias relevantes.

Celeridade processual

Do ponto de vista prático e objetivo, também existem fundamentos para a adoção do sistema de precedentes. Um deles, sem dúvida, é a duração razoável do processo.

É dizer, a partir do momento que o Judiciário observa e aplica os seus próprios precedentes, os processos objeto de análise recebem uma prestação jurisdicional mais rápida e efetiva, mormente porque os casos idênticos teriam direto as mesmas decisões, encurtando o procedimento e a acelerando a atividade jurisdicional.

Referida celeridade se torna ainda mais visível nas causas repetitivas, pois, uma vez fixado o precedente, “o julgamento das existentes ou futuras demandas que repetem a mesma tese jurídica restringir-se-á, praticamente, à verificação das distinções, isto é, se o caso sob julgamento é idêntico ao caso do precedente” (CRAMER, 2016).

Ademais, ainda quando não for o caso de aplicação do precedente, seja porque o processo possui uma tese única, seja porque demanda maior instrução probatória, de certo modo, esses também serão julgados mais rápidos, pois, com a diminuição no congestionamento de causas repetitivas em razão da aplicação de precedentes, o Judiciário terá mais tempo para se dedicar as causas mais complexas. De toda forma, vale lembrar que essa celeridade não pode ofender as garantias processuais das partes.

Desestímulo à litigância

Como mencionado anteriormente, um Judiciário que não respeita suas próprias decisões, mesmo nas causas repetitivas, incentiva o indivíduo a valer-se da ação judicial como forma de “aposta”, para tentar a sorte em conseguir uma decisão judicial que lhe seja mais favorável.

De fato, na opinião de Cramer (2016), quando os precedentes não têm força ou têm força fraca, há um estímulo à litigância, pois a ação judicial pode entregar qualquer resultado. O contrário ocorre quando se tem respeito aos precedentes.

Portanto, com a adoção de um sistema de precedentes poderá ocorrer uma redução do número de ações, pois não será mais proveitoso ao litigante ingressar com ação meramente “para ver no que vai dar”, em razão de existir naquele Tribunal, por exemplo, precedente fixado.

Solução para causas repetitivas

Como se sabe, ações repetitivas são aquelas que possuem a mesma tese jurídica, muito comuns em Direito do Consumidor, Tributário e Previdenciário, por exemplo. Por essa razão, não devem ser julgadas como as demais ações, pois não demandam tanta complexidade e/ou instrução probatória.

Cramer (2016) alerta que “se o Judiciário julgar os casos repetitivos de forma particular, sem nenhum parâmetro decisório uniformizador, a tendência é que essas ações acabem abarrotando o estoque judicial e criando severos transtornos para o exercício da atividade jurisdicional, como, aliás, tem ocorrido [...]”.

Ainda que não agrade a todos, é preciso admitir que atualmente não é mais possível ao julgador proferir decisões pontuais, analisando caso a caso, diante da quantidade de ações em tramitação no Brasil, especialmente quando se está diante de processos que são meras reproduções mecânicas uns dos outros.

Por isso, o problema instaurado no Brasil, hoje, com as ações repetitivas, justifica a adoção de um sistema de precedentes, por ser a melhor solução, até para se preservar a própria isonomia processual.

Críticas à adoção do Sistema de Precedentes

Como nada que seja “novo” agrada a todos, no Brasil não seria diferente. Entre os estudiosos, doutrinadores e aplicadores do Direito, também existem desavenças em relação à utilização dos precedentes judiciais, sobretudo sobre a implantação de um sistema no ordenamento brasileiro.

Os principais argumentos dos críticos são que haverá engessamento do Direito; o Judiciário perderá sua legitimidade democrática para criar normas, violando o princípio da separação dos poderes; e que, em razão da instabilidade da jurisprudência brasileira, a aplicação de precedentes não será segura (CRAMER, 2016).

Sobre essas alegações, Cramer (2016) comenta e refuta cada uma

delas. Primeiramente, o autor lembra que não é novidade os críticos alegarem “engessamento da jurisprudência”, toda vez que se pretende atribuir algum grau de vinculação aos precedentes. Esse também fora o argumento contra a criação das súmulas vinculantes, à época do debate sobre a Emenda Constitucional 45.

Todavia, esquecem que o risco de engessamento do Direito só ocorre se houver o mau uso do precedente, uma vez que o precedente deverá ter continuidade até que haja motivo para modificá-lo.

Ou seja, adotar um sistema de precedentes, não significa dizer que aquele entendimento, de determinado Tribunal, será absoluto, sem qualquer margem para discussão. Pelo contrário, a ideia é, justamente, garantir decisões iguais aos litigantes que possuem razões jurídicas iguais e, estimular os que possuem razões diferentes a demonstrar no processo os motivos pelos quais o precedente merece ser superado ou modificado.

Hoje, qualquer sistema de precedentes conta com técnicas de superação e de não aplicação do precedente, o que demonstra que a possibilidade de mudança constitui valor inerente ao próprio sistema (CRAMER, 2016). Portanto, a alegação de que o uso de precedentes no Direito brasileiro irá engessar a jurisprudência, não corresponde com a proposta do sistema de precedentes.

Quanto ao argumento de que o Judiciário não terá legitimidade democrática para criar normas, esse, na opinião de Cramer (2016), traz um “falso problema”, mormente porque, no Estado Democrático de Direito, todo poder emana do povo e em função dele é exercido (art. 1º, parágrafo único, Constituição Federal de 1988).

Assim sendo, quando um Tribunal emite um precedente, está criando uma norma que, de fato, deverá ser seguida para os demais casos idênticos. Todavia, alerta-se que a norma não é forjada a partir da vontade do julgador ou da observância dos costumes da sociedade, mas, sim, com base em texto normativo.

Nesse viés, a aplicação de um sistema de precedentes não é contrária à separação de poderes, mas, sim, consequência da interpretação da lei frente ao caso concreto, tendo em vista que a norma não prevê todas as situações. De toda forma, é a lei (aqui, em

sentido amplo) que justificará o uso de determinado precedente em nosso sistema.

Por fim, o último argumento elencado por Cramer (2016), contrário à adoção de um sistema precedentes, é a instabilidade da jurisprudência brasileira. De fato, assiste razão os críticos. A jurisprudência no Brasil está muito longe de ser estável e segura.

Porém, como levantado pelo autor, a principal causa disso é, justamente, a ausência de uma cultura de respeito aos precedentes no Brasil. Enquanto tínhamos uma jurisprudência persuasiva, em verdade, não havia necessidade de se pensar em uma vinculação de precedentes. Ocorre que, essa realidade mudou com o Código de Processo Civil de 2015.

Dessa forma, conforme o Judiciário for utilizando, gradativamente, cada vez mais os precedentes previstos no novo Código, automaticamente, irá sendo construída a cultura necessária para respeitá-los na prática e, conseqüentemente, com o aumento de decisões vinculadas aos precedentes, a jurisprudência brasileira se tornará mais estável e coerente.

Nota-se, portanto, que as críticas elencadas para o não uso do sistema de precedentes judiciais, ora estão baseadas em conceitos ultrapassados da teoria, ora estão equivocadas frente à evolução do ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual, nenhuma delas dificulta a sua implementação.

Considerações Finais

De todo o exposto, é importante mencionar as principais conclusões sobre a adoção de um sistema de precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015.

Em primeiro plano, foi possível observar que há várias vertentes reveladoras da aproximação entre esses dois grandes sistemas ocidentais, Civil Law e Common Law. E, que a partir da tendência do direito brasileiro à adoção dos precedentes judiciais, verificou-se a instituição de um sistema de formação e aplicação de precedentes

pelo Código de Processo Civil de 2015.

Nesse aspecto, com a valorização dos precedentes pelo CPC/2015, explicou-se a natureza do instituto, com seus conceitos, diferenciações entre jurisprudência e súmula, elementos para distingui-lo de outros institutos processuais, classificações que possibilitam a interpretação e sistematização dos dispositivos sobre o tema no novo Código e, principalmente, expôs a possibilidade de utilização de técnicas de aplicação, distinção e superação do precedente, sempre que ocorrer situações de mudanças que exijam a adaptação do direito às novas realidades.

A partir daí, viu-se a necessidade de justificar e fundamentar a adoção de um sistema de precedentes, para que ele possa se tornar uma prática coerente, comum e legítima dentro no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista, que busca integrar o Direito processual brasileiro, garantindo maior segurança jurídica, isonomia e coerência às decisões judiciais.

Com isso, também se chegou à conclusão de que as críticas para o não seguimento dos precedentes, tais como engessamento da jurisprudência e instabilidade da jurisprudência brasileira, são facilmente superadas pelas técnicas de superação e distinção do precedente, bem como, pelo uso correto, e cada vez maior, dos dispositivos previstos no novo Código, o que, gradativamente, irá construir a cultura necessária de respeito ao precedente, e, conseqüentemente, tornar a jurisprudência brasileira mais justa, estável e previsível.

Referências

ABREU, Rafael Sirangelo de. Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: RT, 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição

constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2018: ano-base 2017. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

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

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodvim, 2014.

BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2015.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2016.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. VII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (VII FPPC). Carta de São Paulo. Fredie Didier Jr. et al. (coord.). São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-2016/>>. Acesso em: 17 de ago. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Tuany Bernardes. Sistema de Formação e Aplicação dos Precedentes Judiciais no Código de Processo Civil de 2015. 2017. 38 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização). Fundação Getúlio Vargas. Porto Velho, 2017.